

Rendre la production du droit aux « peuples »

PRODUIRE le droit — nous verrons dans un instant quel sens particulier donner à ces mots dans le contexte de cette analyse — est un acte éminemment politique. Il relève du gouvernement de l'État et, dans une perspective plus large, de celui de toute société. Produire le droit n'est pas un acte neutre consistant à définir, les yeux bandés, des solutions optimales à certains problèmes sociaux. Produire le droit est à la fois un pouvoir en soi et la définition d'autres pouvoirs, individuels ou collectifs, institutionnalisés ou non. Dès lors, le pouvoir de produire le droit est l'enjeu de luttes entre les différentes composantes de toute société qu'elle soit d'hier, d'aujourd'hui ou de demain, qu'elle soit d'ici ou d'ailleurs. A ce titre, la production du droit interpelle toutes les personnes intéressées par le devenir des sociétés en général, celles de l'Afrique plus particulièrement, sans que soit exclues de mon propos la comparaison ou l'histoire, mes disciplines de prédilection.

Prémises

L'un des phénomènes — certains diraient l'une des constantes — que rencontre l'historien du droit se promenant à travers les systèmes juridiques, et particulièrement ceux de l'Afrique contemporaine, est celui de la confiscation par les juristes de la production populaire du droit. Les derniers mots de cette première phrase alignent successivement, à rebours, le droit, le « peuple », la production, les juristes et la confiscation. Pour la clarté de la suite, explicitons-les.

Le droit d'abord. Les juristes de tradition européenne (1) sont familiers avec le casse-tête que constitue toute tentative de définir le droit (2). La tâche n'en devient que plus difficile lorsqu'on quitte les rivages de la culture « européenne » pour aborder ceux des cultures « exotiques » auxquelles se consacre l'anthropologie juridique (3) ; parmi celles-ci, l'Afri-

que occupe une niche qui lui est propre (4). La place n'est, à l'évidence, pas ici de trancher ce nœud gordien ou, dans une vision pessimiste de ces querelles de cénacles, de nettoyer les écuries d'Augias ; Hercule appartient au royaume du mythe. Il convient donc de naviguer à l'estime, tâchant d'éviter aussi bien Charybde que Scylla, comme le font, sans toujours l'avouer, nombre de juristes et d'adopter une position la plus souple possible sur la pente savonneuse qui nous attend nécessairement dès que nous quittons le cadre de ce que l'État de tradition « européenne » décide de qualifier droit ; lorsque le besoin s'en fera sentir, il sera toujours possible de préciser sa pensée.

Le « peuple » en outre. Peu de termes ont été utilisés, au fil du temps, notamment par les producteurs de constitutions, avec des contenus aussi différents. « Tous les pouvoirs appartiennent au peuple », « le peuple est seul souverain », « droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » sans oublier ce vocable, qui est particulièrement d'actualité dans l'Afrique d'aujourd'hui et qui condense en lui les périphrases antérieures : démocratie. Qu'il s'agisse, à l'âge d'or du parlementarisme, d'un corps électoral représentant 2 % de la population ; pendant la première partie du XX^e siècle, de la moitié seulement de la société active en raison de l'exclusion des femmes ; ou, aujourd'hui, de suffrages dont l'exercice est faussé par toutes espèces de manœuvres que couvrent les gouvernements, c'est toujours le peuple qui a parlé. La réaction ne peut être, comme dans le cas précédent, qu'une grande souplesse sémantique et une navigation à l'estime. De manière générale, le mot « peuple » recouvrira ce qu'on pourrait appeler, en vocabulaire syndical, la « base » d'une société quelle qu'elle soit.

La production ensuite. Le droit est un produit dont la forme première, la matérialisation, est la source dite formelle, du droit (5). Celle-ci se présente sous divers aspects, en rapport direct avec un producteur : la révélation, la loi, la jurisprudence, la doctrine et la coutume, respectivement produites par la divinité, le chef, le juge, le sachant et le « peuple », chacun de ces mots devant être pris, comme les précédents dans une acception la moins ethnocentrique possible. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, le chef est aussi bien un parlement bicaméral, donc une institution, que l'individu auquel les groupes acéphaliques bantous habitant les parages du Kavirondo confient, en temps de crise, la direction du groupe social. En outre, plusieurs fonctions de production peuvent être simulta-

(1) Ces trois mots recouvrent, par convention, non seulement l'Europe, mais encore toutes les cultures que l'Europe a essaimé à travers le monde que ce soit en Afrique, en Amérique, en Asie ou en Océanie. Pour faire bref, je les désignerai, dans ce texte, par le substantif ou l'adjectif « européen ».

