



Renaissance africaine : l'environnement juridique

Maty BB-Laye Diakhaté*

Résumé

La vie en société appelle nécessairement une réglementation et une régulation. Il se constitue donc dans tout groupe humain un mécanisme d'encadrement des rapports entre les individus lié à la culture que l'on nomme : droit. C'est dire que le droit est un paramètre indéniable de la culture. On peut aussi affirmer que c'est l'un de ses éléments les plus dynamiques. Car le droit est aussi déterminant pour la culture qu'il en est une manifestation caractéristique. On relève ainsi une interaction qui rend le droit indissociable de la culture...

Lorsque l'on pose la thématique de la renaissance africaine, le droit y trouve nécessairement sa place comme révélateur et moteur de culture. De là à avancer le postulat suivant lequel la renaissance africaine suppose l'émergence de systèmes juridiques en phase avec les cultures de l'Afrique, il y a une distance qu'il faut franchir résolument. De fait, le droit étant avant tout un phénomène humain, tout groupe secrète son propre droit, ses codes de conduite, ses modes de solidarité et cela se vérifie en Afrique. C'est aussi dire que l'Afrique est une entité socioculturelle, bien que marquée par de grandes diversités. Ces diversités culturelles, linguistiques, ethniques et donc juridiques, qui la caractérisent, ne sont pas exclusives de principes communs susceptibles de nourrir les bases de systèmes juridiques endogènes. Ainsi, pris sous l'angle juridique, le contenu programmatique de la renaissance africaine pourrait être défini en tenant compte d'un ensemble de données historiques, sociologiques et économiques. Cela appelle une mobilisation de sources et ressources pluridisciplinaires et un effort de conceptualisation. C'est dans cet objectif que l'article présenté ici pose quelques problématiques et traces des pistes de discussions.

* Université Paris 8 et COMPTRASEC de Bordeaux IV.
Email: asec_maty@yahoo.fr

Abstract

Community life necessarily requires rules and regulations. Therefore, every human settlement generates from within a mechanism to govern relationships between individuals related to culture which is called: law. This means that law is an unquestionable cultural feature. We can also say that this is one of the most dynamic elements. Actually, law is also crucial to culture because it is an emanation of culture. There are a number of interactions that closely bind law to culture...

When it comes to the theme of African Renaissance, law necessarily comes into play as a cultural feature and engine. Before positing that the African renaissance facilitates the emergence of legal systems in line with the cultures of Africa there is a gap that necessarily needs to be bridged. In fact, law being primarily a human phenomenon, each group breeds its own law, codes, its solidarity mechanisms and this applies to Africa. This also means that Africa is a socio-cultural entity although markedly diverse. These cultural, linguistic, ethnic diversities and therefore legal, that characterize it are not exclusive of common principles capable of supplying the foundations of endogenous legal systems. Thus, taken from a legal standpoint, the programmatic content of the African renaissance could be defined based on a set of historical, sociological and economic data. This calls for a mobilization of sources and multidisciplinary resources and conceptualization efforts. It is in this end that hereby article raises some issues and gives room to discussions.

Introduction générale***Droit et renaissance : une problématique pertinente ?***

La renaissance marque un point de rupture historique où les idées se renouvellent en puisant dans les périodes antérieures la sève utile pour un nouveau départ. Elle est donc aussi continuité. Substantiellement, c'est une quête de l'étymologie (de l'esthétique épurée en matière d'art), car elle requiert un retour aux sources. Au-delà, on note qu'elle a trait aux idées, à la culture.

Rapportée au droit, la problématique de la renaissance renvoie à une autre question : le droit est-elle culture ?

De prime abord, la culture saisit en tant qu'ensemble des aspects intellectuels propres à une nation (*Le Nouveau Petit Robert*, 1993, sens 2 et 3). Elle est globale en ce sens qu'elle renvoie aux mondes des idées et des pratiques. Le droit est des deux bords, il est idée et pratique. Dans cette mesure, c'est un élément de la culture. En outre, il est l'un de ses éléments les plus dynamiques. Culture et droit sont dans une interaction permanente. Le droit est aussi déterminant pour la culture qu'il est déterminé par elle. On ne saurait donc parler de renaissance africaine tout en occultant la place et le rôle du droit.

Pour dégager quelques pistes de réflexion sur la projection d’un nouveau droit en Afrique, nous nous proposons de voir dans un premier temps ce qu’est le droit dans son essence et l’incidence de son lieu d’élaboration avant de nous pencher sur le sens que l’on peut donner à la renaissance dans le domaine juridique.

Essence et genèse du droit

Partant de l’essence et de la genèse du droit, peut-on affirmer qu’il existe un droit propre à l’Afrique ancienne susceptible d’inspirer un nouveau des systèmes juridiques de l’Afrique subsaharienne ?

