

Antonio De Lauri*

Terre, normes de propriété et litiges à Kaboul

Résumé. Les conflits relatifs à la possession et à l'exploitation de la terre sont très courants en Afghanistan. Plusieurs facteurs y contribuent : à l'absence de cadastre et à la destruction de documents officiels s'ajoutent les migrations massives liées à la guerre. En partant de l'étude de cas ethnographiques, je propose dans cet article d'analyser les modalités de règlement des conflits liés à la propriété foncière. Je centrerai la réflexion sur les « interconnexions normatives », c'est-à-dire à la façon dont différents systèmes normatifs sont en relation les uns avec les autres. En effet, en Afghanistan coexistent 4 systèmes différents : la loi d'État (state law), la loi islamique, les pratiques coutumières et les standards juridiques internationaux. En montrant que la pratique judiciaire puise dans ces différents systèmes normatifs, je montrerai que les juges pratiquent un « art du compromis », et que celui-ci tend à réifier les hiérarchies sociales en place.

Mots-clés : terre, litiges, propriété, interconnexions normatives, pratique judiciaire

Abstract. *Land, Property rules and Disputes in Kabul*

Land disputes represent a serious problem in Afghanistan today. Historically, they have several causes. Mass-migration resulting from the war and the influx of returning of refugees has compounded the problems already posed by the lack of effective record-keeping systems and the destruction of official documents. From the starting point of ethnographic case studies, this article develops an analysis of dispute resolution mechanisms related to property. It focuses on normative interconnections, or the way in which different normative systems interact. For instance, in Afghanistan, four normative systems coexist: state law, Islamic law, customary practices and international legal standards. It is argued that judicial practice is the

* Forum Transregionale Studien/Rechtskulturen, Berlin.



by-product of this normative pluralism and the work of judges is characterized by an 'art of compromise' which tends to reify the social hierarchies in place.

Keywords: land disputes, property, normative interconnections, judicial practice

Les conflits relatifs à la possession et à l'exploitation de la terre sont très courants en Afghanistan. Plusieurs facteurs y contribuent : à l'absence de cadastre et à la destruction de documents officiels s'ajoutent les migrations massives liées à la guerre. Des millions de personnes sont parties en laissant leurs terres agricoles et leurs maisons sans surveillance et, à leur retour, elles ont trouvé celles-ci occupées par d'autres, voire même par des institutions provinciales ou gouvernementales. Dans ce cas, les propriétaires mettent en avant leur légitimité et tentent de faire valoir leurs droits. Dans le même temps, sur des terrains publics occupés par une ou plusieurs familles, des conflits surgissent entre celles-ci ou avec les autorités. De plus, profitant de la confusion, des réfugiés venant de l'étranger peuvent prétendre à la restitution de terrains dont, en réalité, ils n'ont jamais été propriétaires.

En partant de l'étude de cas ethnographiques, je propose dans cet article d'analyser les modalités de règlement des conflits liés à la propriété foncière. Je centrerai la réflexion sur les « interconnexions normatives », c'est-à-dire à la façon dont différents systèmes normatifs¹ sont en relation les uns avec les autres. En effet, en Afghanistan coexistent 4 systèmes différents : la loi d'État (*state law*), la loi islamique, les pratiques coutumières et les standards juridiques internationaux. En montrant que la pratique judiciaire puise dans ces différents systèmes normatifs, je montrerai que les juges pratiquent un « art du compromis », et que celui-ci tend à réifier les hiérarchies sociales en place.

Les systèmes normatifs et le droit de propriété

Parmi les systèmes normatifs en présence en Afghanistan, les standards juridiques internationaux (*rule of law*) ont acquis une importance de premier ordre dans le contexte actuel de reconstruction juridique et judiciaire. Cela engendre l'intégration de modèles et de principes de justice allogène et des formes de syncrétisme juridique. Du fait de la position dominante des gouvernements (des États Unis en premier lieu) et des agences internationales qui gèrent des projets imposants de reconstruction, on peut parler d'une politique d'expansion juridique (Gardner, 1980 ; Schmidhauser, 1992) qui reconfigure la structure normative afghane.

En Afghanistan, comme ailleurs, la coexistence de différents systèmes normatifs a généralement été étudiée sous l'angle du pluralisme juridique. Différents auteurs (entre autres Merry, 1988 ; Moore, 1973 ; Pospisil, 1971 ; Roberts, 1998 ;

¹ J'entends par « système normatif » l'ensemble des normes et pratiques sociales et juridiques règlementant la vie des individus et des groupes sociaux.

Vanderlinden, 1998) ont en effet théorisé ce concept en lui donnant une dimension sociologique utile pour l'étude des différentes formes de coexistences de systèmes normatifs et des élaborations normatives qui en résultent. Ce concept, cependant, ne me semble pas tout à fait adapté au contexte afghan, pour au moins deux raisons. Tout d'abord, le concept de pluralisme juridique se prête surtout à l'identification des différentes références normatives en présence. Il se prête moins bien à l'étude des interconnexions entre ces systèmes et aux conséquences qu'elles peuvent avoir dans la vie quotidienne. Or cet aspect m'apparaît essentiel dans la pratique normative afghane². Qui plus est, le concept de « pluralisme juridique » ne prend pas en compte un aspect fondamental de la pratique normative, à savoir l'(in)accessibilité des individus aux institutions juridiques et sociales préposées à la résolution des problèmes normatifs auquel le pluralisme se réfère. Ainsi, dans le contexte afghan où les populations les plus vulnérables n'ont pas accès à ces institutions, le concept de pluralisme juridique me semble trop neutre et je préfère parler de pluralisme normatif inaccessible.

Concernant les conflits sur la terre (pour des questions de propriété, d'héritage, de frontières, d'usage ou de passage) il y a lieu de noter que plusieurs références normatives entrent en ligne de compte. Le recours au code civil interfère avec les tentatives de médiation menées par les juges et les procureurs, lesquels valorisent les pratiques coutumières particulières et ont recours aux documents dits coutumiers. Dans la pratique, les juges naviguent entre les influences (imposées ou assimilées) des modèles de justice allogène et la sphère coutumière à laquelle ils accordent une valeur juridique.

