

L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne

Léonard Matala-Tala

DANS **CIVITAS EUROPA** 2013/2 N° 31 , PAGES 239 À 260

ÉDITIONS **IRENEE / UNIVERSITÉ DE LORRAINE**

ISSN 1290-9653

DOI 10.3917/civit.031.0239

Date de mise en ligne : 07/08/2016

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-civitas-europa-2013-2-page-239?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour IRENEE / Université de Lorraine.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Études

L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne¹

Léonard MATALA-TALA

MCF de Droit Public

Université de Lorraine

IRENEE – EA7303

La circulation du droit constitutionnel, objet de notre congrès, me donne l'occasion, au lendemain des fêtes marquant le cinquantième anniversaire de l'indépendance de nombreux Etats africains, de vérifier l'effectivité du droit constitutionnel, voire du droit positif dans son ensemble.

Le droit positif, selon Jacques Vanderlinden², a une définition qui comprend huit éléments : il

« est unique (il n'y en a qu'un dans le ressort qui est le sien), étatique (ce ressort est celui de l'Etat, seul producteur de droit), formé de règles abstraites tendant à l'objectivité dans une hiérarchie dominée par la loi dont des procédés déductifs (du général au particulier) permettent de dégager la manière de résoudre des cas concrets ».

Rien n'est plus au cœur de la relation entre droit et société que la question de l'effectivité³. Celle-ci peut être définie comme le « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit ». Selon Jean Carbonnier⁴ « la notion d'effectivité, n'est pas toujours définie avec une grande précision ». Einsenman, traducteur de Kelsen, utilise sans distinction effectivité et efficacité. Le concept d'effectivité du droit, présent aussi bien dans les travaux d'Emmanuel Kant que de Max Weber, est largement utilisé en sociologie juridique⁵. Il « ne désigne pas un état

1 Ce texte est issu d'une communication faite au sein de l'Atelier n° 4, « Droit constitutionnel et droit comparé » lors du VIII^e Congrès de l'AFDC, tenu à Nancy les 16, 17 et 18 juin 2011.

2 J. VANDERLINDEN, « Les droits africains entre positivisme et pluralisme », in *Bulletin des séances de l'Académie royale des sciences d'outre-mer*, 46 (2000) pp. 279-292 ; sur (<http://www.dhdi.free.fr/recherches/etatdroitjustice/articles/vanderli3.html>).

3 J. COMMAILLE, « Effectivité » in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAN et S. RIALS, Paris, Lamy PUF, 2003, p. 583.

4 J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'année sociologique*, LVII, 1958, pp. 3-17.

5 P. LASCUMES et E. SEVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », in *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 128.

« particulier du système du droit, mais la question même de la séparation droit/société. Autour de ce concept, gravite toute une série de notions désignant cette fois une situation particulière de la coupure : lacune, ineffectivité, efficacité renvoient à des « états » du système, et donc à autant de niveaux d'observation de la réalisation du droit [...]. On le trouve employé aussi bien par les philosophes du droit que par les juristes positivistes, les sociologues juristes, voire les juristes critiques du droit. C'est ainsi que René Sabatier⁶ dira qu'« une norme sociale même rendue obligatoire par un texte juridique, ne s'appliquera que si elle est sociologiquement praticable. La justice que poursuivent les règles de droit à partir d'un système de valeurs doit toujours être accompagnée d'une étude de praticabilité sociologique ».

Au-delà de l'appréhension des niveaux de réception des normes juridiques, de leurs modalités de mise en œuvre, des incompréhensions qu'elles suscitent et des insuffisances qu'elles comportent, mon propos ambitionne ici de poser l'apparente « méconnaissance » en termes structurels afin de dépasser le constat des inadaptations pour interroger les systèmes juridiques sur leurs conditions de production et leur intégration aux structures socio-politiques en Afrique subsaharienne.

De manière plus spécifique, j'entends m'appesantir sur la question des greffes juridiques en Afrique. Il s'agit de voir comment les normes juridiques empruntées par les Etats africains aux systèmes juridiques européens parviennent à s'emboîter dans des ensembles aussi hétéroclites. C'est une opération de contextualisation qui est visée : en tenant compte de la langue, des institutions, des concepts, des valeurs et surtout des pratiques juridiques africaines, il faut essayer de comprendre l'articulation de chaque norme juridique dans les sociétés africaines.

L'histoire précoloniale, coloniale et postcoloniale a structuré différemment les sociétés africaines sur les plans culturel, religieux, social, économique et politique. Je ne reviendrai pas ici sur le mimétisme constitutionnel, ses raisons, ses échecs, son bilan, d'autres l'ont déjà fait. L'objet de cette communication est de montrer que le droit positif, le droit constitutionnel, en ceci qu'il favorise, à travers le contrat social, la naissance et l'organisation politique de la société, n'est pas le seul créateur de norme juridique dans plusieurs sociétés en Afrique subsaharienne.

Les pays Africains ont hérité de deux modèles juridiques⁷ dont la coexistence, d'un point de vue extérieur, peut rendre problématique la production et la mise en pratique du droit. Le premier modèle est fondé sur la « légalité rationnelle » ; *legs colonial*, elle est le fondement même de la création d'Etats souverains et a une caractéristique principale : la loi est universelle et impersonnelle. Elle s'applique indistinctement à tous les citoyens. Le second modèle est non écrit, transmis de

6 R. SABATIER, « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 534.

7 M.-J. BITOTA, *Recherches sur le statut juridique des femmes en Afrique*, Thèse de doctorat, t. 1-2, Université des sciences sociales de Toulouse, octobre 2003, p. 1.

générations en générations par des pratiques éducatives et justifié par « l'éternel hier » : le droit traditionnel qui trouve son support dans les us et coutumes. Ce modèle est caractérisé par deux particularités : le droit traditionnel est spécifique à un groupe ethnique ou tribal déterminé et est variable dans son application suivant le statut de ses membres. C'est ce qui fait de ce droit un droit statutaire c'est-à-dire se référant à l'âge et au sexe dans la détermination des droits et devoirs des individus.

Des auteurs ont déjà rendu compte

« du rythme asynchrone de l'Afrique par rapport au temps mondial. Il s'agit ici d'aller au-delà des indicateurs normés internationalement et des « villages Potemkine », montrant des images de façades, pour considérer les permanences ou ruptures des structures sociales, des rapports de pouvoir, ou des liens entre les hommes et les écosystèmes »⁸.

Partant, les sociétés africaines, notamment en Afrique noire, se retrouvent sous l'empire de deux formes de droit de portée inégale. Alors que l'Etat tente de régir la société dans son ensemble avec une loi d'origine exogène et accessible à quelques-uns, le corps social se trouve disloqué entre diverses traditions endogènes qui font encore autorité. Cette spécificité est qualifiée de « pluralisme juridique » en Afrique. Celui-ci signifie que l'individu n'est pas régi par un droit unique, celui de l'Etat, mais qu'il est pris dans des réseaux normatifs autonomes qui régulent les rapports sociaux.

Par conséquent, et faisant en cela écho au colloque du CERDRADI⁹ sur les tabous du constitutionnalisme en Afrique, l'ineffectivité du droit positif trouve sa justification du fait que, d'une part, les sociétés africaines sont avant tout communautaires (I) et, d'autre part, dans leur fonctionnement, elles intègrent un pluralisme juridique qui est unanimement accepté (II). Pour interroger les systèmes juridiques africains sur leurs conditions de production de normes et leur intégration aux structures socio-politiques, les trois éléments constitutifs de l'Etat seront utilisés comme points de comparaison.