Prologue

Toute société requiert un minimum d’organisation, d’ordre. Les pratiques ou actes par lesquels on atteint ce résultat relèvent assurément du domaine du droit. Le droit est donc propre à la communauté des hommes. La forme sous laquelle il se manifeste ne participe pas de sa définition. Ainsi, le droit coutumier côtoie le droit étatique. Mais la source première du droit reste le peuple, car il ne peut naître d’un commandement (Jouanjou 2005). Mais il importe de savoir ce qui, parmi les pratiques du peuple, relève de la sphère juridique ou se prête à la fabrique du droit.

Le droit, outil d’organisation de la société, est défini habituellement comme un ensemble de règles qui régit les rapports entre les individus. On omet souvent que c’est là une description et non une définition. Dans cet ensemble, il y a la règle de droit, un élément constituant, une unité juridique, et le tout est mobilisé pour une répartition, la plus juste possible, des choses (*suum cuique tribuere – attribuer à chacun le sien* – Michel Villey 2001:49 et s). Le droit se définit ainsi par sa finalité. Il faut aussi ajouter qu’il exprime nécessairement des valeurs. Avant d’être saisi par l’Etat, le droit est une conduite générale de groupe. Et on exprime souvent la même chose en affirmant que le fait précède la loi. Le droit est d’abord dans la pratique en tant que conduite, façon de faire. Aussi le mot législateur, par lequel on désigne, par distorsion du sens, le créateur du droit étatique signifie-t-il bien *legis lator*, celui qui révèle le droit (Beignier 2007:183). Il confirme le droit par réception et légalisation ou interdiction de ce qui se fait, de ce qui se pratique.

Les groupes humains ont, en tous lieux, produit des règles de conduite, ce que les juristes nomment l’ordre social spontané ou coutume. La norme de civilité, norme générale qui sous-tend la vie en société, est, en ce sens, une pratique, un vécu avant d’être source de règles juridiques.

La juridicité se construit donc à partir d’une formalisation, d’une consécration. Elle se crée pour générer le droit en tant qu’ordre social

contraignant. Ainsi, les rituelles : procédures de vote, promulgation, participent d'un cérémonial qui confère aux hypothèses retenues un attribut juridique.

Une fois cette assertion admise, l'existence de droits autochtones dans l'Afrique ancienne n'est plus sérieusement discutable. Cela doit être retenu comme postulat. Se pose encore la question de savoir comment identifier les règles qui régissaient les rapports entre les individus, les institutions dans la période ancienne. Car l'absence d'écrit serait un obstacle à la connaissance fiable du droit traditionnel. Et si on admet que ce droit existe bien, a-t-il survécu à l'implantation des systèmes juridiques européens ? N'a-t-il pas été infiltré par des règles issues des religions telles que l'islam et le christianisme ? Enfin, que faut-il considérer comme droits africains ?

Le problème de la confrontation entre des systèmes juridiques différents est connu. Il s'est posé dans d'autres pays tels que l'Italie et, surtout, l'Allemagne. Dans le premier, on se demandait dans quelle mesure l'esprit national avait résisté à l'influence germanique, tandis que dans le second, on manifestait sa défiance à l'égard du droit romain. La théorie du *volksgeist* (qui signifie, littéralement, esprit du peuple) est, justement, née de ces interrogations en Allemagne. Elle postule l'idée selon laquelle « *chaque droit est, comme la langue, l'esprit d'un droit national* » (Jouanjou 2005). L'école historique, dont le maître est Savigny, un juriste allemand, s'est évertuée à creuser et à affiner cette théorie au nom de la libération allemande de l'esprit français. L'individualité du droit tient à l'individualité des peuples en tant qu'entité. Wilhem Rehberg, l'un des tenants de cette théorie, s'opposera farouchement au maintien du code civil français en Allemagne en dénonçant ses méfaits sociaux. A l'appui de l'identification du droit à une culture, à un peuple, on invoque, légitimement, Montesquieu. Il affirme : « *les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre* » (Montesquieu 1995, tome 1). Au demeurant, le droit ne peut naître d'un commandement. Il a son siège premier dans l'activité du peuple. C'est la raison pour laquelle, en droit positif, on affirme souvent que la pratique précède la loi. Le siège véritable du droit est « *la conscience commune du peuple* ». La science en fait ensuite une représentation. C'est tout l'objet de la science juridique. En somme le droit est créé par le peuple à partir de ses pratiques. Quel est alors le rôle du législateur ?

Ainsi qu'il a été dit précédemment, en foi de son appellation, *legis lator*, il révèle, relate le droit. Il ne le crée pas. Que dire lorsque le législateur se contente « d'importer du droit » ? Il n'assume plus aucune fonction. Il n'est plus légitime en tant que représentant du peuple dont il ignore les aspirations. Le législateur africain est, souvent, le prototype du gestionnaire mimétique. Le transfert de normes est sa technique législative habituelle (cf. II / Rupture

ou compromis). Il est l'un des principaux acteurs du blocage des sociétés africaines.