(2) La bibliographie du sujet est sans fin ; je renvoie seulement, en raison de la diversité d'opinions qu'ils rassemblent, aux numéros (11) et (12) de la revue *Droits*, qui commencent déjà à dater et auxquels on reprochera certainement en nombre d'endroits d'être trop « européens ».

(3) Au contraire de la référence précédente, voir Sack P. & Aleck J. (eds), *Law*

and Anthropology, New York, New York University Press, 1992, qui abordent le problème sous un angle exclusivement « anglo-saxon ».

(4) Dans la même collection et dans le même esprit que la référence précédente — on croirait qu'il n'y a pas davantage de théoriciens francophones du droit africain que d'anthropologues francophones du droit —, voir Woodman G.R. & Obilade A.O., *African Law and Legal Theory*, Dartmouth, Aldershot, 1995.

(5) Voir ma « Contribution en forme de mascarot à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicate », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, 69-84.

nément réunies dans le chef d'une personne ou d'une institution ; la séparation des pouvoirs ne peut être érigée en dogme.

Les juristes pour suivre. Si nous en croyons P. Robert, le juriste est « celui qui a de grandes connaissances juridiques ». Plus séduisante est la définition que risque le *Concise Oxford Dictionary* ; il le définit comme le « membre d'une *profession* (je souligne) juridique ». Dans de nombreuses sociétés en effet — par exemple, dans les villages de la France médiévale ou dans la plupart des sociétés africaines précoloniales — il n'existe pas de professions juridiques, mais certaines personnes — en France ce seront les « diseurs de droit » — ont, aux yeux des habitants de « grandes connaissances juridiques ». Mais ils ne tirent pas leur subsistance de cette connaissance ; ils n'en font pas profession. Cette absence de juristes professionnels s'accompagne d'une absence, souvent corrélative, d'approche institutionnelle des disciplines juridiques, que ce soit au plan scientifique ou éducatif. Par contraste, les juristes se meuvent dans un monde où science et formation (même rudimentaires) coexistent.

La confiscation enfin. Nous nous situons, à ce point du propos, au moment où tous les éléments antérieurs convergent dans une action, celle par laquelle le juriste entreprend de priver le « peuple » de son rôle dans la production du droit pour remplacer, dans le système juridique, le mode de production dominant propre au peuple, qui est dit coutumier, par le sien, qu'il soit dit doctrinal, jurisprudentiel ou législatif ; parmi les nombreux exemples que nous fournit l'histoire de cette démarche du juriste, citons, entre autres, la substitution de la doctrine à la coutume dans l'histoire du droit romain, son remplacement par la *common law* dans l'histoire du droit anglais et, dans l'histoire du droit français, la transformation de la coutume en loi à l'occasion de la rédaction officielle des coutumes. Par extension, suite à l'expansion des systèmes juridiques européens dans le cadre de la colonisation du monde par l'Europe, ces cas se sont étendus, entre autres toujours, à l'Afrique. Dans chacun de ces exemples (6), le juriste ne peut tolérer que le dernier mot revienne à un producteur, le « peuple », et donc à une source, la coutume, sur lesquels il n'a pas prise et qui se trouvent en concurrence avec son propre mode de production et donc ses propres sources de droit.

Il lui faut soit les éliminer l'un en tant que producteur, l'autre en tant que source, soit les intégrer à son mode de production dominant en leur accordant une reconnaissance soigneusement contrôlée. Ainsi sont nés en Afrique — mais aussi en Amérique et en Asie — ce que les juristes coloniaux ont appelé les droits coutumiers.

Dans un premier temps, un mode de production dominant — qu'il soit législatif chez les Belges, les Espagnols, les Français, les Italiens et les Portugais, jurisprudentiel chez les Anglais et chez les Américains, esclaves affranchis revenus coloniser le Libéria, ou doctrinal chez les colons des Pays-Bas débarquant dans la baie de la Table pour assurer le ravitaillement des vaisseaux de la Compagnie néerlandaise des Indes orientales (7) — a été imposé

(6) Voir mon *Comparer les droits*, Bruxelles, Kluwer, 1995, et mon *Histoire de la common law*, Cowansville-Bruxelles, Blais-Bruylant, 1996.

(7) Je n'aborderai pas l'imposition, de loin antérieure, à certaines sociétés africaines

du mode révélatif résultant des invasions musulmanes. Historiquement, il n'est pas plus endogène que les droits européens qui l'ont suivi ; il a, sur eux, l'avantage d'avoir été mieux « reçu » et donc de souffrir aujourd'hui moins de contestations.

aux populations africaines, et l'a été, lorsque c'était nécessaire, à la pointe du fusil, quelle que soit la bonne ou la mauvaise foi de ceux qui le tenaient. Dans un second temps, une reconnaissance des modes de production locaux s'est généralisée pour des raisons et selon des modalités diverses, variant selon les systèmes coloniaux et, à l'intérieur de ceux-ci, selon les régions : les droits coutumiers étaient nés. Une vingtaine d'années après les indépendances, les théoriciens du droit ont ajouté à cet état de fait une nouvelle perspective, celle du pluralisme juridique (8).