Dans le contexte afghan, la terre est l'une des principales sources de subsistance et de richesse. Plus encore, l'accès à la propriété foncière contribue à façonner le social en structurant le réseau de parenté, la hiérarchie familiale et les rapports de voisinage. Par ailleurs, on associe à la propriété des terrains des conditions et des logiques au point de percevoir la terre comme le support et le moyen d'actualisation des rapports sociaux.

La règle de transmission des biens, généralement, est la suivante : lorsqu'un individu décède, ses fils se partagent la propriété des terres, et ces derniers la transmettront à leur fils de la même façon. Dans la mesure où il n'existe pas de système stable de réglementation de l'héritage, il arrive fréquemment que des conflits sérieux surgissent entre les héritiers, notamment à la seconde génération. Il arrive ainsi souvent que des cousins parallèles patrilatéraux se dressent l'un contre l'autre pour la terre héritée de leurs pères respectifs (Barth, 1981). Etant donné le peu de terrains disponibles et la difficulté à trouver un emploi quelconque, posséder des terres est un élément fondamental de stabilité économique et sociale. Le conflit entre cousins naît habituellement de problèmes de bornage des parcelles. Dans les situations où les prétendants ne trouvent pas une solution à l'amiable, on assiste à la formation de factions à l'intérieur du réseau de parenté. La spécificité

² Pour une comparaison, voir Dupret, Burgat, 2005 ; Kelley, 2008 ; Nader, 1979 ; Santos, 2006.



de ces factions est qu'elles opposent des individus, des familles et des groupes de descendants très proches sur le plan généalogique. Ces problèmes sont si fréquents qu'on demande souvent de façon ironique à deux personnes qui se disputent « Pourquoi vous disputez-vous ? Êtes-vous cousins par hasard ? ».

« Tout ça m'appartient. Après moi, ça appartiendra à mes fils. Cette terre reconnaît, désormais, les pieds qui la piétinent ». Tels étaient les propos que tenait Fahim en octobre 2006, à quelques jours de l'audience qui allait l'opposer à un cousin. Nous observions la parcelle de terrain dont il est « propriétaire » dans le district de Qarabagh, situé dans la province de Kaboul. Le droit de propriété auquel il fait référence n'est pas réductible au principe juridique, définit comme la faculté de jouir et de disposer des choses d'une façon pleine et exclusive dans les limites et en observant des obligations prévues par l'ordre juridique (Gordley, 2006). Dans ce cas, Fahim fait référence à une conception plus large : il met en exergue les dimensions symbolique, religieuse et familiale de la propriété. De fait, Fahim ne disposait d'aucun document officiel attestant qu'il était propriétaire de la parcelle de terrain. Lui-même m'expliquait « je n'avais jamais dû démontrer à personne que cette terre m'appartient ». Et il ajoutait « Mon père et le frère de mon père sont nés ici ; mes frères, mes cousins et moi-même avons décidé de la manière de diviser ce terrain. Plusieurs familles se font la guerre pour cela. Nous, on ne voulait pas de guerre. Amir [le cousin qui l'a attaqué en justice] assume la responsabilité de tout cela ».

Le conflit entre Fahim et Amir a débuté en 2003 alors qu'Amir était de retour du Pakistan où il avait vécu pendant neuf ans. Après quelques années passées à Kaboul, Amir avait décidé de repartir au Pakistan et pour disposer d'argent frais, il souhaitait vendre sa part du terrain. Le contentieux est né d'un différent lié aux bornes du terrain ; en effet Amir voulait vendre une partie du terrain que Fahim prétendait sienne.

Il faut ici préciser que, d'un point de vue juridique, la propriété d'un bien est doublement déterminée, par des récits et de façon matérielle (Bromley, 1991, 1998). Par ailleurs, la terre constitue un élément capital de la configuration idéologique et juridique de l'appareil d'État. Comme certains auteurs l'ont observé (Fay, James, 2008), l'accès à la propriété foncière est un élément fondamental de la citoyenneté dans un État moderne. Dans un contexte comme celui de l'Afghanistan, où les processus de modernisation juridique et politique ont connu une histoire complexe et conflictuelle (De Lauri, 2012), la configuration juridique d'un principe tel que la propriété est entachée d'ambiguïté et d'indétermination. L'alternance de conflits armés a généré des phases alternées de dé-institutionnalisation et de ré-institutionnalisation, notamment du principe juridique de propriété. Dans ce contexte, pour résoudre les conflits civils liés à la terre, les juges ont souvent fait prévaloir les références coutumières en utilisant par exemple des documents coutumiers dans les tribunaux. Dans le cas opposant Fahim et Amir, la parcelle en litige est devenue objet de droit à partir du moment où le conflit, non résolu dans la sphère familiale, a été porté devant une institution judiciaire. Le juge

Ajmal, président de la cour chargé de l'affaire, a ainsi pu dire que « le problème est de comprendre qui est le propriétaire légitime du terrain. Il s'agit d'une question juridique ».

Les équilibres délicats de subsistance et de réciprocité liés à la propriété de la terre et à son exploitation structurent un tissu de relations sociales régies par des règles morales spécifiques³. Un réfugié afghan rencontré à Milan au mois de novembre 2011 exprimait ainsi l'opinion selon laquelle les guerres qui ont frappé l'Afghanistan durant des décennies ont eu, entre autres effets, celui de miner les règles morales qui cimentaient les liens sociaux, radicalisant en conséquence les litiges de nature « civile ». Comme le fait remarquer Bashir Ahmad Munib (2005), les droits individuels ont été particulièrement affectés par la guerre et les droits de propriété, notamment, ont été bafoués.