Par ailleurs, le droit étant aussi viscéralement lié à la culture d'un peuple, on peut se demander si les droits de l'Afrique ancienne ont survécu à l'influence des différentes cultures qui ont pénétré l'espace africain. Il va de soi que la rencontre des hommes s'accompagne généralement d'une interpénétration des cultures. Cependant, ce qui a été observé en Afrique, notamment sur le champ juridique, c'est une juxtaposition de strates de normes (Sacco 2009) ; il y a donc nécessairement une survivance de coutumes anciennes plus ou moins nourries par divers usages. Ce phénomène tient à l'aptitude particulière des Africains à vivre la diversité. En effet, là où les peuples d'Europe se singularisent par l'uniformité sous la bannière du christianisme ou des idéologies politiques, ceux de l'Afrique tolèrent la diversité jusque dans la cellule familiale.¹ Il en va de même des systèmes juridiques. Les anthropologues-juristes auraient recensé, durant la période coloniale, quelques milliers de systèmes juridiques (Rodolfo Sacco 2009). L'analyse statigraphique a ainsi relevé la coexistence de trois composantes : les coutumes traditionnelles, les règles issues des religions, celles introduites par l'Europe, auxquelles il faut ajouter celles qui sont en gestation depuis l'indépendance dans les pratiques populaires. Alors, on peut être dubitatif quant à la possibilité d'identifier un droit africain. Cependant, un auteur a pu affirmer l'existence d'une famille de droit africain (Allot 1968:131). Les recherches en anthropologie juridique menées pendant la période coloniale avaient abouti au regroupement de différents droits traditionnels en institutions et normes pour dégager quatre ordres sociaux, selon Rodolfo Sacco. Bien qu'on leur reprochât le caractère formel et systématique de la méthode employée, leurs travaux représentent un grand intérêt pour les juristes africains et africanistes. Ils devraient pouvoir compléter et enrichir ces tentatives avec l'aide des anthropologues et sociologues.

Ce bref détour par l'histoire met en évidence l'intérêt scientifique de la problématique de l'identification d'un peuple à travers son système juridique. Mais il s'agit aussi de dire que dans la quête d'un renouveau juridique pour l'Afrique, il existe des éléments de base, des matériaux exploitables. On peut être critique ou approuver les différentes démarches qui ont été entreprises pour les collecter, mais on ne peut les ignorer. Il ne s'agit pas non plus de se figer dans le passé. Toute culture se nourrit d'apports extérieurs, de pratiques nouvelles nées de la nécessité de satisfaire des besoins actuels. Il demeure que l'esprit, la philosophie qui imprègnent le vécu du peuple concerné fournissent les fondements du système. Chaque génération le nourrit ensuite de ses expériences. Au regard de ces considérations, les données qui sont à notre portée nous offrent des bases de réflexion. Il convient d'en citer deux

qui sont d'inégale importance, mais toutes assez significatives pour retenir l'attention du juriste. D'une part, nous avons la charte de Kurukan Fuga et, d'autre part, les caractéristiques supposées du droit africain mises en lumière par la doctrine.

La charte du Mandé : valeur et potentialités

La charte de Kurukan Fuga ou charte du Mandé est doublement intéressante pour les chercheurs africains. Il l'est, quant au fond, certes. Il l'est aussi par les conditions de sa découverte. La tradition orale nous l'a livrée (CELHTO 2008). Cela montre, si besoin est, qu'on peut encore tirer parti de ce mode de transmission du savoir en Afrique. Un doute subsiste s'agissant de la valeur qu'il faut reconnaître aux sources orales. Si nous nous en remettons à la position arrêtée par les rédacteurs de l'*Histoire générale de l'Afrique* (UNESCO/NEA 1995), nous conviendrons que la tradition orale est « une source à part entière... qui confère à l'histoire de l'Afrique une puissante originalité » (UNESCO 1995:27-31 ; 168-203). Le traitement que l'on fait des données recueillies éprouve par la suite leur crédibilité. Les juristes africains ne devraient pas craindre le recours à l'empirisme pour valider juridiquement les pratiques et déclarations recueillies des populations. Après tout, tous les textes fondamentaux ont été revêtus de cette valeur par des hommes pour servir des intérêts prédéfinis. La charte du Mandé dont on observe la vivacité dans les relations personnelles en Afrique (exemple la parenté à plaisanterie, l'entraide, etc.) a certainement une valeur fondamentale dans les cultures africaines. Il faut en mesurer la portée et en dégager les principes dérivés communs aux peuples d'Afrique. La charte aura alors une place incontestable dans la charte africaine des droits de l'homme, car elle participe de nos valeurs et de notre unité culturelle. Outre ses aspects historiques, elle aura la valeur que nous lui aurons donnée. Aucune donnée n'est intrinsèquement juridique. En effet, la norme juridique résulte d'une expression collective portée par une institution à laquelle on reconnaît une autorité suprême (Didier 1984).