8 P. HUGON, « Les Afriques en l'an 2000 ? » et « Trente années d'Afrique ? », Relecture de deux numéros spéciaux d'Afrique contemporaine, *Afrique contemporaine*, 2010/3, n° 235, p. 89.

9 CERDRADI (Centre d'Etudes et de Recherches sur les Droits Africains et sur le Développement Institutionnel des pays en développement), Université Bordeaux IV, Colloque International de Lomé du 13 et 14 juin 2011, *Les tabous du constitutionnalisme en Afrique*.

I. Des sociétés communautaires

Au sortir de leurs indépendances, les Etats africains ont entrepris de reproduire, de transposer dans leur propre système les valeurs et techniques de ce que l'on peut appeler Etat moderne. Ils ont ainsi recherché à édifier une Nation à l'intérieur des frontières poreuses héritées de la colonisation. Dans cette quête, ils étaient aidés par le principe d'intangibilité des frontières proclamé par les articles II et III de la Charte de l'Organisation de l'Unité africaine.

En réalité, cette tentative d'édification de l'Etat-nation de type occidental peine toujours à voir le jour en Afrique. D'autant que, souligne Michel Cahen,

« des pays qui étaient fédéraux (Cameroun) ne le sont plus, des pays qui auraient dû l'être ne le furent jamais (fédération Ethiopie-Erythrée de 1962, Soudan, à divers moments), d'autres enfin ont vu varier fortement les formes de ce fédéralisme au gré des rapports de forces locaux et de relations avec le pouvoir central (le nombre des Etats au Nigeria est ainsi passé de sept »¹⁰,

à trente-six aujourd'hui !

Sans ressasser les causes de l'échec de ce mimétisme constitutionnel, force est de constater que le démantèlement de l'appareil d'Etat précolonial n'a pas entraîné la disparition des « nations précoloniales »¹¹ qui furent les marqueurs identitaires de ces sociétés plurales ou sociétés éclatées. Cela rend donc difficile, voire impossible, l'édification d'un Etat-nation « à l'occidentale » (I.1), dans la mesure où ces sociétés sont constituées de plusieurs sphères sociales (I.2).

A. Difficulté d'édification d'une nation unique

Après les indépendances africaines, on a longtemps attendu l'éclosion de l'Etat-nation africain qui viendrait clore la phase d'appropriation des idéaux et autres valeurs importées de l'occident. Cinquante ans plus tard, qu'en est-il exactement de ce processus ? Pour répondre à cette question, utilisons « un premier critère de comparaison » entre l'Etat-nation occidental et l'Etat africain : la population. Celle-ci peut être définie comme étant un ensemble limité d'hommes et de femmes soumis à un ordre juridique déterminé à l'exclusion de tout autre. Cet ensemble de personnes est hétérogène puisqu'il comprend aussi bien les individus vivant sur le territoire de l'Etat que ceux qui, tout en vivant ailleurs, restent liés à l'Etat par un lien spécial, la nationalité.

10 M. CAHEN, *La nationalisation du monde. Europe, Afrique. L'identité dans la démocratie*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 103.

11 M. TSHIYEMBE, « L'Etat en Afrique, crise du modèle importé et retour aux réalités. Essai sur la théorie de l'Etat multinational » in *Mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, p. 504.

Pour Carré de Malberg

« la nation désigne non pas une masse amorphe d'individus, mais bien la collectivité organisée des nationaux, en tant que cette collectivité se trouve constituée par le fait même de son organisation en une unité indivisible »¹².

Lorsque l'ensemble des personnes liées à un Etat par la nationalité constitue une communauté qui s'enrichit de qualités qui lui permettent de se différencier des autres communautés et exprime un sentiment d'appartenance à cette communauté, par l'acquisition d'une identité collective, on parle de nation.

« Vouloir-vivre collectif », selon l'expression d'Ernest Renan, la nation traduit une volonté de vivre ensemble, enracinée dans une histoire et des souvenirs communs. La nation est par conséquent une réalité beaucoup plus charnelle que l'Etat car elle se prolonge dans l'idée de patrie, de terre des pères. C'est ici que cette acception trouve ses limites lorsque l'on essaie de l'appliquer à la réalité africaine.

Dans la société bantoue, ou en Afrique noire, d'une manière générale, l'expression du vouloir vivre collectif, le rattachement à la terre des ancêtres, à la patrie, ne se fait pas au profit d'une entité abstraite, lointaine et diluée dans un grand ensemble aux contours méconnus. La terre des ancêtres, la patrie, c'est d'abord et avant tout, cette terre palpable, si proche et si concrète sur laquelle toute la famille a vu le jour. C'est la forêt, la savane, où sont établis les champs, le pâturage, etc. Cette société traditionnelle bantoue fonctionne selon une forme de « gouvernement consensuel »¹³ qui ne se résume pas à une journée de scrutin tous les quatre, cinq ou six ans. C'est une affaire de réceptivité permanente à l'égard des générations du passé aussi bien que de l'avenir. Bref, cela renvoie à une réalité toute autre que celle par exemple, à laquelle fait écho la nation française, allemande, etc.

En effet, de ce côté-ci de la Méditerranée, l'Etat rend possible la personnification¹⁴ de la nation, un lien étroit et unique s'instaure ainsi entre les deux notions. Partant, jusqu'à preuve du contraire, il apparaît difficile – la Belgique et le Rwanda en savent quelque chose – d'avoir un Etat doté de deux nations. La nation française est personnifiée par l'Etat français au sein duquel, il ne peut y avoir une autre nation. Le droit constitutionnel enseigne cela depuis des années.

Or, lorsque l'on observe la structuration sociale, en dépit de quelques adaptations spécifiques, de la société en Afrique subsaharienne, on remarque qu'elle ne correspond pas à ce schéma. Alioune Diop le disait au lancement de

12 R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, tome 1, pp. 2-3.

13 J. ISAWA ELAIGWU et A.-A. MAZRUI, « construction de la nation et évolution des structures politiques », in *Histoire générale de l'Afrique*, volume VIII *L'Afrique depuis 1935*, sous la direction d'A.-A. MAZRUI et C. WONDJI, Paris, Editions UNESCO, 1998, p. 517.

14 R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, tome 1, pp. 2-3.

la revue *Présence africaine* en 1949 : « Ce qui nous attache à autrui ce sont les liens sacrés de la parenté, ce sont ceux établis par les institutions séculaires »¹⁵. Il s'agit donc ici d'un cercle plus réduit. Aujourd'hui encore, les sociétés africaines modernes gardent l'essentiel de ces structures anciennes¹⁶, c'est-à-dire, le sens communautaire dont le fondement aura été le sens élevé du devoir de solidarité collective, cultivé au fil de l'histoire dans une forme d'éducation où dès le jeune âge l'enfant est habitué à vivre dans une société structurée en classes d'âge ou fraternités d'âge.