Celle-ci, qui trouvait essentiellement son point de départ dans les situations coloniales — malgré ce que paraît indiquer son sous-titre, l'ouvrage de Hooker contient peu de développements relatifs au contexte néocolonial — trouva rapidement un champ privilégié d'exploration dans un double phénomène : la vocation de nombreux États africains à utiliser prioritairement le mode de production législatif afin de faire disparaître les restes de modes de production coutumier abandonnés derrière lui par le colonisateur d'une part, l'ineffectivité quasi totale de cette substitution qui est demeurée, dans l'écrasante majorité des cas, enfermée dans les pages des Journaux officiels, de l'autre. Ainsi est né la *fantasy law* cher aux anglophones et le droit-fiction des francophones.

Qui plus est, au fur et à mesure que se délitait les pouvoirs des États africains, se renforçait la constatation de leur incapacité à matérialiser leur prétention au monopole de la production du droit et de la vigueur corrélative de toutes espèces d'ordres juridiques dits informels (comme l'économie du même nom, ils représenteraient la seule vraie réalité), parallèles (l'image est contestable, car il leur arrivait de rencontrer le droit étatique) ou encore non officiels (car le terme de référence demeure, inconsciemment ou non, le droit officiel, c'est-à-dire étatique, ou conçu selon les paradigmes de la tradition européenne). Le pluralisme juridique a ainsi franchi le stade des balbutiements d'il y a vingt-cinq ans pour devenir à la mode (9). Le terme est employé par tous et pour tout, sans qu'apparemment il fasse l'objet d'un renouvellement qui le détache-rat de son terreau d'origine : les mondes colonisés.

Symptomatique de cette perspective « coloniale » sont les nombreux écrits, particulièrement de juristes francophones (10), qui persistent à considérer le pluralisme par référence à une société déterminée et à une hiérarchisation des systèmes juridiques à l'intérieur de cette société. Cette double référence paraît non fondée non seulement sur le plan théorique (11), mais aussi lorsqu'on observe le fait juridique dans l'Afrique contemporaine. Ce dernier point est particulièrement important. En effet, la

(8) Quasi simultanément ont été publiés, sur le continent européen et en Angleterre, les *Études sur le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie, 1972, et Hooker M.B., *Legal Pluralism — An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975.

(9) La notion est évidemment beaucoup plus ancienne et se rencontre chez les sociologues du droit dès les débuts de ce siècle ; la place n'est pas ici d'en faire l'histoire. Remarquons seulement que son application systématique au fait colonial, en particulier

à l'Afrique, date de ce dernier quart de siècle.

(10) Un excellent ami, pour lequel j'ai à la fois le plus grand respect et la plus grande admiration, est de ceux-là. Que Norbert Rouland me pardonne ce désaccord que j'ai déjà eu l'occasion de formuler devant lui à l'occasion d'un remarquable colloque qu'il avait organisé en 1991 à Aix-en-Provence.

(11) Voir mon « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », *Revue de la Recherche juridique — Droit prospectif*, 1993, 573-583.

théorie du pluralisme juridique semble avoir connu très rapidement un épuisement de son matériau de départ. Dès que notre connaissance de la situation coloniale — lorsque la théorie s'est développée, cette situation appartenait déjà au passé — a été épuisée (12), il n'est resté au chercheur qu'à gloser sur la théorie et, bientôt, à gloser sur la glose, sans que rien ne vienne remettre en cause les prémisses de fait sur lesquelles se fondait la théorie.

Lorsque j'ai moi-même, tout à fait fortuitement, repris mon texte de 1972 (13), je ne me suis pas fondé sur ce que je savais à l'époque de la situation des droits africains ; comme les autres, je glosais sur la glose. La différence par rapport aux autres glossateurs était peut-être une approche remettant radicalement en cause vingt ans de confort intellectuel passés à admirer la reproduction dans divers ouvrages, principalement en langue française, de la définition que j'avais avancée en 1972 (14). Depuis, diverses circonstances ont permis que cette conception nouvelle du pluralisme ait pu être confrontée à certains faits, ces faits auxquels, seuls, la théorie doit se soumettre. Pour l'essentiel, il s'agit d'une part de l'effondrement généralisé du mode de production étatique, principalement législatif, mais aussi jurisprudentiel, d'autre part de la résurgence du mode de production coutumier, dominant dans les sociétés précoloniales, mais qui s'applique désormais à d'autres sociétés que celles qu'il était convenu d'appeler « traditionnelles ».