A titre liminaire, on peut indiquer ici le principe qui nous semble être le fondement même de la charte de Kurukan Fuga : la sauvegarde de la paix sociale. Il irrigue l'esprit tout entier de la charte. Il en dérive nécessairement d'autres principes actifs pour servir l'objectif primordial. En effet, La paix en tant que valeur est, en elle-même, grosse d'une multitude de principes. Car comment concevoir la paix sans un minimum de justice sociale ? Elle est le préalable de toute recherche de bien-être personnel et collectif. La justice sociale, composante élémentaire de la paix, postule assurément l'égalité, la dignité, le respect de la personne humaine dans toutes ses dimensions. Et, au demeurant, la charte élève la dignité de la personne humaine jusque dans le

conflit. Ainsi, on peut vaincre son ennemi, mais ne jamais l’humilier. C’est ce qu’il faut lire dans l’énoncé 41 : « *Tuez votre ennemi, ne l’humiliez pas* ». ² La grandeur de l’homme est dans le respect de son ennemi, même vaincu. Des adages dans diverses langues africaines rappellent cette valeur.

Appliquée aux sociétés africaines du début du XXI^e siècle, la valeur paix implique que soient assurés à chaque individu les moyens de participer au bien-être collectif. La portée de cette assertion est plurivalente. Car œuvrer pour le bien collectif suppose qu’on ait d’abord une existence satisfaisante ou dont on se satisfait pour pouvoir penser à autrui. Tous les droits de la personne peuvent être visités dans l’analyse de la proposition qui précède. Mais on s’en tiendra ici à deux aspects essentiels au regard des droits des individus et des sociétés : l’éducation et la formation.

L’éducation et la formation sont des droits fondamentaux dus à tout enfant né dans nos sociétés. C’est ainsi qu’il pourra prendre sa place dans la communauté et contribuer à sa continuité et, son épanouissement. Dès lors, à l’éducation de l’enfant échoit à toute la communauté. ³ On a tendance à oublier cette responsabilité collective vis-à-vis de l’enfant. L’enfance est la racine de l’homme. Bien « *élevé* », il sera l’homme qui « *servira* » toute la société. C’est en ce sens qu’il est « *l’enfant de tous* ». La solidarité, que nous avons encore la chance de vivre dans certaines régions du continent, puise sa source dans cette philosophie. La réussite d’un membre de la famille ou du clan profite à tous.

Comme on le voit, tous les droits sociaux et politiques qui tendent à assurer la cohésion sociale et la démocratie peuvent trouver leur source dans le principe de sauvegarde de la paix. Il n’est pas propre à l’Afrique. On peut le classer parmi les principes universels logés dans les soubassements des sociétés humaines. Les mécanismes déclinés par la charte pour assurer sa sauvegarde dénotent bien un esprit particulier dans lequel les Africains peuvent se reconnaître. La valeur paix est donc infiniment riche d’une multitude de principes. Elle éclairerait d’un jour nouveau le concept de justice et le rôle du juge dans les sociétés africaines. Il appartient aux juristes et autres penseurs d’en extraire tout le potentiel sous l’éclairage de l’esprit communautaire et de la solidarité qui caractérisent les cultures africaines.

Existence et caractéristiques des droits africains

La deuxième donnée, que nous exposons ici, est tirée de la doctrine africaniste : les caractéristiques des droits africains traditionnels. Cette donnée a la particularité d’être en amont et en aval de toute appréhension globale du droit. Les droits africains traditionnels seraient de forme orale, communautaire et empreints de sacralité.

L'oralité et le caractère communautaire sont des traits permanents des cultures africaines subsahariennes. Le droit en est forcément marqué. Toutefois, il convient de garder en mémoire que l'exigence de rigueur et de précision prévaut dans le domaine juridique. Elle suppose une étude approfondie de ces caractéristiques afin d'en saisir les effets sur la formulation de la règle de droit traditionnel. La question linguistique doit être traitée au préalable. La conceptualisation pourrait alors suivre aisément. Aucune culture n'a généré spontanément un langage scientifique dans quelque domaine que ce soit. Il est le fruit d'une construction conceptuelle, sémantique guidée par des principes prédéfinis. C'est l'objet préliminaire de la science juridique. Par ailleurs, l'oralité rend la règle instable ; dès lors, la formulation précise requiert un traitement particulier des données.