En Afrique noire, que l'on soit Haoussas, Yorubas, Mallés¹⁷, Wolofs, Peuls, Mandingue, Hembra, Luba, Kuba, Pende ou Toucouleur, le sentiment d'appartenance renvoie explicitement à une structure sociale différente de la nation personnifiée par l'Etat central, lointain. C'est à un espace micro-social¹⁸, infraétatique, synonyme de l'ethnie que l'on se réfère. Toutes ces structures traditionnelles qui subsistent amènent les régimes politiques, militaires ou civils, d'aujourd'hui à compter avec elles. D'autant que leur résistance politique est imputable à la nature de la vie communautaire¹⁹ africaine dans les régions rurales où les chefs traditionnels représentent l'une des continuités de l'histoire de l'Afrique.

Tout cela conduit à dire, s'agissant par exemple de la République démocratique du Congo, que les Luba, Kuba et Pende, constituent, non pas une simple ethnie, mais une « nation » au sein de l'Etat congolais. Partant de là, survient la difficulté d'édifier une nation, rassemblant toutes les autres ethnies « nations » pour tous les Congolais et, qui viendrait supplanter voire remplacer celles bien plus réelles et autrement plus humaines et vivantes. Et comme les Etats africains actuels ne correspondent pas à ces nations précoloniales, l'édification de l'Etat nation a, depuis les indépendances, consisté en des tentatives de réaliser une intégration horizontale²⁰ d'éléments très hétérogènes au sein de nouveaux Etats afin de créer une seule « nation », une communauté politique à laquelle les individus devraient désormais allégeance, engagement et fidélité.

15 A. DIOP, N. N'GOURA, *Présence africaine*, n° 1, Paris - Dakar, novembre - décembre 1947, p. 10.

16 S. CISSÉ, « Valeurs morales et structures traditionnelles de jeunesse », *Ethiopiennes*, n° 31, revue socialiste de culture négro-africaine, 3^e trimestre 1982.

17 D. DONHAM, « Culture, contradictions et histoire. Analyses des anciens Mallé (Ethiopie) », in M. ABELES et Ch. COLLARD, *Age, pouvoir et société en Afrique noire*, Paris, Karthala - PUM, 1985, pp. 19 et s.

18 M. TSHIYEMBE, « L'Etat en Afrique, crise du modèle importé et retour aux réalités. Essai sur la théorie de l'Etat multinational » in *Mélanges en l'honneur de François BORELLA*, Nancy, PUN, 1999, p. 505.

19 J. ISAWA ELAIGWU et A.-A. MAZRUI, « construction de la nation et évolution des structures politiques », in *Histoire générale de l'Afrique*, volume VIII, *L'Afrique depuis 1935*, sous la direction d'A.-A. MAZRUI et C. WONDJI, Paris, Editions UNESCO, 1998, p. 500.

20 J. ISAWA ELAIGWU et A.-A. MAZRUI, « construction de la nation et évolution des structures politiques », in *L'Afrique depuis 1935*, *Histoire générale de l'Afrique*, volume VIII, sous la direction de A.-A. MAZRUI et C. WONDJI, Paris, Editions UNESCO, 1998, p. 519.

Cette réalité est présente dans tous les Etats d'Afrique noire. C'est un phénomène que l'on ne peut nier. Du Mali au Soudan, du Niger à la Namibie en passant par l'Ouganda, les deux Congos, le Sénégal, l'Etat importé²¹ comporte en son sein une multitude de nations aux spécificités et traditions bien précises. En Afrique noire, l'Etat n'est donc pas synonyme d'Etat-nation à l'occidentale, mais de mon point de vue, et d'autres l'ont déjà fait observer, un Etat multinational²² par essence. Cette affirmation favorise, en Afrique, la réconciliation de « l'Etat sans nation de type occidental avec les nations précoloniales sans Etat »²³. Il en va de la viabilité de l'Etat que de reconnaître cette structuration de la société en plusieurs niveaux d'allégeance.

B. Existence de plusieurs sphères sociales

Pour sa survie, tout individu de manière générale, et le « muntu »²⁴ c'est-à-dire l'homme, en Afrique noire plus spécifiquement, doit se forger une identité individuelle. Celle-ci, souligne Brice Armand Davakan²⁵,

« emprunte nécessairement à un espace social plus large, celui où l'individu interagit et trouve un sens à son activité et à son existence quotidiennes. Cet espace social s'approprie à deux niveaux, dans deux dimensions différentes [...], matériel ou imaginaire, voire une combinaison de ces deux dimensions, mais cet espace est toujours efficient et susceptible d'être mobilisé dans toutes sortes d'actions visant le mieux-être ».

L'organisation de la société africaine n'est pas partout la même. Mais bien qu'elle présente des différences dues à l'histoire, au milieu naturel, au système de valeurs, elle n'en présente pas moins certains traits communs. Dans presque toutes les sociétés africaines, cinq structures sociales²⁶ se retrouvent généralement avec des niveaux d'évolution différents : la famille, le clan, la tribu, l'ethnie, le royaume.

La famille est la cellule de base de l'organisation sociale africaine, contrairement à l'Europe où elle se réduit au père, à la mère et aux enfants. En Afrique, la famille comprend non seulement toutes les personnes apparentées vivant sous le même

21 B. BADIE, *L'Etat importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris, Fayard, 1992, 334 p.

22 Pour la définition de l'Etat multinational v., S. PIERRE-CAPS, *La multination*, Paris Odile Jacob. Quant à son application à la réalité africaine, v., M.TSHIYEMBE, « L'Etat en Afrique : crise du modèle importé(...) », *op. cit.*, pp. 485-519.

23 M. TSHIYEMBE, « L'Etat en Afrique : crise du modèle importé (...) », *op.cit.*, p. 511.

24 F. EBOUSSI BOULAGA, *La crise du muntu. Authenticité africaine et philosophie*, Paris, Présence africaine, 1997, 239 p.

25 B.-A. DAVAKAN, *Repenser les nations africaines. Identité, citoyenneté et démocratisation en Afrique subsaharienne*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 42.

26 S. CISSE, « Valeurs morales et structures traditionnelles de jeunesse », *Ethiopiennes*, n° 31, revue socialiste de culture négro-africaine, 3^e trimestre 1982, accessible sur (<http://ethiopiennes.refer.sn/spip.php?article902>).

toit, mais également tous les parents éloignés et les alliés. Dans certains cas fréquents, elle s'étend jusqu'aux étrangers qu'une longue existence commune a assimilés au groupe de base. C'est pourquoi la parenté en Afrique est beaucoup plus sociale que biologique.

Le clan est un ensemble plus ou moins étendu de personnes unies par des liens de sang et se considérant comme descendants de même ancêtre.

La tribu se définit comme un groupe social et politique formé d'hommes et de femmes qui fondent leur solidarité sur une parenté ethnique. Plusieurs tribus constituent une ethnie.

L'ethnie se compose d'un ensemble d'individus unis par un certain nombre de caractères spécifiques de civilisation et de culture, qui peuvent être soit la langue, soit un système de valeurs établies.

Mais toutes ces structures sociales africaines sont imprégnées de valeurs morales et religieuses, d'impératifs économiques, d'une volonté d'unité politique : devoir de solidarité collective, culte commun à l'ancêtre fondateur, obéissance aux mêmes interdits mais aussi et surtout unité économique du groupe social. Tous les membres sont engagés dans l'exercice d'un travail commun : les champs sont quelquefois collectifs, et lorsqu'il n'en est pas ainsi, leur produit est mis le plus souvent au service de la collectivité tout entière.