L'effondrement du mode de production étatique, qu'il soit législatif ou jurisprudentiel, d'abord. Quel que soit l'angle sous lequel on l'aborde — celui du scientifique (15), ou du praticien (16) — la faille des droits étatiques africains est devenue un truisme, sans qu'il faille même aller jusqu'à des situations extrêmes comme celle, par exemple, du Zaïre. Elle est étroitement liée à la délitescence de leur producteur, l'État africain. Point n'est besoin de développer longtemps ce point. Vouloir en convaincre les lecteurs de *Politique africaine* reviendrait, bien inutilement, à prêcher des convertis. Soulignons seulement qu'en l'occurrence l'articulation du juridique sur le politique a rarement été plus déterminante pour le sort du premier. Sans État, pas de droit étatique qui dépasse le stade du vœu pieux ou du nuage de fumée à l'intention des distraits ou des tartuffes prêts à se laisser abuser par des apparences qui leur conviennent.

La résurgence du mode de production coutumier au sein de sociétés multiples et diverses ensuite. Malgré un discours qui reste résolument « moderniste », nombre de juristes africains doivent constater que l'effondrement du mode de production étatique n'a pas conduit à un état de non-droit. Sans avancer que le droit est le propre de l'homme social, ils

(12) Encore que la découverte ou l'exploitation d'archives, judiciaires notamment, permettent toujours de poursuivre le travail de glose sur la glose.

(13) « Le pluralisme juridique, essai de synthèse », *Études sur le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie, 1972, pp. 19-56.

(14) Notamment Arnaud.

(15) Voir, notamment, les actes du colloque international consacré à *La création du*

droit en Afrique, in J. Du Bois de Gaudusson, D. Darbon (dirs), *La Création du droit en Afrique*, Karthala, à paraître.

(16) Voir, entre autres, la constatation de l'effondrement de l'administration de la justice étatique faite par divers participants africains au troisième colloque international du CICLEF organisé à Moncton en 1994 sur le thème *L'environnement juridique de la petite et de la moyenne entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

reconnaissent l'importance croissante de la coutume dans la vie juridique des populations (17). On peut d'ailleurs se demander si cette constatation n'est pas directement liée au fait précédent. Peut-être la coutume n'a-t-elle jamais perdu de sa vigueur et s'est-elle contentée de faire le gros dos devant l'ouragan... de papier (comme le tigre du même nom) qui a déferlé sur les pays africains depuis une trentaine d'années. Les juristes, tant africains qu'européens, ont cru — à de rares exceptions près — que l'heure de leur triomphe dans l'entreprise de confiscation de la coutume était enfin arrivée ! Du coup, toute leur attention s'est tournée vers les textes nouveaux et on a pu croire que, puisqu'on n'en parlait plus, la coutume était morte. Le reflux de la vague moderniste a refait affleurer ce que les juristes considéraient comme les récifs de la coutume ; dissimulés un instant — qu'est-ce que trente ans dans la longue durée de l'histoire ? — sous le fatras des textes jurisprudentiels ou législatifs à vocation moderniste et des écrits y relatifs, ils n'en avaient pas, pour autant, disparu.

La seule conclusion qui résulte de ce double constat est qu'il n'est plus possible de décrire l'état des systèmes juridiques africains en termes de pluralisme juridique tel qu'on le fait depuis vingt-cinq ans.

D'une part, sauf exception dans les cas où existerait un véritable État-nation comme à Madagascar (18), peut-on encore dire — comme je le faisais en 1972 et comme tous ceux qui m'ont suivi le font aujourd'hui — que le pluralisme existe « au sein d'une société déterminée » ? Je ne le pense pas. Il n'est pas question ici de remettre en cause les frontières héritées de la colonisation ; elles fournissent aux États africains un cadre internationalement accepté. Il convient seulement de reconnaître l'importance non seulement quantitative, mais encore qualitative des identités sociales, ethniques, religieuses, associatives, économiques et autres qui se sont particulièrement développées en Afrique à l'heure actuelle, bien que certaines d'entre elles remontent à la période précoloniale et à la période coloniale. Ces identités se superposent en chaque individu à l'identité nationale, mais sans que celle-ci l'emporte nécessairement sur elles. L'individu possède en fait une identité multiple l'englobant dans plusieurs sociétés et donc dans plusieurs droits (19) — il devient, comme j'aime à l'écrire, sujet de droits — sans que ce soit nécessairement (au contraire serais-je tenté de dire) la société étatique ou nationale et donc son droit qui prévale sur les autres.

Au départ de ces prémisses, dans quelle direction aller ?