Pour ce qui est du lien entre le droit traditionnel et le sacré, il est conforté par nombre d'auteurs africains et africanistes (Centre d'Etudes Juridiques Comparatives 1979). Ailleurs, la sacralité déclinée par des rituels aurait pris des allures de solennité, de formalisme. En Afrique noire, elle est occultisme, fétichisme, œuvre divinatoire, voire maléfique. Il est tentant de céder à la facilité pour transposer des stéréotypes ; oublieux des exigences scientifiques du domaine exploré. De fait, l'omniprésence des morts, des ancêtres et autres mânes dans les cultures d'Afrique révèle assurément une croyance en un monde surnaturel ou parallèle invisible mais réel. Cependant, on ne peut faire l'amalgame entre ce qui est du droit et ce qui est hors du droit. C'est là une tension que les juristes maîtrisent en principe. Les rapports que l'homme africain noue avec ce monde parallèle sont a-juridiques. Or le droit est bien un instrument d'encadrement des rapports entre des êtres vivants. Il convient donc de faire la part des choses, de faire le tri entre les différents éléments du cosmos négro-africain. Parle-t-on de droit ou de croyances quand on envisage les rituels que peuvent effectuer les individus en vue de s'assurer le soutien d'un monde occulte ? La situation de droit se distingue d'abord en ce qu'elle concerne des personnes vivant en société, donc des êtres vivants. Dans son approche la plus mécanique, le droit est un groupe de règles qui régit les rapports entre les personnes. Sa sphère d'application exclut les situations qui ne tirent pas leur efficacité d'une condition juridique quelconque et ne produisent aucun effet du même ordre. La sphère juridique s'articule autour de la personne, de la chose, des actions et activités. Le droit est lié à la vie et à la vie en communauté. Par conséquent, il y a amalgame entre croyances et droit quand on fait de la sacralité l'une des « dimensions » (Sacco 2009) des droits traditionnels africains. Les craintes et les croyances doivent être séparées de l'acte de volonté pur et du fait juridique pur. Le droit ne peut être qu'un rapport de contrainte et d'avantages entre des hommes vivants. Si on prend quelques-uns des exemples cités pour illustrer la consécration du sacré dans

certaines systèmes juridiques africains actuels, on se rend encore compte qu’il y a, là aussi, une confusion. Une loi qui interdit au juge de se prononcer sur les accusations de sorcellerie, mais renvoie ce fait à la compétence policière (Sacco 2009) ne fait que prendre en compte une réalité sociale susceptible de troubler l’ordre public. Il relève donc de la compétence de la police. Ce n’est pas une consécration du sacré ni de l’occulte.

In fine, la sacralité disqualifie le droit. Elle le rejette dans l’ordre des croyances. Par conséquent, il revient aux chercheurs de voir, en perspective historique, comment délimiter le champ du juridique dans l’Afrique ancienne afin de voir quels matériaux en relèvent.

De son fonds culturel propre l’Afrique a hérité d’un esprit, d’une philosophie des rapports entre les personnes. De la colonisation européenne elle a recueilli un système juridique distinct et, surtout, des mécanismes de fabrication des droits étatiques. Dans la période post-coloniale, elle a officiellement choisi la conservation de l’héritage européen sur les plans linguistiques et juridiques. La réalité nous montre un déphasage permanent entre le vécu, les pratiques des populations et les dispositifs et systèmes juridiques officiels. Aussi la renaissance, vue sous l’angle du droit, suppose-t-elle de nouveaux choix, un réajustement tenant compte des réalités de l’Afrique actuelle.

La renaissance : rupture ou compromis ?

Le questionnement du droit étatique face à la renaissance

Comme nous l’avons souligné, le droit positif africain est d’inspiration occidentale, française pour les anciennes colonies de la France, s’il n’est, purement et simplement, une création de pays occidentaux. La proclamation de la continuité du système juridique après les indépendances a été certainement une solution simple dans cette période. Mais en optant pour la continuité, les Etats africains ont choisi non seulement des règles de droit positif, mais aussi une philosophie, une conception des rapports entre les personnes. Le pilier du droit européen est l’individualisme. L’individu est au centre de tout. La toute-puissance de la volonté individuelle est la mesure du système. L’Afrique ne nie pas l’individu. Mais il n’est qu’un élément du groupe. Il s’ensuit toute une série d’effets opposés sinon distincts de ceux qui dérivent de l’individualisme. Nous ne parlons pas seulement de règles figées dans leurs supports, mais de mode de vie, de manière d’être ensemble. Le conflit de valeurs est donc latent dès le départ. On en connaît l’un des signes révélateurs : l’ineffectivité des normes, le développement de systèmes parallèles dans divers domaines. Ailleurs, on parlerait de pratiques *praeter legem*, sinon *contra legem*...

Les codifications post-coloniales et l’empreinte du système occidental Malgré les mouvements successifs de codification dans la période post-coloniale, le problème reste le même. Les systèmes juridiques officiels de l’Afrique demeurent, dans une large mesure, très proches de ceux des anciens pays colonisateurs. L’exemple le plus parlant aujourd’hui, c’est le droit harmonisé des affaires, le droit OHADA. A peu de choses près, c’est une copie du système français en ce qui concerne le droit des entreprises en difficulté par exemple. Certes, la méthode de l’harmonisation en elle-même va dans le bon sens, celui de l’intégration du droit des affaires en Afrique. L’initiative prise par les Africains eux-mêmes et la spécificité de la codification en question ont été louées par les spécialistes à juste titre. Toutefois, substantiellement, le petit entrepreneur africain y est totalement ignoré. Or un tel outil devrait intégrer un appareillage pédagogique qui permet de porter la dynamique entrepreneuriale des populations africaines. Le petit entrepreneur n’a pas la surface financière du gros investisseur, mais il a un rôle primordial à jouer dans le processus de développement. Il mérite donc d’être pris en considération, notamment dans les systèmes intégrés. Outre l’exemple de l’OHADA, on peut dire, d’une certaine manière, que l’indifférence de la population ou la distorsion des règles importées est une résistance culturelle. La renaissance est donc une problématique qui interpelle surtout le juriste formé à l’école occidentale et le législateur qui se confine dans l’importation de textes.