Mais si ces unités sociales subissent de plus en plus les modifications que leur impose l'évolution conjuguée des mentalités et des contraintes, si les cellules sociales traditionnelles africaines se diluent le plus souvent dans l'organisation des Etats africains modernes, les sociétés africaines conservent encore leurs structures ancestrales bien vivantes. Ici et là, on rencontre ainsi des jeunes, garçons et filles, sensiblement du même âge, qui sont classés dans des catégories séparées et hiérarchisées, qu'on ne franchit qu'après avoir satisfait à des rites d'initiation au cours desquels on fait l'apprentissage de son métier d'homme ou de mère, en même temps que l'on reçoit l'héritage moral et spirituel du groupe social.

Le postulat de base, comme l'a souligné René Otayek²⁷, est que dans la construction de l'Etat africain, « l'ethnicité devrait être envisagée comme mode de participation politique, une rationalité politique qui a sa logique propre ». John Lonsdale²⁸ l'a compris en soulignant que

« dans un univers où l'Etat multiculturel est en Afrique la norme plutôt que l'exception, les tribus ne sont pas seulement des entités rivales, mais aussi des forums où les conflits de sexes ou de classes pouvaient s'exprimer ; la religion a toujours offert un terrain propice à la critique transcendante du pouvoir séculier ».

27 Cité par B.-A. DAVAKAN, *Repenser les nations africaines. Identité, citoyenneté et démocratisation en Afrique subsaharienne*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 38.

28 J. LONSDALE, « Le passé de l'Afrique au secours de son avenir » in *Politique africaine*. L'Afrique autrement, n° 39, septembre 1990, p. 153.

L'Etat africain multinational évoqué ici, comporte donc, à l'inverse de son homologue occidental, non pas un seul territoire, mais plusieurs à l'intérieur desquelles se jouent le jeu politique. Avec Jules Duchastel²⁹, nous pensons que « l'apprentissage des pratiques démocratiques conduira progressivement à l'intériorisation des principes démocratiques », de sorte que l'on passe « de l'ethnisme comme obstacle au déploiement de la démocratie, à l'ethnicité comme condition de la culture démocratique ».

Deuxième élément de comparaison entre l'Etat nation occidental et l'Etat multinational africain : le territoire. Dans l'Etat nation, le territoire est un élément objectif essentiel de la définition de l'Etat : c'est sur le territoire de l'Etat que s'établit sa population. De ce fait, il a donc une importante fonction politique dans l'existence de l'Etat :

En tant que symbole et protection de la nation, le territoire est un « facteur d'unité du groupe ». Il favorise ainsi la différenciation d'avec les groupes voisins.

D'un point de vue juridique, le territoire constitue ce que l'on appelle le « cadre de compétence » du pouvoir de l'Etat. De ce fait, il lui permet d'affirmer son indépendance en étant maître chez lui.

Enfin, le territoire est aussi un « moyen d'action de l'Etat ». Le pouvoir de l'Etat peut alors facilement diriger l'activité du groupe ; et comme on dit « qui tient le sol tient l'habitant », il peut mieux contraindre les individus qui vivent sur son territoire.

Dans l'Etat multinational africain, le territoire est aussi facteur d'unité du groupe. Mais là où il se distingue, c'est que cette unité a plusieurs niveaux, plusieurs facettes : unité familiale, clanique, tribale, ethnique ou « nationale » et enfin unité de l'Etat. Les sociologues, ethnologues et anthropologues qui se sont penchés sur la société africaine ont mis l'accent sur ce trait dominant des sociétés africaines : l'individu ne se définit pas en dehors du groupe. Le groupe et l'individu ne sont pas deux réalités distinctes, mais une seule et même réalité. L'individu se définit dans et par le groupe auquel il appartient. On obtient ainsi plusieurs territoires d'appartenance pour un seul individu. Il ne s'agit pas ici de nier les méfaits du recours à l'appartenance ethnique comme principal critère d'allégeance politique. Elikia M'Bokolo³⁰ ne l'a que trop bien relevé, dans le cas de l'Afrique centrale où il observait la généralisation de la guerre civile dans les différents pays. Au contraire, il s'agit de dire que la consolidation de l'Etat en Afrique passe par une déconcentration du pouvoir politique afin d'offrir un ancrage de la démocratie et une gouvernance appropriés pour les différents groupes à différentes échelles. En effet,

29 J. DUCHASTEL, « Préface », in B.-A. DAVAKAN, *Repenser les nations africaines. Identité, citoyenneté et démocratisation en Afrique subsaharienne*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 8.

30 E. M'BOKOLO, *Afrique noire. Histoire et civilisations. Du XIX^e siècle à nos jours*, Tome 2. Paris, Hatier, AUF, 2004, p. 548.

« historiquement, tout groupe humain est un groupe composite qui s'est construit au fil du temps, par une interaction entre plusieurs « sujets ». Ce groupe devient stable lorsque, par une interaction sur une base volontaire et constructive, des individus, des familles ou des ethnies en viennent à mettre en commun leur volonté de vivre ensemble et leurs projets de vivre mieux (...). En bref, Etat, ville ou village, tout regroupement humain, toute organisation politique plus large qu'une famille, un clan, ou une ethnie (...) se caractérisent naturellement par leur regroupement territorial, mais aussi et surtout intrinsèquement, par leur capacité à mobiliser leurs membres et à créer un sujet collectif doté d'objectifs propres »³¹.

Malheureusement, l'histoire montre que

« partout en Afrique, l'établissement de frontières linéaires a imposé des césures, brisé des continuités et des complémentarités spatiales, entravé la mobilité des hommes, rigidifié les territoires. La création des Etats modernes a donné une signification nouvelle aux statuts d'étranger et d'autochtone. La superposition et l'enchevêtrement de plusieurs strates identitaires – clanique, ethnique, nationale – ont fait apparaître des situations particulièrement complexes dans des espaces autrefois ouverts aux déplacements des populations »³².

Ainsi, par exemple, le Bénin³³ est-il composé de Kwa et de Yoruba ; le Burkina-Faso des Mossi, des Bobo, des Dyula et des Sya ; le Mali regroupe à la fois les Dogon, les Bambara, les Peuls, les Toucouleurs – eux-mêmes à cheval sur la Mauritanie et le Sénégal. La Côte-d'Ivoire comprend les peuples Dyula, Lobi, Malinké, Baoulé, Agni, Bété, Dan, etc. Les Lunda sont, quant à eux, en République démocratique du Congo, en Angola et en Zambie, de même que les Kongo qui se partagent le territoire de l'Angola, du Congo-Brazzaville et de la République démocratique du Congo.

Le R.P. Tempels³⁴ et Marcel Griaule, en particulier, ont essayé d'expliquer ce phénomène qui plonge ses racines dans la philosophie négro-africaine.

« Le socialisme négro-africain ou le sens communautaire négro-africain repose sur une cosmogonie, une explication de l'Univers selon laquelle l'être n'est pas individuel, n'est pas une réalité irréductible, mais constitue l'élément d'un ensemble dans lequel il s'insère et qui lui donne sa force et sa vie. Donc un phénomène communautaire et non collectiviste sur le plan social ».

Tout cela fait donc que l'Etat africain, compte tenu des spécificités de ses composantes, est d'abord et avant tout, un Etat multinational. De ce fait, il ne saurait correspondre aux caractéristiques de l'Etat nation occidental, puissant et unique détenteur de la souveraineté.

31 B.-A. DAVAKAN, *Repenser les nations africaines. Identité, citoyenneté et démocratisation en Afrique subsaharienne*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 98.