Dans le cadre du droit musulman, la réglementation des principes fondateurs du droit individuel de propriété est une question complexe et amplement débattue (Mundy, Smith, 2007 ; Habachy, 1962). Il n'est pas rare en Afghanistan que des juges, des procureurs ou des avocats affirment que la charia garantisse le droit à la propriété, à la condition que la propriété ait été obtenue d'une manière légale (Munib, 2005). Cependant, même dans ce cadre, il est impossible à beaucoup d'Afghans de produire la documentation nécessaire et de démontrer que la terre sur laquelle ils vivent leur appartient. C'est pourquoi nombreux sont ceux qui ont recours aux documents coutumiers, même s'ils ne sont pas enregistrés auprès du registre de propriété de l'État. Mais une partie importante de la population ne dispose pas non plus de tels documents. C'est le cas de Fahim et d'Amir ; à la première audience Fahim en a fait état devant la cour : « il n'y a pas d'écrit, mais plusieurs personnes peuvent confirmer que cette terre là m'appartient ».

Durant les trois audiences qui se sont tenues jusqu'en avril 2008, plusieurs témoins ont été entendus et, finalement, la cour a émis un jugement en faveur de Fahim. Il est essentiel de souligner que le juge a formulé ce jugement graduellement. Et à l'issue de processus judiciaire, Amir lui-même a donné raison à Fahim. Le travail du juge passe ainsi par une pacification du conflit. Ceci est fondamental dans la mesure où les moyens de contrôler ou de faire appliquer la décision finale sont souvent inefficaces, qu'il s'agisse de verser une somme d'argent ou de concéder un bien mobilier ou immobilier. Ainsi, le fait d'avoir su concilier les parties compte autant sinon plus que la décision prise par le juge.

Progressivement, grâce à un travail d'enquête, le juge a pu établir que Fahim était le propriétaire légitime du terrain objet du litige et rétablir une relation non conflictuelle entre les cousins. La légitimité de celui qui revendique la propriété et la compatibilité de sa revendication avec les schémas collectifs/sociaux définissant le principe de propriété sont deux critères fondamentaux. En fait, le groupe social exerce un contrôle significatif sur la gestion et la destination d'un bien (Sacco, 2008). Si un individu se désolidarise, que l'équilibre est rompu par un litige, un nouvel

³ Pour une comparaison, voir Scott, 1976.



accord doit être rétabli à travers une procédure définie collectivement. Dans le contexte afghan, le processus de réaffirmation des schémas collectifs/sociaux peut être effectué à différents niveaux : dans un cadre coutumier mais également dans un tribunal. L'importance implicite des schémas culturels et normatifs au sein des cours de justice détermine les modalités de résolution des conflits, notamment du fait du recours aux pratiques coutumières dans les parcours judiciaires.

Le déni d'héritage

Dans le cas de Fahim et Amir, l'objectif premier de la cour n'était pas de protéger un droit ou d'émettre un jugement. Ceci fait dire au juge Ajmal à la fin de la dernière audience :

Dans des cas pareils, la meilleure chose qu'un juge peut faire est de trouver une solution qui mette d'accord les parties. Autrement, on risque de faire naître des conflits encore plus graves. [...]. La *shura*⁴ de Langhar avait déjà discuté la question ; plusieurs témoignages ont été entendus y compris par nous-mêmes [membres de la cour]. Le jugement a été le fruit d'un long processus qui a toujours prêté attention à la volonté des parties. [...]. Entendre l'opinion de certaines personnes âgées du village a aidé la cour de justice dans son travail.

Les paroles du juge dessinent les contours d'une conception du processus judiciaire en synergie avec les références coutumières qui font la trame du conflit. En l'absence de pressions autres (corruption, pressions politiques, menaces), la légitimité de l'accord repose autant sur l'autorité de la cour que sur l'affirmation des valeurs coutumières et des formes d'autorité reconnues au niveau communautaire.

Les interconnexions normatives interviennent entre différents niveaux, engendrant des ambiguïtés et des conflits. Même si la population afghane a tendance à ne pas distinguer les principes religieux des pratiques coutumières – du moins à ne pas saisir ce qui les distingue (Ahmed 1976) – certains chercheurs (Kamali, 2003 ; Yassari, 2005) soulignent que ces dernières sont en contradiction avec les principes islamiques. Le cas du *pashtunwali*, le code de comportement des pashtouns et de la charia est de ce point de vue exemplaire, surtout lorsqu'il est question des femmes, lesquelles font partie intégrante de l'honneur des hommes selon ce code (Yassari, 2005 : 50).

Les pratiques quotidiennes de règlement des conflits montrent que les normes juridiques et les principes religieux reposent sur le système des valeurs et des

4 Assemblée coutumière présente dans tout le pays malgré quelques nuances et différences concernant certaines fonctions. Généralement, les non-pashtouns utilisent le terme *shura* qui dérive de la parole arabe *mashwara* (consulter, interpellé). Le terme *jirga* est en langue pashtoun mais est connu même parmi les groupes non-pashtoun.

pratiques lié aux coutumes⁵. Le concept de coutumes relève aussi bien de la sphère sociale que de la sphère normative et il ne saurait être abordé de façon dichotomique, en la qualifiant de « justice informelle » par opposition à la « justice formelle ». Comme l'a expliqué Assier-Andrieu (2000), la coutume a la capacité de prendre en compte conjointement l'unité et la diversité, la norme et la pratique, la globalité et la localité. Il s'agit de considérer la totalité composée par les différents systèmes normatifs en vigueur et de comprendre les interconnexions et les tensions qui existent entre eux.

Cette perspective holiste permet en outre de considérer la dimension pratique des systèmes normatifs. Or cela semble plus adapté au contexte afghan où la coutume apparaît être un ensemble de pratiques, de valeurs et de discours auxquels les individus ont recours pour résoudre différents problèmes et conflits. La coutume peut être, bien entendu, ramenée à des institutions sociales bien déterminées, mais elle reste difficile à cerner d'une manière cohérente et définie. Ainsi, dans ce contexte, il apparaît plus approprié de parler de « pratiques coutumières » que de « droit coutumier ». En d'autres termes, le caractère fragmentaire de ces pratiques imparfaitement articulées entre elles ne permet pas d'établir des règles et des procédures sûres à utiliser dans une situation spécifique. Une décision prise pour résoudre une affaire donnée ne sera pas forcément reprise pour traiter une situation identique ou seulement similaire⁶. En effet, plusieurs conditions et variables interviennent dans la résolution d'un conflit. De plus, le recours aux pratiques coutumières, dont la norme est familière, reste fortement déterminé par les conditions sociales et économiques des parties en présence. Les secteurs les plus fragiles de la population rencontrent de grosses difficultés pour accéder aux institutions coutumières et judiciaires.