Rendre la production du droit aux « peuples »

Chacun des termes de cet intitulé mérite un développement.

Rendre d'abord. Compte tenu de l'état de fait actuel, l'emploi de ce

(17) Voir notamment les textes publiés à l'occasion de la première rencontre de droit comparé de Moncton réunissant une quinzaine d'enseignants d'Afrique francophone sur le thème *Modes de production des droits africains et common law*, Moncton, CICLEF, 1995 et les actes du colloque international consacré à *La création du droit en Afrique*, précité.

(18) Si, du moins, on suit Rajoelina, dans *La création du droit en Afrique* ; voir, dans mon introduction à ce volume, les caveats que je crois utile de formuler sur cette position de notre collègue.

(19) Je n'exclus évidemment pas que le pluralisme juridique ait existé dans les sociétés précoloniales, mais l'examen de ce point dépasse mon propos.

verbe n'a de signification qu'au sens formel. La survie, la résurgence, voire la naissance des droits de formulation populaire sont une réalité tellement contraignante dans l'Afrique contemporaine, que parler de rendre au « peuple » cette formulation ne peut être que formel. Le fait est là, envers et contre les juristes de l'appareil d'État ; reste à le constater en faisant disparaître les signes juridiques extérieurs de la confiscation des droits de production populaire. Ceci est, en apparence, assez simple : il suffit de supprimer les formules qui dans la loi procèdent à l'abrogation des sources du droit autres que la loi préexistant à celle-ci ; la seule source visée en l'occurrence sera la coutume. Ce n'est toutefois pas tout.

Nombre de constitutions africaines (particulièrement dans les pays francophones) ou de textes législatifs relatifs à l'organisation judiciaire et au droit applicable devant les cours et tribunaux (particulièrement dans les pays anglophones) prévoient l'application de la coutume à une double condition de non-contrariété d'une part à la loi, d'autre part à des principes d'ordre général qui rappellent les clauses de contrôle du mode de production coutumier par le colonisateur, qu'il s'agisse de l'ordre public, des bonnes mœurs, des principes fondamentaux du droit, etc.

En ce qui concerne la loi, il ne peut plus être question de lui conférer une supériorité particulière dès lors qu'on s'engage dans la voie de l'admission de la coexistence de plusieurs sociétés possédant chacune leur ordre juridique propre et autonome ; il n'est plus question de parler de champs semi-autonomes, comme aiment à le faire les pluralistes de la première génération. Ceci reviendrait en effet d'une part à consacrer la théorie pluraliste inspirée de la colonisation et du néo-colonialisme, qui reconnaît, au moins implicitement, l'existence d'un ordre contrôlant les autres, celui du colonisateur autrefois, de l'État néocolonial aujourd'hui, et d'autre part à nier l'évidence de la situation actuelle dans laquelle pareille supériorité est inexistante, sauf sur le papier et dans laquelle les champs juridiques non étatiques sont devenus véritablement autonomes. Le système pluraliste au sens le plus achevé exclut la hiérarchisation des modes de production ; tout au plus certains peuvent-ils se borner à penser, voire à espérer, que l'État redevienne ce chef d'orchestre dont parle N. Rouland. Et encore ! Cette image appartient, elle aussi, au passé. Je préférerais, quant à moi, l'image du quatuor ou du quintette, au sein duquel point n'est besoin de « chef », mais où l'accord des instrumentistes — en l'occurrence les producteurs du droit — aboutit à leur faire écrire et jouer ensemble une partition, en l'occurrence toujours, celle du droit, pour le plus grand bonheur de ceux qui les écoutent, les sujets de droits que nous sommes.

Plus complexe est la sujétion des modes de production juridique à certains principes qui relèvent davantage de l'éthique que du droit. Tous les systèmes familiers aux juristes « européens » les connaissent et l'unanimité se fait pour condamner leur absence, réelle ou apparente, que ce soit dans l'histoire ou, à l'époque contemporaine, dans ce qu'il est convenu d'appeler les régimes totalitaires. De même, il n'est plus grand monde pour défendre encore certains usages aberrants de clauses se référant à l'ordre public universel, à la justice naturelle, à la bonne conscience, etc. faits, à l'encontre des droits originellement africains, par les nations coloniales. Cependant l'explicitation de ces principes éthiques et surtout leur

mise en œuvre se révèlent infiniment plus délicates. Que l'on pense seulement au principe du respect de la vie humaine et aux débats qu'il suscite au niveau du contrôle des naissances, de l'euthanasie ou de la peine de mort.