32 R. POURTIER, « Introduction thématique : L'Afrique centrale entre incertitudes et renouveau », *Afrique contemporaine*, 2005/3, n° 215, pp. 21-27.

33 C. MILHAT, *L'Etat constitutionnel en Afrique francophone : entre Etat de droit et « état de droit »*, consultable sur (<http://www.francophonie-durable.org/documents/colloque-ouaga-a5-milhat.pdf>).

34 P. (R.P.) TEMPELS, *La Philosophie Bantoue*, Paris, Présence Africaine, 1949, 125 p.

II. Pluralisme juridique accepté

Le pluralisme ou « le relativisme prescriptif » selon Mireille Delmas-Marty³⁵, évoque d'abord l'étude de système correspondant à la pluralité des groupes sociaux, en anthropologie juridique et en sociologie du droit. Sa signification « juridique », explique-t-elle, « se dédouble pour désigner tantôt « l'existence simultanée au sein d'un même ordre juridique de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques », tantôt « la coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit. Dans l'un et l'autre cas, le pluralisme juridique est associé à la notion d'ordre juridique ».

La conception retenue ici se rapproche de la deuxième signification évoquée ci-dessus. En effet, à l'encontre d'une vision unitaire du droit, le pluralisme³⁶ part du principe qu'il existe au sein des sociétés, en Afrique subsaharienne, une multitude d'organisations sociales où se manifestent des phénomènes de droit. Pour l'illustrer, j'utiliserai le « dernier critère de comparaison », c'est-à-dire, la *souveraineté*, d'après la définition qu'en donne Michel Troper :

« Le souverain est celui qui détient la totalité de la puissance d'Etat, celui qui peut tout faire, mais, en raison de la hiérarchie, le seul pouvoir d'adopter les normes appartenant aux niveaux les plus élevés, la Constitution et la loi, lui permet de déterminer indirectement le contenu des normes de niveau inférieur. Dans un troisième sens, la souveraineté est donc l'ensemble du pouvoir constituant et du pouvoir législatif »³⁷.

Dans cette démarche, on veillera particulièrement à ne pas faire de généralisation. D'autant plus que

« quelles que soient les ressemblances ou les importations volontaires, les régimes constitutionnels ne sont pas identiques d'un pays à un autre. Le droit constitutionnel comparé montre l'impossibilité de réduire les constitutions africaines à l'unité. Les impératifs d'une adaptation des régimes démocratiques africains à leur société, à leur environnement, à leur passé précolonial qui sollicitent de plus en plus les gouvernants, sont autant de facteurs de diversité, quelles que soient les indiscutables influences, prescriptions extérieures et conditionnalités de toute nature »³⁸.

35 M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit : du relatif à l'universel*, Paris, Seuil, collection La couleur des idées, 2004, p. 226.

36 H. MOUTOUH, « Pluralisme juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. ALLAN et S. RIALS, Paris, Lamy, PUF, 2003, p. 1159.

37 M. TROPER, « Comment la Constitution de 1958 définit la souveraineté nationale ? », Quarante ans de la Constitution de 1958, texte disponible (<http://www.conseilconstitutionnel.fr/>).

38 J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *Le mimétisme postcolonial, et après ?*, *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 51.

Par conséquent, nous partirons du constat que « la spécificité de la société politique africaine s'observe sous trois formes³⁹ :

- l'« invention du politique et du droit » par les sociétés traditionnelles (acéphales), avant l'invention de l'Etat, tandis que la théorie politique classique assimile le politique et le droit à l'avènement de l'Etat-nation en Europe ;
- l'Etat ainsi inventé est « a-national par sa substance » ;
- la « coexistence de deux ordres juridiques », légaux et légitimes de production du politique : l'espace micro-social (occupé par les sociétés traditionnelles) et l'espace macro-social (occupé par l'Etat moderne) ».

Le droit positif, plus spécifiquement le droit constitutionnel, y a donc une effectivité plus que relative. Parce qu'il est par essence un Etat multinational, l'Etat africain ne saurait donc, à l'instar de l'Etat nation, être seul détenteur de la souveraineté (II.1) dans la mesure où il contient une multitude d'ordres normatifs concurrents et complémentaires (II.2).

A. La souveraineté de l'Etat côtoie plusieurs autres formes de souverainetés locales

Afin de mieux cerner ce qui est présenté ici, il importe de sortir du cadre conceptuel classique d'unicité du droit au sein de l'Etat nation. En effet, au contraire de la théorie positiviste classique qui considère que la production du droit se situe entièrement soit au niveau de l'Etat (production de la loi) soit sous son contrôle, la conception pluraliste considère que l'Etat est loin d'assurer, à son bénéfice, une production effective du droit. Selon cette théorie pluraliste⁴⁰, il existe, pour chaque individu, un certain nombre de réseaux sociaux normatifs et autonomes qui s'efforcent de gouverner son comportement.

Selon le droit positif, l'Etat, en tant qu'organisation politique, a le pouvoir de fixer les règles qui doivent régir la vie en société : ce sont des normes obligatoires qui s'imposent aux particuliers. Ces normes constituent des contraintes. Mais l'Etat n'est pas le seul à créer des règles de droit, puisque ce pouvoir appartient également aux particuliers qui s'engagent par des contrats et aux groupements tels que les syndicats, sociétés, et, plus spécifiquement en Afrique noire, les royaumes, ethnies et tribus, voire villages, qui imposent des obligations à leurs membres ou adhérents.

Jusqu'ici, la particularité de l'Etat à être, sur son territoire, le seul détenteur de l'usage légitime de la force, est unanimement admise. Les gouvernants peuvent ainsi disposer de l'administration et des forces armées pour faire appliquer leurs décisions. Ce pouvoir de contrainte est très étendu puisqu'il permet à l'Etat

39 M. TSHIYEMBE, « L'Etat en Afrique, crise du modèle importé et retour aux réalités. Essai sur la théorie de l'Etat multinational », in *Mélanges en l'honneur de François BORELLA*, p. 505.

40 J. VANDERLINDEN, « Production pluraliste du droit et construction de l'état africain ? », *Afrique contemporaine*, 2001.

de déposséder les individus de leurs biens, d'envoyer les citoyens à la mort (en cas de guerre, par exemple) et pour certains Etats encore, de donner la mort en exécution d'une décision de justice, voire à ceux qui s'opposent par la force à l'exercice de sa propre force.

Lorsque l'on observe ce que nous appelons ici l'Etat multinational africain, on se rend compte que le citoyen, l'individu, n'est pas soumis à un seul et unique pouvoir de contrainte, le pouvoir de l'Etat. Il est avant tout soumis (*infra* II.2) au pouvoir immédiat, humain et palpable, de la communauté dans laquelle il s'identifie car il y puise ses racines, son identité et dans laquelle il évolue. Ce pouvoir est parfois personnifié par le Roi. A titre d'illustration, on citera le roi Oyo Nyimba IV (actuel plus jeune souverain d'Afrique, 21 ans) du royaume Toro en Ouganda, le roi Nyimi Kot a-Mbwek II du Royaume Kuba (Kasaï occidental, RDC), le Mwata Yamvu III, roi des Lunda du Katanga (RDC), de Zambie et d'Angola, etc.