D'une façon générale, il est possible d'affirmer que les critères qui régissent la mise en œuvre des pratiques coutumières peuvent être ramenés à des sphères telles que l'honneur, la négociation, le consensus, la réparation, la conciliation et la réputation. Il est également important de rappeler que la pluralité ethnique et linguistique de l'Afghanistan offre une gamme de mécanismes coutumiers de

5 En Afghanistan, le concept de coutume est en général traduit par les expressions *urf o narkh*. Souvent on utilise l'expression *adaat* pour indiquer le « droit coutumier ». J'ai eu l'occasion de discuter la terminologie utilisée dans les contextes coutumier et judiciaire avec Marzia Basel de l'Afghan Women Judges Association et avec le professeur Zadran, enseignant d'anthropologie à l'Université de Kaboul.

6 Cet aspect aurait poussé Leopold Pospisil (1971: 95) à ne pas inclure de telles pratiques dans la sphère du droit. Pour Pospisil, le droit correspond aux « principes de contrôle social institutionnalisés, résumés par des décisions prises par une autorité juridique (juge, chef, père, tribunal, conseil de vétérans), principes qu'on entend appliquer universellement (à tous les cas semblables dans le futur), qui impliquent deux parties liées par une relation d'"obligation" et qui sont accompagnés d'une sanction de nature physique et non physique ». Dans le domaine de l'anthropologie juridique, la définition du droit de Pospisil a jouté d'une certaine considération car il peut être utilisé dans de nombreux contextes géographiques ou socioculturels. Depuis une autre perspective, le fait de définir le droit en termes généraux apparaît problématique dans la mesure où cela oblige à réduire la variété des dispositions normatives, des mécanismes de contrôle et des réglementations sociales à la catégorie du droit.



résolution des conflits, de processus décisionnels et de méthodes de compensation qui ne peuvent être inscrits dans un corpus unique de règles coutumières. Même l'équation {un groupe ethnique = une coutume} est inappropriée : des groupes pashtouns à quelques kilomètres de distance l'un de l'autre peuvent se référer à un même système de valeurs (*pashtunwali*), mais avec des pratiques de compensation différentes.

Il est ici nécessaire de préciser un point : une coutume n'est pas une règle immuable observée depuis des temps immémoriaux. Au contraire, une coutume – et *a fortiori* la coutume – se crée, change, est remise en cause. Si l'on compare, ces changements interviennent même plus rapidement dans les pratiques coutumières que dans le cas de la loi (Sacco, 2007 : 78). En fait, ces pratiques coutumières sont marquées par les mutations qui affectent la société. Ainsi, les processus macro-historiques comme les longs conflits et les tentatives de conquêtes ont-ils induit des changements. Dans le contexte afghan, les politiques d'étatisation et de centralisation, notamment, ont eu un impact sur les systèmes locaux de justice (Barfield, 2003). Pour autant, le caractère dynamique des pratiques coutumières n'entrave pas leur légitimité et leur mise en œuvre.

Le cas de l'héritage permet de mieux comprendre ce qui précède. Le système d'héritage est essentiellement règlementé par les références normatives coutumières et les lois étatiques (qui s'inspirent des principes islamiques). L'héritage des femmes est un sujet délicat. Par exemple, suite au décès de leur mari, de leur père ou de leur frère, les femmes sont souvent dans l'impossibilité d'exercer leur droit de propriété sur le bien ou la partie du bien dont elles devraient pourtant hériter. Dans le cas des conflits résolus dans la sphère familiale ou la sphère coutumière, où un accord satisfaisant pour toutes les parties tente d'être trouvé, l'héritage est souvent réparti de façon inégale. Par exemple, une veuve conservera l'usufruit de la maison de son mari, mais à condition qu'elle respecte les conditions fixées par les parents mâles du mari. Parfois, cette condition peut être d'épouser l'un des frères du défunt mari.

Les règles d'héritage dans le droit musulman sont un sujet très débattu (Kimber, 1998). Les auteurs accordent une importance à la tension entre les règles coraniques et les critères de succession agnatiques. Selon Joseph Schacht (1995 : 179-180), à l'origine, certaines règles prévues par le coran avaient comme but de modifier un système de succession purement agnatique – dans lequel seuls les hommes héritaient – pour favoriser les parents les plus proches de sexe féminin de l'époux mais aussi du père.

Dans un rapport du Norwegian Refugee Council (2005), on lit que les juges afghans font essentiellement référence aux articles 1993-2102 et 2001-2023 du Code Civil pour résoudre les affaires relatives aux héritages. La loi sur l'héritage se base sur un nombre réduit de principes : les épouses, les parents et les enfants ont un droit inaliénable à l'héritage ; celui-ci doit être réparti en rapport avec le degré de parenté ; les femmes doivent recevoir la part qui leur revient, sachant que les hommes reçoivent une part supérieure à celle accordée aux femmes (la moitié aux fils mâles, un quart aux filles). Ce dernier principe est justifié par le

fait que les hommes, contrairement aux femmes, sont responsables des dépenses familiales⁷. Théoriquement, l'héritage n'est réparti entre les membres de la famille qu'après le paiement des frais funéraires et des crédits contractés par le défunt. Si le défunt n'avait pas payé le *mahr* (don matrimonial que l'homme doit faire à son épouse à l'occasion du mariage), celui-ci est dû à la femme avant la répartition de l'héritage. La propriété restante est appelée *matruka* et est répartie entre tous les héritiers ; le Code Civil contient des lignes directrices détaillées pour régler cette division. Si le défunt a, précédemment, exprimé des volontés, celles-ci sont considérées prioritaires sur la *matruka*, mais elles ne peuvent pas concerner plus du tiers du patrimoine. Les règles de succession prévoient, en outre, qu'un non-musulman ne peut pas recevoir d'héritage d'un musulman. De plus, dans la mesure où un étranger ne peut pas posséder un bien immobilier en Afghanistan, si le cas se présente, le prix correspondant au bien reçu en héritage lui sera versé (NRC 2005).