Ceci exclut-il pour autant que les multiples sociétés vivant dans les limites d'un État africain puissent s'accorder (et non les recevoir ou se les faire imposer de l'extérieur de la bouche de l'un ou l'autre bailleur de fonds ou « ajusteur structurel ») sur une formulation de ces principes, quitte d'ailleurs à ce qu'il existe des nuances dans leur application dans les divers ordres juridiques autonomes qui leur sont propres ? Après tout, la peine de mort est appliquée — ou non appliquée — de manière variable selon les États des États-Unis, et il en va de même pour le contrôle des naissances ou l'euthanasie ; la même constatation peut être faite, en ce qui concerne les deux derniers points, pour les États de l'Union européenne. Que l'on n'objecte en tout cas pas qu'ils sont souverains et entièrement maîtres de la production du droit dans leur champ juridique, car c'est bien (sous la réserve de ne pas parler pour autant de souveraineté) dans cette direction que s'acheminerait l'Afrique.

Le seul véritable problème est celui de l'éventuelle mise en place d'un organe de contrôle du respect des principes auxquels souscriraient les sociétés en cause. N'oublions pas que telle n'était pas la vocation première de la Cour suprême des États-Unis et que les États européens ne disposent pas d'un organe juridictionnel auquel soumettre leurs législations propres en matière d'avortement ou d'euthanasie. De même, pendant des décennies, les associations sportives, nationales et internationales, ont régi leurs adhérents, en marge du système juridique étatique dans une situation parfaitement pluraliste. Le sportif sanctionné parfois très gravement (une radiation, sans qu'il soit besoin qu'elle le soit à vie, le laissait sans moyens d'existence pour des périodes parfois fort longues) se trouvait sans recours auprès de l'ordre juridique étatique du pays de sa nationalité. La solution à donner à ce problème devrait être étudiée, mais ne va pas nécessairement dans la direction que fournissent les modèles exogènes.

En un premier temps donc, la « restitution » serait pleine et entière sans être assortie d'aucune limitation, même si cela peut poser de sérieux cas de conscience à certains, toujours soucieux de faire le bonheur des autres malgré eux.

La production du droit ensuite. Le mode de production juridique dominant des sociétés africaines précoloniales était coutumier. Il en allait de même du mode de production du droit aboutissant à ce que le colonisateur (suivi en cela pendant un temps par certains États indépendants) a appelé la coutume évoluée, si ce n'est qu'il aurait sans doute mieux valu l'appeler urbaine du nom du milieu dans lequel elle est née et s'est développée. Fruit de la transformation sociale ou, préféreront certains, d'une acculturation partielle, de ceux que le colonisateur considérait comme des « élites » (en cachant, sous ce terme, ceux qui commençaient à lui ressembler ou, plus crûment, à être « bien blanchis »), la coutume urbaine se présentait comme une somme de variations dans les modalités d'intégration des droits exogènes et endogènes. Le processus n'était pas pour autant autonome dans la mesure où il était contrôlé par le colonisateur

(et après lui par ceux qui, à son image, avaient endossé les habits de la « civilisation ») qui s'assurait que les comportements nouveaux étaient bien conformes à l'évolutionnisme tel qu'il le concevait.

Par contraste, si on observe le droit de l'économie dite informelle, celui des associations religieuses ou des églises, celui des bandes d'enfants abandonnés sur la rue, etc., on constate aussi que leur production est faite en grande partie de comportements transformés en mécanismes s'imposant aux membres de ces collectivités suite à leur adoption, plus ou moins spontanée, par le groupe social tout entier. Nous sommes donc bien dans le champ de la coutume. Mais, comme dans la totalité des ordres juridiques, il n'est pas de source exclusive. Toutes les sources formelles du droit coexistent à des degrés d'importance divers et c'est pourquoi on parle de la coutume comme d'un mode de production dominant.

Les autorités de ces groupes, les personnes chargées par eux de régler les différends entre leurs membres ou celles d'entre eux qui ont la réputation d'être mieux instruits que d'autres du droit du groupe, quelles qu'elles soient et quelle que soit l'importance qualitative et quantitative de leurs interventions, commandent pour les premières, jugent pour les secondes et communiquent leur savoir pour les troisièmes ; en ce sens, lorsque l'occasion s'en présente, elles produisent la loi pour les unes, la jurisprudence pour les autres, la doctrine pour les dernières. Toutes ces formes que prend le droit du groupe coexistent en son sein et se transforment, le plus souvent, grâce à l'adhésion des membres, en coutumes. Celles-ci s'ajoutent aux coutumes qui naissent originellement du comportement des individus et on peut donc parler de mode de production à dominante coutumière.