On voit donc que « l'identité se fragmente et la souveraineté autrefois entière est désormais partagée par diverses instances *infra*, para ou supranationales »⁴¹. En Afrique noire, en effet, les groupes identitaires⁴² sont la base privilégiée des populations dans leur quête du « vivre mieux », là où les pouvoirs publics dysfonctionnent ou sont inopérants du fait de l'analphabétisme, de la corruption et de l'incompétence. L'Etat, malgré la toute-puissance de sa souveraineté, se trouve ainsi complètement paralysé.

Une ethnicité africaine assumée et officiellement sollicitée pour le « vouloir-vivre collectif » et le vivre bien des « nations » au sein de l'Etat multinational peut devenir constructive. Elle serait même « la solution idoine vers un ancrage culturel de la démocratie en Afrique noire où elle structure la société »⁴³. Partant, chaque ethnie, chaque réseau social

« constitue une société distincte dont la production juridique est autonome, en ce sens qu'elle n'est pas soumise au contrôle de droit d'une autre société, sans que pour autant chacun de ces réseaux fonctionne dans un *vide* juridique. Chacun d'entre eux est susceptible d'être influencé dans les faits par la seule existence de l'un ou plusieurs des autres. Leur autonomie n'en est pas moins essentielle sur le plan du droit »⁴⁴.

Tout cela participe de la conception que l'on se fait de la tradition africaine qui sous-tend ces relations. Le philosophe camerounais Fabien Eboussi Boulaga définit la tradition africaine comme « un être-ensemble et un avoir-en-commun qui

41 J. DUCHASTEL, « L'identité est-elle compatible avec la démocratie ? Réflexion sur le processus de démocratisation en Afrique », in A. OUSMANE BARRY, *Discours d'Afrique. Pour une rhétorique des identités postcoloniales d'Afrique subsaharienne*, Presses universitaires de Franche-Comté.

42 B.-A. DAVAKAN, *Repenser les nations africaines. Identité, citoyenneté et démocratisation en Afrique subsaharienne*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 106.

43 *Ibidem*.

44 J. VANDERLINDEN, « Production pluraliste du droit et construction de l'Etat africain », *Afrique Contemporaine*, 2001.

appellent à une destinée commune par un agir-ensemble »⁴⁵. D'autres auteurs sont même allés plus loin, tel Jane I. Guyer⁴⁶, en affirmant que « la vie sociale et culturelle dans l'Afrique des siècles précédant la conquête était beaucoup plus inventive au quotidien que ce que nous pouvons imaginer aujourd'hui » ; et d'en conclure que « l'Afrique n'a jamais été traditionnelle ». Puisque l'Etat contient en son sein des instances (clans, ethnies), des nations qui détiennent un pouvoir coercitif, il y a donc coexistence des plusieurs ordres juridiques.

B. Juxtaposition des ordres normatifs concurrents

De manière plus générale, le pluralisme évoqué ici n'est pas une spécificité africaine.

« Il s'est aussi appliqué aux enfants d'Israël lorsque l'Inquisition et « la reconquista » les a chassés d'Espagne ; au nom d'un catholicisme plus « positiviste » et « étatique » – donc plus totalitaire – que l'islam. Ainsi s'établira, en Afrique du Nord, pendant des siècles, un pluralisme de statuts personnels que l'on retrouve dans tout le bassin méditerranéen en passant par l'Égypte, le Liban ou la Grèce, sans oublier l'actuelle Bosnie »⁴⁷.

Cependant la faillite de l'Etat et donc du droit positif – dont il est question ici – ne sont pas synonymes d'anarchie. En effet, on constate qu'ils sont remplacés, partout en Afrique, lorsque le besoin s'en fait sentir, par des réseaux normatifs autonomes de substitution, soit préexistants, qu'ils soient actifs ou dormants, soit créés pour la circonstance. Ainsi en va-t-il des bandes d'enfants des rues de Kinshasa, de la justice de quartier à Nairobi ou de la justice Gacaca au Rwanda.

Si l'institution Gacaca n'est prévue par aucun texte légal ou réglementaire rwandais, elle est aujourd'hui intégrée au processus de solution des litiges au niveau local. Le Gacaca est en effet reconnu et utilisé tant par les populations que par les autorités locales. C'est ainsi qu'il est convoqué et présidé par le conseiller de secteur (c'est-à-dire le conseiller communal élu par son secteur, et représentant celui-ci au conseil communal)⁴⁸. On voit par là que les sociétés traditionnelles sont aussi capables que l'Etat de générer des ordres normatifs et qu'elles ont horreur de l'anarchie comme la nature du vide.

45 F. EBOUSSI BOULAGA, *La Crise du Muntu. Authenticité africaine et philosophie*, Présence africaine, Paris, 1977, p. 145.

46 J.-I. GUYER, « La tradition de l'invention en Afrique équatoriale », *Politique africaine*, n° 79, octobre 2000, pp. 101-139, et « Africa Has never been « Traditional ». So Can We Make a General Case? A response to the Articles », *African Studies Review*, vol. 50, n° 2, septembre 2007, pp. 183-202. V. aussi J. VANSINA, « Paths in the Rainforests. Toward a History of Political Tradition in Equatorial Africa, Madison, The university of Wisconsin press, 1990, notamment, chap. 9.

47 J. VANDERLINDEN, « Les droits africains entre positivisme et pluralisme » in *Bulletin des séances de l'Académie royale des sciences d'outre-mer*, n° 46, 2000, pp. 279-292. Cet article est accessible sur : (<http://www.dhdi.free.fr/recherches/etatdroitjustice/articles/vanderli3.htm>).

48 F. REYNTJENS, « Le gacaca ou la justice du gazon au Rwanda », *Politique africaine, Le droit et ses pratiques*, n° 40 décembre 1990, p. 31.

Pour illustrer la prégnance du droit coutumier, il suffit de lire les anthropologues et autres ethnologues qui se sont intéressés à l'Afrique, comme le R.-P. Tempels⁴⁹ :

« Que de fois ne nous arrive-t-il pas d'entendre un Noir accusé d'être la cause de la maladie, voire de la mort, d'un autre, simplement parce qu'il était en dispute avec lui, ou parce qu'il l'avait insulté ou maudit. C'est l'habituelle palabre. Or l'accusé s'exécute, il paie les dommages qui lui sont réclamés, généralement sans beaucoup d'objections, et parfois même malgré la sentence contraire d'un tribunal européen. En effet, pour les bantous, la palabre est claire et incontestable. Ils ont une « *otion* » différente des relations entre les hommes, de la causalité et de la responsabilité. Ce que nous prenons pour des élucubrations illogiques de sombres têtes noires, ce que nous taxons de cupidité, d'exploitation du faible est pour eux la déduction logique de leur appréhension des choses, et devient une nécessité ontologique ».

Si nous voulons après cela convaincre les Noirs de l'absurdité de leur appréciation en leur faisant voir comment cet homme est tombé malade et de quoi il est mort, c'est-à-dire, en leur montrant les causes physiques de la mort et de la maladie, nous perdons notre temps. Nous aurions beau leur donner un cours de microbiologie et leur faire voir de leurs yeux, ou même leur faire découvrir eux-mêmes au microscope et d'après les réactions chimiques la « cause » de la mort, que nous n'aurions pas encore résolu leur problème. Nous aurions simplement résolu la question physiologique ou chimique qui s'y rapporte. La vraie cause profonde, « la cause métaphysique », n'en subsiste pas moins pour eux, conformément à leur pensée, à leur sagesse ontologique ».