Si le législateur africain est complètement paralysé et inefficace, les juristes ont également leurs maux. En effet, quand un juge africain (d’une Cour suprême !) invoque une décision de la Cour de cassation française pour légitimer sa propre décision, il y a là quelque chose de pathétique. C’est une aberration absolue.⁴ Mais quand on sait qu’un auteur africain, universitaire et enseignant de son état, se propose d’expliquer une situation dans le contexte social de son pays par une décision rendue par un tribunal d’instance en France, on se dit qu’il y a péril en la demeure⁵. Pour faire court, simplement sur le plan de la méthodologie et des techniques d’interprétation, il y a là une erreur fatale qui inciterait à se pencher de façon plus approfondie sur ce cas précis. Au-delà du constat de ces errements intellectuels, il faut dire que pour penser un droit africain à partir de ses sources, il faut faire l’effort d’accepter, d’assumer que l’Afrique est indépendante.⁶ En somme, il faut se libérer l’esprit, prendre la liberté de penser. Mais ce n’est peut-être pas le plus simple. La liberté est, en soi, un risque : exposer ses idées sans se légitimer d’une quelconque source ou autorité reconnue ; sauf le refus d’affirmations hasardeuses, donc sa seule technicité et sa conscience comme éclairage...

Les manifestations de la résistance d'un ordre traditionnel

L'ordre traditionnel désigne ici, de manière générique, les systèmes antérieurs. Quand on parle de tradition, on oublie généralement son sens premier, pratiques et modes de pensées transmises de génération en génération, pour le confiner au folklore.⁷ Il est question de continuité des sociétés humaines, de réception et d'adaptation de données institutionnelles, organisationnelles. Il va de soi que chaque génération réajuste ce qu'elle reçoit en fonction des contingences dans lesquelles elle évolue. Aussi, sauf à nier que les générations qui les ont précédés aient été douées de bon sens,⁸ faut-il reconnaître que les Africains ont recueilli quelques préceptes et principes qui ont façonné les sociétés antérieures. De fait, la persistance des ordres traditionnels se constate dans les relations sociales et, au-delà, ils imprègnent certains phénomènes d'adaptation spontanée des populations aux systèmes dits modernes (BB-Laye 2009). Les mécanismes du travail « informel » et les systèmes de solidarité que l'on observe dans différentes régions relèvent de ce phénomène. Cette résistance de l'ordre traditionnel n'est pas un mal en soi, comme nous l'avons dit ailleurs (BB-Laye 2012). Mieux, nous pensons que c'est un atout majeur dont les Etats modernes doivent se saisir et lui donner toute efficacité dans les dispositifs économiques et sociaux officiels. Là aussi, il faut oser, non pas l'invention (les populations ont réajusté leurs modes de production et de protection contre les risques sociaux aux exigences actuelles, c'est donc une réalité à intégrer), mais l'affirmation de l'aptitude de l'Afrique à générer des systèmes originaux porteurs de progrès pour ses populations (BB-Laye 2012).

Les éléments d'un droit endogène

Assurément, il existe en Afrique, comme ailleurs, des philosophies, des conceptions des rapports en société. L'oralité, comme lieu de conservation de ces mémoires, est souvent considérée peu fiable. Toutefois, les travaux réalisés pour *l'Histoire générale de l'Afrique* (UNESCO 1995) et ceux du Centre d'Etudes Linguistiques et Historiques par la Tradition Orale, CELHTO (2008) témoignent de la légitimité et de la pertinence des sources orales. Outre les pratiques que nous pouvons constater dans la vie quotidienne des populations (l'assistance mutuelle, les entraides et, surtout, la pratique des médiations et compromis en matière de règlement des conflits...), la charte de Kurukan Fuga nous semble receler une mine d'informations qu'il appartient aux juristes d'exploiter. Il ne s'agit pas de faire renaître une Afrique ancienne (ce qui serait une aberration), mais de retrouver l'esprit, la sève qui irrigue les liens sociaux afin de concevoir les outils juridiques du XXI^e siècle. Dans les pays occidentaux, la crise des valeurs, les impasses et la remise en cause

de systèmes (largement éprouvés par des siècles de pratiques et d'évolution !) que les penseurs exposent et interrogent sans complaisance devraient inciter les tenants d'une transposition des systèmes occidentaux en Afrique à plus de prudence. De plus, Les chercheurs européens qui travaillent sur l'Afrique pointent l'originalité et l'adéquation aux besoins locaux des mécanismes qu'ils constatent.⁹

Mais il n'y a pas de contradiction à dire que les droits modernes de l'Afrique subsaharienne doivent trouver leurs racines dans les pratiques et pensées de ce continent tout en restant perméable aux avancées durables que les autres communautés ont réalisées.