Les « peuples » enfin. Dans ce propos, une distinction nette a été faite d'emblée entre les juristes et le « peuple », producteur de la coutume. Or nous venons de montrer que, même dans les droits non étatiques, existent des chefs, des juges et des sachants. Le « peuple » n'est donc, à l'évidence, pas le seul producteur qui nous intéresse. En outre, il est des cas où les uns et les autres manipulent le « peuple » pour atteindre des objectifs qui leur sont propres, quitte à les recouvrir ensuite du manteau de la volonté populaire. Cependant si nous examinons les structures de ces sociétés, qu'il s'agisse des sociétés précoloniales telles qu'elles ont été transformées par la colonisation en milieu rural, ou des sociétés multiples et diverses existant aujourd'hui, aussi bien dans ce milieu qu'en ville (20), nous constatons qu'elles réalisent bien mieux que l'État la convergence de leurs modes de production du droit entre eux d'une part et l'adhésion de leur membres — le « peuple » — au produit qui en résulte de l'autre. Le rôle des « peuples » dans l'élaboration du droit est donc fondamental dans ces sociétés, comme il l'était dans la paroisse ou le manoir au moyen âge en France ou en Angleterre ou dans le village africain précolonial. Quel que soit donc le mode de production envisagé, le « peuple » joue un rôle essentiel dans l'effectivité des mécanismes mis en

(20) Nous sommes parfaitement conscients qu'il n'existe pas en Afrique, comme ailleurs, des milieux cloisonnés et distincts, constitués par « la ville » et « la campagne », mais plutôt un continu géographique et social

s'étendant sur un large spectre entre deux extrêmes. La distinction est volontairement simplifiée pour la facilité de l'exposé. De même, certaines sociétés, comme les églises transcendent le clivage villes-campagnes.

place par les diverses sociétés cohabitant dans l'espace géographique défini par l'État.

Qui dit diverses sociétés, dit, automatiquement, divers droits convergeant, dans une mesure variable suivant leur nature et les circonstances, vers un même individu, ce qui est la caractéristique du pluralisme juridique au sens le plus complet du terme. Pour le juriste se pose, à ce moment, une double question : comment se résolvent les problèmes de conflit éventuel entre ces droits lorsqu'ils se rencontrent dans l'individu en situation de pluralisme et celui de la rencontre de ces droits lorsque sont en situation conflictuelle des individus se réclamant de droits différents ? Qui plus est, dans ce double contexte, deux ordres de questions sont posés ; ils ont trait respectivement au for devant lequel porter un éventuel conflit et au droit qui sera appliqué devant ce for. Le juriste n'est, à ce moment, pas tellement éloigné d'un terrain qui lui est familier, celui du droit international privé. Ceci près, pensera-t-il peut-être, qu'il s'agit, en apparence du moins, de conflits internes et non internationaux de droits. Sans doute dans le système du pluralisme colonial ou néo-colonial. Mais pas dès que l'on admet l'autonomie des droits en présence ; à ce moment le rapprochement avec le droit international privé, voire avec d'autres branches du droit, s'impose comme nous allons le voir.

À cette double question, posée dans le contexte du pluralisme au sens le plus complet du terme, l'observation des situations de pluralisme apporte une première réponse : l'individu, qui s'y trouve placé, se livre à ce que j'ai appelé, m'inspirant d'expressions utilisées en anglais, un « magasinage » de for, étroitement associé à un « magasinage » de droit. Plus simplement, il recherche, tant sur le plan de la substance du droit que sur celui de sa mise en œuvre par le tribunal, la solution qui lui sera la plus favorable. Entre divers ordres juridiques qui prétendent s'imposer à lui, il navigue, guidé par son intérêt et opère un choix, tous comptes faits plein d'aléas, dont les paramètres sont susceptibles d'être à la fois, multiples, divers et aux incidences parfois difficiles à apprécier. Ainsi, pendant la période coloniale, quel qu'en soit le théâtre, voyait-on l'Acadien (21) ou l'Africain s'adresser, en cas de litige et *mutatis mutandis*, tantôt à une autorité lignagère, tantôt au missionnaire, tantôt au fonctionnaire colonial, voire, dans le cas de l'Afrique, à son employeur européen, sachant pertinemment que la perspective juridique de celui auquel il s'adressait lui était propre et susceptible de favoriser son point de vue face à son adversaire.