Que retenir de cette histoire ? Comme le soulignait le R.-P. Tempels⁵⁰,

« tout droit coutumier digne de ce nom (et qui soit du droit et non une tolérance de l'abus) est inspiré, animé et justifié du point de vue bantou par sa philosophie de la force vitale, de l'accroissement, de l'interdépendance, de l'influence et de la hiérarchie vitaux. Le droit coutumier est fondé en valeur et en force sur la philosophie » des ancêtres.

L'ethnicité africaine, plus prégnante, consiste aussi en une « économie morale »⁵¹ qui fonde des idées de justice, de liberté, « *d'accountability*⁵² », comme l'ont remarquablement montré Bruce Berman et John Lonsdale à propos des Kikuyu du Kenya⁵³. Les chefferies, les royaumes, que ne sont généralement pas parvenus à mettre au pas les régimes de parti unique, en dépit de leurs velléités centralisatrices, affichent aujourd'hui un regain de vitalité, spectaculaire au Bénin, au Burkina-Faso, en Afrique centrale, au Ghana, au Nigeria, au Cameroun

49 R.-P. TEMPELS, *La Philosophie Bantoue*, Paris, Présence Africaine, 1949, p. 20.

50 R.-P. TEMPELS, *La Philosophie bantoue*, Présence Africaine, Paris, 1949, p. 82.

51 J.-F. BAYART, « La démocratie à l'épreuve de la tradition en Afrique subsaharienne », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 38-39.

52 La responsabilité dans le sens où l'on doit rendre compte de son action.

53 B. BERMAN et J. LONSDALE, « La pensée politique kikuyu et les idéologies du mouvement mau mau », *Cahiers d'études africaines*, 1987, vol. 27, n° 107-108, pp. 329-357.

et en Ouganda. Dans maintes régions de l'Afrique subsaharienne, les chefferies⁵⁴ sont des pièces maîtresses de la domination, à l'interface de la coercition et de la légitimité, de l'exploitation et de la redistribution, de l'ouverture au grand large de la globalisation et de la modernisation économique mais aussi de la reproduction de la coutume.

Aussi demeurent-ils de hauts lieux des luttes sociales et politiques, en particulier entre hommes et femmes, et entre aînés et cadets. Tel est par exemple le cas dans les *Grassfields*⁵⁵ de l'Ouest du Cameroun, dont les chefferies et royaumes sont parties prenantes à l'émergence d'un milieu d'affaires particulièrement dynamique, à des stratégies scolaires élitistes, au processus de restauration autoritaire des années 1990, et simultanément à sa contestation par les jeunes et le *social democratic front* de John Fru Ndi. Les études que Nicolas Argenti a consacrées à l'un d'entre eux, le royaume d'Oku, illustrent les relations complexes que la tradition entretient avec ces différents phénomènes. Ces études ont le mérite d'intégrer à leurs analyses des pratiques culturelles, et même corporelles, comme les danses masquées, qui semblent relever de la coutume par excellence tout en véhiculant des significations contemporaines et polémiques. Toutefois, il ne faut pas oublier que certaines coutumes ont une conception assez particulière des libertés individuelles, puisqu'elles prônent, par exemple, le mariage forcé, l'excision, voire une mise en accusation des certains enfants pour sorcellerie⁵⁶, etc.

L'observation des pratiques montre surtout qu'il y a la loi de l'Etat et celle du village et que finalement, c'est la loi du village qui l'emporte en conciliant coutumièrement et dynamiquement des impératifs apparemment contradictoires : adapter pour assumer le développement et stabiliser pour fonder le consensus. Cela est surtout vrai en matière de droit de la famille, de succession, du droit de propriété, etc.

« De façon quasi générale, on constate par exemple que des réglementations foncières d'inspiration dirigiste et égalitaire ne sont pas appliquées dans les faits, même s'il y a souvent un certain consensus paysan pour les respecter en apparence. Ce respect apparaît en effet bien souvent factice et formel, essentiellement destiné à éviter des problèmes avec les instances extérieures (encadrement technique et administratif) qui représentent l'autorité de l'Etat, et qui contrôlent les ressources de fonctionnement ou d'équipement des aménagements »⁵⁷.

54 B. OKAVU ON'OKUNDJI EKANGA, *Les entrailles du porc-épic. Une nouvelle éthique pour l'Afrique*, Paris, Grasset, *Le Monde*, 1999, 257 p.

55 M. ABELES et Ch. COLLARD, *Age, pouvoir et société en Afrique noire*, Paris, Karthala - PUM, 1985, 330 p.

56 Parlement européen, colloque sur « Les enfants accusés de sorcellerie en Afrique subsaharienne » notamment dans des pays comme la RDC (République démocratique du Congo), le Cameroun, la Tanzanie..., organisé par le Parlement européen le 15 juin 2011, Bruxelles, à l'initiative de la députée Véronique DE KEYSER.

57 P. MATHIEU, « Usages de la loi et pratiques foncières dans les aménagements irrigués », *in Politique africaine*, Les droits et ses pratiques, n° 40 décembre 1990, pp. 72-73.

Le code togolais⁵⁸ de la famille présente, par exemple – et il n'est pas le seul – l'originalité de permettre la coexistence entre un système de droit exogène, ensemble des règles ordonnés et cohérents, et un droit endogène très concret, mais dont le contenu n'est pas codifié ou rassemblé dans un document quelconque.

L'absence de « législateur » en Afrique noire traditionnelle et le caractère oral de son Droit sont liés au fait que les gens croient à l'existence de cet Esprit hérité des ancêtres et symbolisé par la coutume. Comme Christophe Eberhard et A.-S. Ndong le démontrent, l'Afrique traditionnelle⁵⁹ ignore les tribunaux, les procès judiciaires et leurs corollaires de longues procédures suivies de grandes ou petites condamnations. Toutefois, s'il arrive qu'une personne commette une faute ou fasse un tort non réparé à une victime ou à la communauté (villageoise, ethnique ou tribale), c'est l'Esprit invisible qui se manifestera soit pour frapper l'auteur de l'infraction d'une peine ; soit pour inspirer et motiver la réparation du dommage causé. Ces manifestations peuvent apparaître sous différents aspects. Elles peuvent prendre la forme de sanctions individuelles ou collectives : par exemple, le bétail collectif – principale source de revenu de la famille – périt inexorablement, ou l'auteur de l'infraction ou l'un de ses proches se trouve atteint d'une maladie qu'aucun médecin ne pourra soigner. Quant aux sanctions collectives, elles se font sentir sur la réalisation de certaines irrégularités qui n'auraient pas leur raison d'être en temps normal. Dans les sociétés paysannes pratiquant l'agriculture sous pluie, la sanction serait la rareté des pluies pendant les saisons d'hivernage ! Chez les pasteurs, c'est la mort du bétail, décimé par la maladie (...). Chez les pêcheurs, il n'y aurait plus de poissons dans les nasses !

En réalité, en Afrique noire, l'homme se trouve au centre de l'univers. Les choses sont faites pour lui. Cette vision anthropocentrique va conforter paradoxalement l'unicité de deux mondes : le visible et l'invisible, l'un dépendant de l'autre. Cette étude se place sous le signe non pas de la rationalité, mais plutôt des rationalités⁶⁰ : comprendre que penser différemment n'est pas du tout la négation de la pensée, concevoir l'univers différemment est encore une conception de l'univers...