La nécessité du compromis

La renaissance signifiera-t-elle une rupture ? Dans certains domaines, la réponse ne peut être qu'affirmative. Le modèle de système social africain, par exemple, doit être tiré des principes fondateurs des sociétés africaines. La diversité culturelle n'est pas un obstacle dans la mesure où nous savons qu'il existe un fonds commun. Des principes communs peuvent, en effet, en être dégagés. Et il est tout à fait envisageable d'établir des variantes de systèmes sociaux dont les grands principes seraient inscrits dans le droit communautaire continental ou sous-régional, à l'instar des mécanismes d'intégration actuellement en œuvre. Pour ce faire, une théorie du droit doit voir le jour et se nourrir des études historiques, sociologiques, anthropologiques. La méthode des questionnaires devrait être ravivée et utilisée systématiquement pour recueillir des données sur le droit traditionnel, les coutumes. La conceptualisation devra être entreprise avec les linguistes. La création d'une école africaine de théorie du droit est souhaitable pour porter la renaissance. Rappelons qu'il ne s'agit pas de figer les systèmes africains dans le passé, mais d'avoir des outils juridiques inscrits dans une continuité socioculturelle.

Enfin, si renaissance signifie rupture à certains égards, le compromis ne peut non plus être écarté. Une ouverture sur le reste du monde signifie nécessairement l'utilisation d'instruments d'échange communs, la réception de données éprouvées quant à la sauvegarde de l'homme, l'amélioration de ses conditions d'existence et la préservation de son environnement. L'Afrique doit s'approprier ces outils et méthodes afin d'échanger avec le reste du monde sur des bases compréhensibles pour elle et pour ses partenaires...La réflexion reste ouverte.

Notes

1. Certains considéreront que les guerres et autres violences « ethnico-religieuses » que l’on déplore dans nombre de pays démentent cette affirmation. Nous estimons que ces conflits ont des causes beaucoup plus complexes que ce que les médias laissent entendre par « conflits ethniques ou religieux ». D’autre part, les situations illustrant l’aptitude à vivre la diversité sont d’une constance et d’une généralité qui confortent l’argument. Il n’y a nul autre continent où autant de peuples de cultures diverses partagent le même territoire sans chercher à s’annihiler mutuellement d’une façon ou d’une autre. La permanence et la généralité de cette donnée nous semblent plus probantes que l’argument contraire tiré de situations d’exception envenimées par des intérêts économiques.
2. Cet énoncé peut être pris dans un sens brut, apparent ce qui prêterait à confusion. Il serait incompréhensible au regard de la philosophie de la charte qu’il y ait un appel au meurtre. Aussi, du point de vue de la technique d’interprétation, convient-il de retenir qu’on ne peut affirmer une chose et son contraire. L’argument *a contrario*, dire une chose, c’est exclure son contraire, permet d’accréditer le texte d’une logique interne qui exclut toute lecture littérale. De plus, l’expression par amplification (emphatique) est une caractéristique des cultures africaines qui ne doit pas être négligée dans l’interprétation des sources orales. Il faut donc saisir l’énoncé 41 par l’esprit général de la charte. On se rappellera alors que la dignité tout comme l’honnêteté et le courage étaient des valeurs fortes sur lesquelles on veillait particulièrement dans les familles et clans. On comprend que l’humiliation soit perçue comme un avilissement moins supportable que la mort.
3. L’énoncé 9 de la charte du Mandé attribue la charge de l’éducation des enfants à tous, de même que la puissance paternelle. Autrement dit, l’enfant est celui de la communauté tout entière. On peut aussi faire référence à l’adage wolof qui dit « xale boo baxe doomu ñépp le », un enfant « bien » (bien élevé, qui a réussi) est l’enfant de tout le monde. Cet adage doit être confronté à la responsabilité collective en matière d’éducation. Il serait intéressant de faire quelques développements sur cette responsabilité collective.
4. Un collègue français, professeur des universités en droit privé, avec lequel je discutais de ce phénomène, me dit qu’il trouve cela particulièrement choquant. Il a enseigné plusieurs années dans une université africaine après son agrégation. Il ne comprenait pas que cette question laissait complètement indifférents (à la limite vaguement critiques !) ses pairs africains lorsqu’il abordait la question avec eux (!).
-Voir, sur ces questions, A.B. Fall, « Le Code des obligations de l’administration au Sénégal ou la transposition de règles de droit administratif français en Afrique par la codification », in *Mélanges Jean du Bois de Gaudusson*, 2013, p. 225. L’auteur invite le juge sénégalais à ne pas rester « esclave » du Code de 1965 ayant introduit au Sénégal la jurisprudence administrative française. Le

système juridique sénégalais gagnerait à ce qu'il fasse une utilisation réfléchie et rationnelle des notions et principes qui y sont contenus (non seulement en rapport avec les valeurs et croyances des sociétés concernées et aux règles juridiques traditionnelles auxquelles celles-ci croient et appliquent quotidiennement de manière informelle, donc en marge du droit écrit moderne), mais aussi en fonction des moyens et, surtout, des objectifs de l'administration (Etat) qui sont loin d'être ceux de la France.