Sa démarche était fort proche de celle de l'individu qui, titulaire d'une double nationalité et possédant plusieurs résidences situées chacune dans le ressort d'un système juridique différent, s'efforce d'en tirer parti en prenant son avantage dans l'un ou l'autre des systèmes dont il dépend. Le droit international privé — mais, en certaines circonstances d'autres branches du droit (ainsi de la personne qui commet un crime dans un pays qui n'est pas le sien et se réfugie ensuite dans son pays en sachant qu'il n'en sera pas extradé et qu'il possède, pour diverses raisons, une

(21) Voir mes « La double colonisation juridique de l'Acadie aux XVII^e et XVIII^e siècles », *Bulletin des Séances de l'Académie royale des Sciences d'Outre-Mer*, 1993, 361-384 et

« A la rencontre de l'histoire du droit en Acadie », *Revue de l'Université de Moncton*, 1995, 47-80.

chance de « s'en tirer mieux » face aux juges de sa nationalité que face à ceux du lieu du délit) (22) — constitue, de ce point de vue, un modèle de pluralisme dans lequel des ordres juridiques autonomes (et même souverains, dans la mesure où il existerait une différence entre les deux adjectifs) sont susceptibles de s'appliquer simultanément à un même individu, lui offrant la possibilité d'un « magasinage » de for et de droit.

Ceci dit, en pareil cas, une tâche parfois redoutable attend le « juge » quel qu'il soit. En effet il relève lui-même presque toujours de l'un des ordres juridiques en cause et sa tentation sera grande d'appliquer son propre droit à celui qui s'en réclame plutôt que d'appliquer celui invoqué par l'autre partie, qui serait ainsi « favorisée » alors qu'elle lui est étrangère. D'où la mise en place de règles destinées à régler aussi bien les conflits de for que les conflits de droit, l'accord se faisant sur ces règles au niveau international ou des différences subsistant entre systèmes (ainsi du rattachement fréquent du statut personnel au lieu du domicile en droits de *common law* et à la nationalité dans les systèmes codifiés). En outre, même lorsque l'accord se fait au niveau international, les juges se réservent souvent une porte de sortie (je ne parle pas des multiples tours et détours que leur permet l'interprétation du fait et du droit) dans des « principes généraux » qui leur permettent, tous comptes faits, de décider davantage selon leur intime conviction que selon « le droit » (23).

Pareil problème, inhérent à la mise en place d'un pluralisme au sens le plus complet du terme, peut être résolu d'une autre façon par le recours à un ou plusieurs arbitres ; dans ce cas, soit il est unique et des garanties existent, dans la mesure où cela est possible, quant à son indépendance vis-à-vis des droits en présence, soit ils sont plusieurs — souvent trois, dont deux choisis par les parties et un désigné par une instance « neutre » — et ils tranchent tantôt à l'unanimité, tantôt à la majorité. Peu importe la formule choisie du moment qu'elle obtient l'accord des parties et qu'ils respectent la décision rendue. De nouveau des formules doivent être trouvées, inspirées d'expériences similaires ou originales et propres à l'Afrique contemporaine. L'essentiel est que l'on renonce d'une part à la justice et au droit étatiques comme seul for et seul droit applicable et d'autre part que l'on mette en place consensuellement des mécanismes d'ajustement des inévitables conflits entre les multiples fors et droits autonomes que le « peuple » d'Afrique a choisi au cours des dernières années pour organiser sa vie sociale.

À l'heure où il est beaucoup question de « démocratie » sur le continent africain, le plus souvent pour masquer un pouvoir exogène de nature internationale et financière qui n'a rien de démocratique et se soucie du « peuple » aujourd'hui en proportion directement et exponentiellement inverse du souci qu'il a eu jadis de courtiser ceux qui s'enrichissaient scandaleusement au détriment de ce même « peuple », rendre à ce der-

(22) Voir l'arrêt *Sering* de la Cour européenne des Droits de l'Homme, dans lequel un citoyen allemand, accusé d'être partie à un meurtre aux États-Unis, s'est réfugié en Allemagne et a échappé au risque d'une condamnation à mort dans l'état de Virginie.

(23) Voir, par exemple, la décision de la Haute Cour de Lagos dans l'affaire *Adesanya*

v. Palm Oil Company (analysée, référence à l'appui, dans le *Journal du Droit international*, 102 (1975), pp. 133-134), où la loi du for et du contrat, à laquelle avaient formellement adhéré les parties dans celui-ci, est écartée sur la base des inconvénients majeurs qui en résulteraient pour l'une des parties.

nier le rôle qui n'aurait jamais dû cesser d'être le sien dans la production du droit, n'est-ce pas, au fond, faire œuvre démocratique au vrai sens du terme ? Et, à l'heure où ce « peuple » est, par la force des choses, infiniment divers, est-il solution plus « démocratique » que d'adopter une solution consensuelle et pluraliste au sens plein du terme ? De l'un et l'autre point, je suis intimement convaincu, malgré la difficulté de la tâche et la décolonisation mentale qu'elle exige de nombreux africanistes et, peut-être aussi de nombreux Africains séduits par « la tentation de l'Occident » chère à Malraux.

Jacques Vanderlinden
Université de Bruxelles, CICLES, Marcton