Dans plusieurs rapports et autres documents produits par les organisations internationales, on peut lire que les pratiques coutumières relatives à l'héritage des femmes sont en contradiction avec la charia, le Code civil, la Constitution et plusieurs traités internationaux ratifiés par l'Afghanistan. Les juges et autres officiers publics, lit-on dans le rapport du NRC, ont un rôle important dans le combat contre ces pratiques illégales. Dans les faits, effectivement, les règles du Code Civil sont rarement appliquées dans les cours de justice où, au contraire, est appliquée une pratique de subdivision de l'héritage préjudiciable aux femmes. L'histoire de Karima rencontrée en décembre 2011 à Milan constitue un exemple représentatif de ce type de pratiques. En 2008, Karima – avec ses trois fils – rejoint son mari parti en Italie depuis 8 ans, mais ce départ est marqué par l'amertume car un conflit foncier l'a opposée à ses trois frères (sachant qu'elle est la seule fille). En 2002, le père de Karima est décédé et elle est alors entrée en conflit avec ses frères. Selon ces derniers, Karima n'avait aucun droit sur l'héritage du père – une maison et un terrain – car elle était mariée à un homme qui a avait émigré et ne s'était donc pas impliqué dans les affaires familiales (le père était commerçant). Après une série de discussions familiales, Karima – qui disposait de fonds envoyés d'Italie par son mari – s'est adressée à un avocat et l'affaire a été portée devant le tribunal. Il est à noter que ce cas est atypique dans la mesure où la majeure partie des cas civils et pénaux se traitent sans l'assistance d'avocats. Au cours de la première audience, qui s'est tenue en 2004, les frères de Karima l'ont accusée de n'avoir jamais pris en charge les besoins et les affaires familiales, ce qui ne lui donnait aucun droit à l'héritage. Une seconde et une troisième audience ont eu lieu en 2005. À l'issue de la dernière audience, en janvier 2007, le juge a donné raison aux frères et Karima a été complètement exclue de l'héritage. La mère de Karima n'a jamais été entendue en audience.

7 En réalité le nombre de femmes afghanes veuves, répudiées, ou mariées qui offrent leur soutien à leurs fils, n'est pas du tout marginal.



Karima m'a expliqué, avec un ressentiment évident, que

Ma mère souffrait à cause de cette situation, mais elle n'a pas eu le courage de contredire mes frères. Lorsqu'on parlait entre nous deux, elle me disait en pleurant « va chez ton mari ma fille ». Ma mère est allée vivre avec Massud [le frère aîné] et maintenant elle me manque beaucoup. Si mon mari avait été à Kaboul l'affaire aurait peut-être été résolue autrement. [...]. L'avocat n'a pas bien fait son travail; il n'a pas réussi à se faire respecter par le juge. [...]. Ce qu'ils me reprochaient n'était pas du tout vrai. J'ai toujours respecté mon père et ma mère. Ils ont fait une chose injuste et le tribunal leur a permis cela.

Lors de l'entretien, Karima m'a montré la documentation relative au procès. Or la documentation ne contenait aucune information laissant transparaître un quelconque « manquement » objectif de la part de Karima envers ses parents, et encore moins un acte illicite. Les motivations de la sentence étaient confuses et contradictoires. Si Karima a décidé de ne pas en appeler à la décision du tribunal, c'est qu'entre temps elle a obtenu les papiers nécessaires et a rejoint son mari. Une affirmation du président de la cour de justice en dit long sur son état d'esprit; le jour de la dernière audience, il lui a dit « qu'en déposant plainte contre [ses] frères – sans que ceci soit justifié de son point de vue – [elle avait] outragé [sa] famille ». Pour légitimer la sentence, le juge a mis en avant une éthique de l'honneur poussée à l'extrême. Ainsi, même dans un environnement judiciaire, les concessions et les renvois symboliques aux pratiques coutumières sont nombreux. La façon dont les juges utilisent les références coutumières entrave la reconnaissance du droit des femmes. Les pratiques coutumières apparaissent dans ce cadre non pas tant comme un substrat de valeurs négociables et sans cesse reformulées, qu'un instrument de reproduction de la hiérarchie sociale. Les pratiques effectives d'héritage, qui ne reconnaissent que peu de droits aux femmes, constituent l'un des dossiers sensibles du système judiciaire actuel et les résultats du processus de restructuration engagé sont incertains.

La pratique judiciaire, un « art du compromis »

À partir de la première moitié du XIX^e siècle, plusieurs pays du Sud du monde ont connu une occidentalisation croissante des systèmes normatifs (Kelley, 2008). La modernisation juridique de l'Afghanistan a connu différentes phases. On peut percevoir néanmoins un fil rouge dans les tentatives de réformes qui vont du règne d'Amanullah à la reconstruction post-2001 marquée par l'interventionnisme international (des États-Unis en particulier). Dans les années 1970 a été entrepris un important processus de codification à partir, notamment en 1977, du Code civil « *qanun-i-madani* ». Encore en vigueur aujourd'hui, ce code est composé de 2 416 articles et il couvre un ensemble de domaines tels que la citoyenneté, le mariage, les droits des mineurs, l'héritage, les droits fonciers et de propriété. L'émanation du Code s'inscrivait dans le processus de circulation du modèle

juridique égyptien de 1949, et plus précisément, de sa version irakienne. Bien qu'il se réfère en partie à l'expérience socialiste, le Code, en adhérant aux solutions du *fiqh* hanafite de la *Magallat al-ahkam al-adliyya* ottomane, tentait de rester fidèle à l'héritage de la tradition juridique islamique. Cet aspect est cependant controversé dans la mesure où pour de nombreux oulémas la codification constitue en elle-même une altération radicale de l'épistémologie et de la normativité islamique.