C'est ce que Jacques Vanderlinden, raconte en évoquant la situation du

« jeune positiviste qu'il était, découvrant le droit africain auprès des Zande (RD Congo), le « ça dépend » qui accueillait certaines de ses interrogations quant à la règle qui devait être suivie dans telle ou telle situation. Or qu'indiquait pareille réponse, si ce n'est que la solution au problème que je posais, dit-il, n'allait pas venir d'une règle unique préétablie, imposée du sommet vers la base, formulée de manière abstraite et prétendant à l'objectivité pour s'imposer face à toute autre manifestation d'un

58 K. ADJAMAGBO, « Pluralisme juridique et pratiques successorales loméenne », *Politique africaine*, n° 40, décembre 1990, p. 12.

59 Ch. EBERHARD et A. S. NDONGO, « Relire A. HAMPATE BA. Pour une approche africaine du Droit. Images réfléchies de la « pyramide » et du « réseau » », *RIEJ*, n° 47, 2001, pp. 25-26.

60 B. OKAVU ON'OKUNDJI EKANGA, *Les entrailles du porc-épic. Une nouvelle éthique pour l'Afrique*, Paris, Grasset/Le Monde, 1999, pp. 183-184.

sentiment quelconque quant au droit à appliquer. La parole serait d'abord au fait et du fait, on remonterait inductivement vers une solution »⁶¹.

L'effectivité ou plutôt l'ineffectivité du droit positif évoqué ici doit nous conduire à admettre, s'agissant notamment de l'Afrique, que ce droit positif n'est qu'une espèce au sein d'un genre, celui des réseaux sociaux normatifs⁶². Dans cette perspective, le droit serait le réseau social normatif contrôlé par l'Etat aux côtés duquel cohabiteraient, sur un pied d'autonomie complète, une multitude d'autres, placés sous le contrôle de collectivités extrêmement diverses (ethnies, tribu, etc.) utilisant à cette fin des modalités extrêmement variables. Quant à la production des normes constitutives de ces réseaux, elles devraient être le produit aussi bien des membres du réseau chargés de son contrôle que des individus membres du réseau.

Le droit positif ne peut plus continuer à se prétendre ce qu'il est aujourd'hui, c'est-à-dire la source supérieure, voire l'unique source de régulation des rapports sociaux. Il doit accepter de s'insérer dans une pluralité⁶³ au sein de laquelle sa présence se justifie dans la mesure où des individus y adhèrent parce qu'ils y trouvent un intérêt. Ceci reste valable en Afrique, mais pas exclusivement. L'essentiel est que le droit positif occupe la place qui lui revient et celle-ci seulement. D'autant plus que, on peut l'observer même dans les pays européens, l'Etat perd progressivement de son importance au bénéfice soit d'organes supranationaux, soit d'institutions infranationales qu'elles s'inscrivent dans un contexte confédéral, fédéral, d'autonomie ou de décentralisation.

Les pays africains tentent de gérer tant bien que mal, depuis 1950, un triplement de leur population globale et un quintuplement de leur population urbaine grâce aux petites activités non enregistrées.

« Ils ont, en une génération, réalisé des transformations culturelles et structurelles considérables. Sauf exceptions, le monde de la brousse s'est déplacé vers la ville avec des accès aux infrastructures, aux images et à de nouveaux référents culturels. Les acteurs du « bas » ont été capables d'inventer, d'innover, de créer des activités répondant à la satisfaction des besoins essentiels. Les économies populaires ou « informelles » constituent des modes d'accommodement, d'ingéniosité, de vie ou de survie du plus grand nombre »⁶⁴.

L'objectif ultime est l'appropriation effective de la gestion des affaires publiques par le citoyen dans les diverses instances dédiées à cet effet. Il faut affirmer, avec Davakan⁶⁵,

61 J. VANDERLINDEN, « Les droits africains entre positivisme et pluralisme », *op. cit.*, p. 3.

62 J. VANDERLINDEN, « Les droits africains entre positivisme et pluralisme », *op. cit.*, p. 7.

63 J. VANDERLINDEN, « Les droits africains entre positivisme et pluralisme », *op. cit.*, p. 7.

64 Ph. HUGON, « Les Afriques en l'an 2000 ? » et « Trente années d'Afrique ? », Relecture de deux numéros spéciaux d'Afrique contemporaine, *Afrique contemporaine*, 2010/3, n° 235, p. 89.

65 B.-A. DAVAKAN, *Repenser les nations africaines. Identité, citoyenneté et démocratisation en Afrique subsaharienne*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 108.

« qu'un individu n'a aucune raison de participer à – ou d'interagir avec – un Etat qui serait la matérialisation de son altérité, d'un « eux-autres », dans lequel il se sentirait menacé ; logique valable aussi bien pour certains Québécois au Canada, certains Corses en France, que pour certains Hutus au Rwanda ».

Nous concluons avec Michel Rosenfeld qu'il faut absolument « repenser l'ordonnement constitutionnel à l'ère du pluralisme juridique et du pluralisme idéologique »⁶⁶ surtout en Afrique. A l'heure où nous nous interrogeons sur l'avenir des systèmes normatifs africains, méditons un instant, avec Jacques Vanderlinden⁶⁷, la pensée du grand positiviste, l'un des co-auteurs du Code civil français, Jean Etienne Marie Portalis. Il y a un siècle, conscient de l'importance de la longue durée et de laisser le temps au temps, il écrivait, parlant des codes, « qu'à proprement parler, on ne les faisait pas ; qu'ils se faisaient avec le temps ». Je forme, aujourd'hui, comme Jacques Vanderlinden, le vœu que vive la longue durée africaine.

Résumé

L'Afrique offre, depuis quelques décennies, un terrain fécond pour des études, nombreuses et diverses, tant sur la naissance et la formation de l'Etat, sur la démocratisation de la société, les élections que sur la naissance de la nation elle-même. La circulation du droit constitutionnel, objet de notre congrès, peut donner l'occasion, au lendemain des fêtes marquant cinquante ans des indépendances de nombreux Etats africains, de vérifier l'effectivité du droit constitutionnel, voire du droit positif dans son ensemble. L'objet de cette communication est de montrer que le droit positif, en ceci qu'il favorise, à travers le contrat social, la naissance et l'organisation politique de la société, n'est pas le seul créateur de norme juridique. En effet, dans les sociétés africaines, la norme constitutionnelle se trouve trop souvent dans une situation de cohabitation avec la norme coutumière. Il s'agira donc jauger l'effectivité de la norme juridique face à la coutume notamment dans les sociétés d'Afrique noire.

66 M. ROSENFELD, « Repenser l'ordonnement constitutionnel à l'ère du pluralisme juridique et du pluralisme idéologique », in *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, Société de législation comparée, 452 p.

67 J. VANDERLINDEN, « Les droits africains entre positivisme et pluralisme », *op. cit.*, p. 8.

Abstract

In recent decades, Africa has been a fertile ground for numerous studies covering various topics such as the origin and the creation of a State and a nation, elections and the democratization of society. The theme of our conference "The circulation of constitutional law" and the recent celebrations marking fifty years of independence for many African states provide an opportunity to verify the effectiveness of constitutional law or positive law as a whole. The purpose of this communication is to demonstrate that positive law promotes, through the social contract, the creation and the political organization of society. However, it is not the sole creator of legal rules. Indeed, in African societies, constitutional rules coexist with the customary rules. This article will therefore assess the effectiveness of the legal rules against customary rules, particularly in sub-saharan Africa societies.