5. Sur ce cas, voir Recueil PENANT 2009 n° 868 p. 261.
6. Sur le plan matériel, le savoir du juriste est contingent, mobile. Les règles changent, évoluent selon les lieux et les époques. Il est composé de données temporelles. C'est donc l'intériorisation d'un mode de penser et d'action, la maîtrise de concepts, de techniques d'interprétation, d'une méthodologie qui constituent le socle des savoirs du juriste. Ce socle lui confère une solide charpente lui permettant ainsi d'investir tout environnement juridique. Cet article ne postule donc pas une nouvelle formation des juristes africains, mais simplement la libération salutaire des esprits afin de regarder l'Afrique sans fard et d'investir de nouveaux champs de réflexion. Le juriste, le chercheur en particulier, n'est pas seulement un réceptacle, il confectionne, invente et construit...
7. Du latin *traditio, tradere* : transmettre, remettre. Par extension on en tire : légende, mythe, folklore. Parlant de culture, la tradition renvoie donc à ce qu'on a reçu des générations précédentes.
8. Dans un article paru au journal *Le Monde* en 1990, un haut fonctionnaire, qui a longtemps servi en Afrique, a fait publier sous le pseudonyme « CHESNAY » un article intitulé LES AFRICAINS, UN PEUPLE SANS PERES. Plus méprisant que le discours de Dakar ! Et c'est certainement l'un de ces fonctionnaires qui ont caressé nos dirigeants dans le sens du poil, excité leur *ego* et les ont poussés à toutes les folies... A défaut de monuments grandioses, sanctuaires et autres reliques, si on ne peut pas témoigner du fait que les Africains ont eu un minimum de sens, d'organisation et de gestion de leur vie en communauté transmissibles à leurs descendants, ce type de discours s'en trouve conforté.
9. Consultable sur Internet : Alain Supiot « Etat social et mondialisation : analyse juridique des solidarités », notamment les séminaires 2012-2013, « Entretiens sur les avatars de la solidarité » et la contribution de madame Danouta Liberski-Bagnoud, « Les formes africaines de solidarité » – C'est peut-être d'Europe que nous viendra le goût de penser l'Afrique pour ce qu'elle est !

Références

- Académie Internationale de Droit Comparé, 1958, *Le problème de la rédaction des droits coutumiers : intérêts, difficultés et méthodes – Le recours à des catégories juridiques dans le problème concernant la compilation des coutumes et des codifications – Bruxelles.*
- Allot, A.L., 1968, *African law - An introduction to legal systems*, J.D.M. Derrett Londres.

- Post, A.M., 1893, *Ethnologische jurisprudenzen*, Leipzig (cité par Rodolfo Sacco).
- BB-Laye, Maty, 2009, « L'informel et la législation relative aux risques professionnels au Sénégal », *Penant - Revue Trimestrielle de droit africain*.
- Maupail, B., *Introduction aux coutumiers* ; adde : *Le coutumier général de l'AOF* (cité par Rodolfo Sacco).
- CELHTO, 2008, *La charte de Kurukan Fuga – Aux sources d'une pensée politique en Afrique*, L'Harmattan.
- Centre d'Etudes Juridiques Comparatives, 1979 « Sacralité, pouvoir et droit en Afrique », Ed. CNRS.
- Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaires Robert 1993.
- Villey, Michel, 2001, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit*, Dalloz.
- Villey, Michel, 2003, *La formation de la pensée juridique moderne*, Léviathan PUF.
- Villey, Michel, 2009, *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz.
- Montesquieu, G., 1995, *De l'esprit des lois*, tome I, Collection Folio essais (n° 275), Gallimard.
- Jouanjou, Olivier, 2005, *Une histoire de la pensée juridique allemande, 1800-1918 – Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du 19^{ème} siècle*, Léviathan PUF.
- Poirier, Jean (sous la dir.), 1962, *La rédaction des coutumes et des codifications dans le passé et dans le présent*, Bruxelles.
- Sacco, Rodolfo, 2009, *Le droit africain, anthropologie du droit positif*, Dalloz.
- Roubier, Paul, 2005, *La théorie générale du droit*, Dalloz.
- Supiot, Alain, 2013, *Grandeur et misère de l'Etat social*, Fayard.