Le premier article du Code stipule que, si pour la résolution d'un litige des dispositions législatives sont prévues, l'application du droit musulman n'est pas consentie. Dans les cas où il n'y a pas de dispositions de loi, la cour doit juger en accord avec les principes de la jurisprudence hanafite de façon à ce que « la justice soit assurée dans les meilleures conditions possibles ». Le deuxième article ajoute que, dans les cas où il est impossible de se référer à une disposition légale ou à la charia, la cour peut se référer aux pratiques coutumières, à condition de ne pas violer la loi et les principes de justice. Ceci nous indique qu'une tendance à la « variabilité normative » est inhérente aux dispositions de la Loi.

Dans la pratique judiciaire, ceci se traduit par un labyrinthe normatif généré par l'interconnexion des normes établies par le Code civil, les pratiques coutumières et des références au droit musulman. Les juges fondent symboliquement leurs décisions en priorité sur les articles du Code civil. Ce texte constitue la source primaire qui fonde leur jugement. Cependant, le travail des juges s'accomplit au sein d'une structure judiciaire dont l'instabilité influence beaucoup les procédures quotidiennes. En outre, j'ai montré que ces pratiques sont souvent liées à des mécanismes coutumiers qui influencent la façon dont le jugement est prononcé. Par ailleurs, dans le contexte actuel, le juge incarne la « convergence socationormative » qui dérive de l'influence conjointe de plusieurs pouvoirs, systèmes normatifs et modèles culturels. Dans ce contexte d'instabilité, il est donc essentiel que le juge apparaisse légitime aux citoyens. Bien qu'étant le produit du processus d'affirmation du droit positif moderne, bien qu'il se réfère à la tradition religieuse et philosophique du droit musulman, le juge afghan est ainsi surtout identifiable avec le système de pratique-valeur qui caractérise la sphère coutumière. Le travail des juges de Kaboul est caractérisé par un renvoi continu à des pratiques consolidées et à des valeurs partagées issues du substrat coutumier. Il est par conséquent possible de considérer les tribunaux comme des lieux de mise en œuvre d'un réseau normatif qui va au-delà des dispositions officielles. Par ailleurs, la tension irrésolue entre les différents systèmes normatifs amène les juges à prendre des décisions contraires aux principes juridiques. De plus, le poids politique des différentes institutions correspondant à ces différents systèmes normatifs (communauté internationale, gouvernement, autorités locales, figures religieuses) fragilise encore le corps des magistrats qui manque déjà de moyens financiers, d'infrastructures (tribunaux), de formations, etc.

Dans ce contexte, le travail des juges se présente comme un « art du compromis ». La première préoccupation des juges ne semble pas tant d'appliquer



la loi que de chercher un compromis entre les parties intéressées en respectant les différents systèmes normatifs. L'importance accordée aux documents coutumiers dans les tribunaux, la prédilection pour l'accord entre les parties, la tendance à reproduire les hiérarchies sociales préexistantes sont autant d'éléments qui illustrent la façon dont les juges de Kaboul, au nom de l'ordre supérieur de l'État, s'appuient sur les mécanismes coutumiers et les autorités traditionnelles. Les juges opèrent une médiation non seulement entre les parties impliquées dans le litige, mais aussi, plus généralement, entre les différentes formes de pouvoir et les ambitions d'un appareil judiciaire que le gouvernement et la communauté internationale voudraient conforme à certains critères. Le gouvernement et les agences internationales qui pilotent l'actuelle restructuration du système juridique et judiciaire estiment que les juges devraient incarner un modèle de justice – celui de la justice d'État qui s'inspire de la *rule of law* – que beaucoup de citoyens afghans ne reconnaissent pas. Dans la pratique, les juges s'éloignent de cet idéal en réaffirmant dans leurs tribunaux les autorités traditionnelles et en continuant d'appliquer certaines pratiques socialement consolidées (pratiques coutumières et référence aux documents coutumiers). Ceci a pour conséquence de renforcer les formes spécifiques de subordination ; par exemple une femme subissant des violences conjugales est condamnée à une période de détention pour abandon de foyer en cas de fuite. Les violences qu'elle a subies ne sont pas même prises en compte.

L'existence d'un réseau normatif composé par différents systèmes interconnectés donne au juge cette place centrale. Mais dans un tissu institutionnel très corrompu, très perméable à des pressions externes (De Lauri, 2011), cet « art du compromis » se transforme souvent en une logique du plus fort. La condition préalable essentielle à cet « art du compromis » devrait pourtant être une mise à plat des hiérarchies sociales par la cour dans le cadre de l'action judiciaire. C'est uniquement en réduisant la distance sociale entre les parties, que l'accord proposé par les juges peut être un instrument de conciliation efficace. Mais, Freshta constate en 2007 que ce travail préalable de nivellement ne semble pas être fait. Cette avocate de l'association *Da Qanoon Ghush-tonk*, qui fournit une assistance légale gratuite devant les cours de justice de Kaboul, dit

lorsqu'on parle de culture, il faut se comprendre. Dans la plupart des cas on utilise le mot culture pour désigner celle des hommes. Si une femme se présente devant le juge, elle a peu de possibilité de sortir du tribunal en ayant obtenu justice. De la même manière, si une personne pauvre intente une action en justice contre une personne riche, elle réussira difficilement à faire valoir ses propres droits.

Pour ceux qui tentent de résoudre leurs problèmes devant une cour de justice, cet « art du compromis » se traduit par la maxime suivante, communément acceptée : dans les tribunaux, le jugement dépend de la cour et non pas de la loi. Le juge Abdul du deuxième district de Kaboul m'a donné des éléments de réflexion importants à ce sujet lors d'un entretien mené en avril 2008 :

Si je devais décrire la solution d'un litige judiciaire de façon théorique, ce serait sûrement différent des décisions que je dois prendre tous les jours. Des fois, le plus important est d'éviter le pire. Et c'est là toute la difficulté. Car ce n'est pas comme on le croit, ce n'est pas suffisant d'appliquer la loi. [...] il n'y a pas de doute : la loi écrite est une chose, un procès au tribunal en est une autre. Tu dois comprendre que travailler dans un contexte comme celui de Kaboul aujourd'hui me contraint à agir souvent d'une façon différente de ce que je voudrais faire en réalité. Je sais ce qui est licite et ce qui ne l'est pas sur la base de la loi afghane. Je sais ce que cela signifie violer des droits humains et ce que veut dire trahir les attentes des gens. J'essaie toujours de faire de mon mieux, mais cela signifie parfois utiliser les instruments juridiques dont je dispose d'une façon complexe. Essayer de mettre d'accord deux personnes signifie aussi essayer de concilier deux lois. Pense au cas d'hier [un litige entre deux personnes pour une parcelle]. Il y avait beaucoup de documents coutumiers à évaluer. Sans l'avis des membres de la *shura* le cas n'aurait pas pu être résolu rapidement. En respectant l'autorité de la *shura* j'ai affirmé aussi mon autorité. Je suis parfaitement conscient qu'en tentant d'éviter le pire on viole les droits des plus faibles ».

Les considérations du juge Abdul explicitent les implications sociales et normatives, essentielles, qui se cachent derrière la pratique judiciaire, et donnent ainsi une idée de la difficulté de réformer le système afghan de justice.

Conclusion

La majeure partie des études sur le système normatif afghan s'est focalisée sur la coexistence et/ou les conflits entre les différents systèmes normatifs. Par conséquent, une perspective dichotomique prévaut dans la littérature historicojuridique sur l'Afghanistan, qui oppose justice formelle et justice informelle. Dans ces études, les interconnexions normatives présentes dans la pratique sont délaissées ou sous-estimées. La coexistence dans la pratique des différents systèmes normatifs et la façon dont les différentes formes de justice font l'objet de négociations ont rarement été abordées. Ceci n'a pas permis d'analyser le rôle joué par les systèmes coutumiers au sein des structures judiciaires. Or les modalités de résolution des conflits juridiques dans le Kaboul d'aujourd'hui renvoient aux influences réciproques des différents systèmes normatifs entre eux. La rigidité des catégorisations théoriques laisse la place à une négociation continue.

La construction d'un jugement dans les tribunaux ne prend pas simplement en compte le rapport entre le juge et la loi mais s'inscrit dans un processus plus vaste dans lequel des facteurs multiples interviennent. J'ai pu mettre en évidence dans la pratique judiciaire à Kaboul l'existence d'un modèle de médiation et une culture de l'accord. Tous deux contribuent à légitimer socialement la magistrature, ce qui révèle la continuité qui prévaut entre la fonction juridique du juge et son rôle politico-social. En général, l'œuvre du juge est d'autant plus incisive que l'ingérence de l'autorité dans la vie des individus est forte. Dans le cas contraire, le juge se limite à confirmer la validité et la légitimité d'une procédure effectuée par d'autres (Sacco, 2008). Par comparaison, il est intéressant de se référer au travail



accompli par Simon Roberts (2009), qui explique que depuis longtemps, le tribunal représente une « façade » symbolique qui cache des dynamiques complexes qui vont au-delà d'une décision unilatérale du juge. Avec la transformation officielle des cours de justice en arènes pour la négociation bilatérale, la relation entre forme et substance de la loi est encore plus complexe. Les magistrats apparaissent de plus en plus comme des figures cérémoniales exemplaires qui président - ou plutôt légitiment - des instances normatives dans lesquelles plusieurs acteurs sont impliqués. Probablement, ceci est lié au déclin simultané de l'autorité et du rôle opératif/pratique des cours de justice. En prenant en considération le poids important que revêtent aujourd'hui en Afghanistan les modèles allogènes de justice, en particulier celui des États Unis d'Amérique, la fonction cérémoniale assumée par les juges de Kaboul semblerait se situer à l'interconnexion des différents systèmes normatifs. Les interconnexions normatives prennent corps à travers la pratique judiciaire dans le cadre du projet d'étatisation et de standardisation de la justice. C'est en référence à ce cadre politico-juridique que l'on peut comprendre la dynamique de ce que je définis comme un « art du compromis ». Lors des procès, les mécanismes judiciaires et les références coutumières sont interconnectés. Néanmoins, la nature de cette interconnexion ne dérive pas de la politique de justice mise en place par les organismes internationaux qui pilotent la reconstruction juridique et judiciaire ; elle dérive, plutôt, d'une tentative de légitimation - en partie inconsciente - exercée par les juges pour rester à flot dans un contexte extrêmement instable. La forme particulière de médiation judiciaire qu'on observe dans les cours de justice de Kaboul peut être perçue comme le résultat d'un jeu d'équilibre qui néglige souvent de protéger les plus faibles. En se plaçant à l'ombre de la loi d'État, l'espace de négociations entre les différents systèmes normatifs se soustrait à la rhétorique dominante de la reconstruction juridique. Ces espaces de négociation, cependant, méritent d'être pris en compte. En effet dans leur pratique, les juges trouvent des compromis et esquissent des solutions qui institutionnalisent des modèles normatifs hybrides, même s'ils se demandent parfois, à l'instar du juge Abdul, si « pour résoudre un cas, nous avons trop ou pas assez de systèmes normatifs ».

Les litiges relatifs à la propriété foncière, qui sont nombreux dans le pays aujourd'hui suite aux longues années de conflit, permettent d'aborder de façon concrète la crise des droits individuels que traverse actuellement le système juridique du pays. Le système judiciaire actuel n'est pas en mesure de rééquilibrer des inégalités structurelles dont les racines socio-historiques sont profondes. Dans ce contexte, les modèles normatifs hybrides que les juges mettent en œuvre dans les tribunaux coexistent avec une justice « maison » (« *do it yourself justice* »), à laquelle la plupart des afghans ont recours.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- AHMED A. S., 1976, *Millennium and Charisma among Pathans*, London, Routledge & Kegan Paul.
- ASSIER-ANDRIEU L., 2000, « Il tempo e il diritto dell'identità collettiva. Il destino antropologico del concetto di consuetudine », in A. FACCHI, M. P. MITTICA (eds.), *Concetti e norme. Teorie e ricerche di antropologia giuridica*, Milano, Franco Angeli.
- BARFIELD T., 2003, *Afghan Customary Law and Its Relationship to Formal Judicial Institutions*, Washington, DC, The United States Institute of Peace.
- BERTI D., 2007, *Interactions et procédures judiciaires dans un tribunal de district en Inde du nord*, Paris, Réseau Asie, CNRS.
- BEVERLY E. L., 2011, *Property, Authority and Personal Law: Waqf in Colonial South Asia*, « South Asia Research », Vol. 31, 2, p. 155-182.
- DE LAURI A., 2011, « Afghanistan: Corruption and Injustice in the Judicial System », *Journal of Law and Social Research*, Vol. 2, p. 45-60.
- , 2012, *Afghanistan. Ricostruzione, ingiustizia, diritti umani*, Milano, Mondadori.
- DUPRET B., BURGAT F. (dir.), 2005, *Le cheikh et le procureur: Systèmes coutumiers, centralisme étatique et pratiques juridiques au Yémen et en Égypte*, Le Caire, CEDEJ.
- FAY D., JAMES D., 2008, « The Anthropology of Land Restitution: An Introduction », in D. FAY, D. JAMES (eds.), *The Rights and Wrongs of Land Restitution*, London, Routledge.
- GARDNER J., 1980, *Legal Imperialism*, Wisconsin, University of Wisconsin Press.
- GORDLEY J., 2006, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford, Oxford University Press.
- GREGORIAN V., 1969, *The Emergence of Modern Afghanistan: Politics of Reform and Modernization, 1880-1946*, Stanford, Stanford University Press.
- HABACHY S., 1962, « Property, Right, and Contract in Muslim Law », *Columbia Law Review*, Vol. 62, 3, p. 450-473.
- KAMALI M. H., 2003, *Islam, Pernicious Custom, and Women's Rights in Afghanistan*, Malaysia, International Islamic University.
- KELLEY T., 2008, « Unintended Consequences of Legal Westernization in Niger: Harming Contemporary Slaves by Reconceptualizing Property », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, 4, p. 999-1038.
- KIMBER R., 1998, « The Qur'anic Law of Inheritance », *Islamic Law and Society*, Vol. 5, 3, p. 291-325.
- MERRY S. E., 1988, « Legal Pluralism, *Law and society Review* », Vol. 22, 5, p. 869-896.



- MOORE S. F., 1973, « Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », *Law and Society Review*, Vol. 7, 4, p. 719-746.
- MOSCHTAGHI R., 2011, « Constitutionalism in an Islamic Republic: The Principles of the Afghan Constitution and the Conflicts between them », in T. RODER, R. GROTE (eds.), *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Oxford, Oxford University Press.
- MUNDY M., SMITH R. S., 2007, *Governing Property, Making the Modern State: Law, Administration and Production in Ottoman Syria*, London, I.B. Tauris.
- MUNIB B. A., 2005, « Law of Land Tenure and Transfer of Property in Times of War », in N. YASSARI (eds.), *The Shari'a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt – Implications for Private Law*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- NADER L., 1979, « Disputing without the Force of Law », *The Yale Law Journal*, Vol. 88, 5, p. 998-1021.
- NORWEGIAN REFUGEE COUNCIL (NRC), 2005, *A guide to Property Law in Afghanistan*, Kabul.
- PAPAGEORGIOU C., TURNBULL G. K., 2005, « Economic Development and Property Rights: The Limits on Land Ownership », *Economic Development Quarterly*, Vol. 19, 3, p. 271-283.
- PATHAK P., 2011, « The Challenge of Governing a Post-Conflict City: Kabul, Afghanistan », *Environment and Urbanization Asia*, Vol. 2, 2, p. 287-302.
- POSPISIL L., 1971, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, New York, Harper and Row.
- ROBERTS S., 1998, « Against Legal Pluralism. Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain », *Journal of Legal Pluralism*, Vol. 42, p. 95-106.
- , 2009, « 'Listing Concentrate the Mind': the English Civil Court as an Arena for Structured Negotiation », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, 3, p. 457-479.
- SACCO R., 2007, *Antropologia giuridica*, Bologna, Il Mulino.
- SANTOS B. de Sousa, 2006, « The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique », *Law and Society Review*, Vol. 40, 1, p. 39-75.
- SCHACHT J., 1982, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, Oxford University Press.
- SCHMIDHAUSER J. R., 1992, « Legal Imperialism: Its Enduring Impact on Colonial and Postcolonial Judicial System », *International Political Science Review*, Vol. 13, 3, p. 321-334.
- SCOTT J., 1976, *The Moral Economy of the Peasant*, New Heaven, Yale University Press.
- VANDERLINDEN J., 1998, « L'utopie pluraliste, solution de demain au problème de certaines minorités? », in AA.VV., *Minorités et organisation de l'État*, Bruylant, Bruxelles.

- YASSARI N., 2005, « Legal Pluralism and Family Law: An Assessment of the Current Situation in Afghanistan », in N. YASSARI (eds), *The Shari'a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt – Implications for Private Law*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- WILY L. A., 2004a, *Land Conflict and Peace in Afghanistan*, Kabul, AREU.
- , 2003, *Land Rights in Crisis: Restoring Tenure Security in Afghanistan*, Kabul, AREU.
- , 2004b, *Looking for Peace on the Pastures: Rural Land Relations in Afghanistan*, Kabul, AREU.
- WYLIE G., 2003, « Women's Rights and 'Righteous War' », *Feminist Theory*, Vol. 4, 2, p. 217-223.
- ZUBAIDA S., 2003, *Law and Power in the Islamic World*, London, I.B. Tauris.

