

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Les masques du droit en Afrique

Dijon, Xavier

*Published in:*

Revue de droit international et de droit comparé

*Publication date:*

2009

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Dijon, X 2009, 'Les masques du droit en Afrique: une lecture européenne des sources de la norme', *Revue de droit international et de droit comparé*, pp. 569-601.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Doctrine

---

---

## LES MASQUES DU DROIT EN AFRIQUE UNE LECTURE EUROPÉENNE DES SOURCES DE LA NORME

PAR

**X. DIJON**

Professeur aux Facultés universitaires  
Notre-Dame de la Paix, Namur  
Professeur associé à l'Université catholique  
d'Afrique centrale, Yaoundé

### RÉSUMÉ

*L'Afrique oblige le juriste européen à réfléchir à nouveaux frais à la théorie générale des sources du droit. Alors que les masques des ancêtres symbolisent la force obligatoire du droit traditionnel, le droit moderne apparaît souvent aussi comme un masque, mais plaqué cette fois sur le visage d'un peuple qui ne s'y reconnaît pas. Au carrefour du droit coutumier et du droit du colonisateur, de la législation nationale et de la référence internationale aux droits de l'homme, pouvons-nous espérer que l'intérêt des juristes pour les croyances d'une part, pour l'effectivité des lois d'autre part, permettront aux Africains de formuler un droit approprié qui échappera aux excès du formalisme kelsénien?*

*Revue de droit international et de droit comparé, 2009, n° 4*

## ABSTRACT

*Africa requires the European jurist to think anew about the general theory of legal sources. While the masks of ancestors symbolize till now the binding force of traditional law, modern law often appears also as a mask, but put this time on the face of a people who do not recognize themselves in it. At the crossroads of tradition and colonial law, of national legislations and international references to human rights, can we expect that the interest of lawyers for beliefs on the one hand, and for laws' effectiveness on the other, will allow the African peoples to escape from the excesses of kelsenian formalism?*

## INTRODUCTION

L'Européen qui prend connaissance de l'état du droit en tel ou tel pays d'Afrique ne peut manquer de percevoir, en ce domaine-là comme dans les autres champs de la vie sociale, les tiraillements qui traversent le Continent noir entre la tradition transmise par les ancêtres et la modernité venue de l'Occident. Après avoir décrit les pôles de ces tensions, nous proposons, à partir de l'image du masque, une réflexion sur les sources de la norme, afin d'esquisser quelques pistes d'avenir quant à l'appropriation du droit<sup>(1)</sup>.

## SECTION I. — LES TENSIONS DU DROIT EN AFRIQUE

Pour rendre compte de l'état actuel du droit en terre africaine, on évoque d'abord l'écart entre la norme édictée et la réalité vécue, puis le fonctionnement traditionnel du droit, enfin les conceptions du colonisateur européen.

(1) J'adresse mes chaleureux remerciements à mon collègue de l'UCAC, le professeur Pierre-Etienne Kenfack, qui m'a invité à entamer la présente réflexion avec ses étudiants du master en droit privé de l'Université de Yaoundé II et qui a apporté de très utiles compléments au texte final.

### §1. — *L'écart par rapport à la norme*

Il suffit de traverser la ville de Yaoundé en taxi pour percevoir que la notion de norme ne revêt probablement pas la même signification au Cameroun qu'en Europe. L'observation de la circulation des véhicules permet en effet de conclure que, quelles que soient les prescriptions du code de la route, la règle qui s'impose dépend de l'audace du chauffeur : par exemple, est titulaire de la priorité, semble-t-il, le véhicule dont le conducteur *pense* pouvoir passer le premier ! L'exemple est anodin et peut prêter, soit au sourire lorsque le rodéo est perçu comme un sport, soit à l'injure, quand ledit sport se termine en tôle froissée. Mais d'autres hypothèses s'avèrent beaucoup plus dramatiques : par exemple celle du voleur pris en flagrant délit, poursuivi par la foule, et entouré d'un pneu auquel on mettra le feu, horrible peine de mort prononcée et exécutée au mépris de toutes les dispositions du Code de procédure pénale<sup>(2)</sup>. Entre l'anodin et le tragique, la corruption ordinaire : celle du contrôle de police qui permet non pas tant la vérification de la régularité du véhicule que la gratification supplémentaire de l'agent qui, moyennant cette rétribution, fermera les yeux sur les anomalies constatées en matière de taxes, assurances ou sécurité, ou encore celle de la compagnie d'assurances qui acceptera de dédommager la victime du sinistre si, aux diverses étapes de traitement du dossier, une 'motivation' aura été versée à chacune des personnes qui y interviennent.

Cet écart entre la norme écrite et la réalité vécue fait parfois, dans les universités africaines, le désespoir des professeurs de droit qui se demandent, lorsqu'ils veulent être lucides jusqu'au bout, sur quelle scène ils jouent. Que veut dire, par exemple, l'inscription du mariage monogamique dans le code de droit de la famille si la polygamie est largement pratiquée dans le pays ? Que signifie le code du travail qui laisse en dehors du droit le large secteur informel de l'économie ou qui invente des procédures (de licenciement pour raisons économiques par exemple) jamais appliquées dans le

(2) La presse occidentale rapporte aussi le cas d'autres méthodes expéditives totalement étrangères aux procédures légales à l'encontre des 'voleurs de sexe' lynchés, battus à mort ou égorgés par la foule mobilisée sur l'allégation faite par un homme ou par une femme que le 'coupable' lui a, d'un simple frôlement, confisqué ses attributs sexuels. Cf. le quotidien belge *Le soir*, 15 juin 2009.

pays où elles sont formulées? Quel est le sens d'un droit foncier dont les dispositions écrites doivent battre en retraite devant les pratiques coutumières? A quoi sert-il, dès lors, d'enseigner des pans entiers du code civil, commercial, social ou pénal si leurs diverses règles ne régissent effectivement pas la société où on les dit 'en vigueur'? Quelle est, demandent-ils, cette 'vigueur' qui n'en est pas une?

Le même décalage se marque dans la loi fondamentale elle-même, comme dans les instruments de garantie des droits de l'homme. Alors que, par exemple, de nombreuses constitutions africaines avaient prévu une limite au renouvellement des mandats présidentiels, voici que, 'à la demande', bien sûr, 'de la majorité des citoyens', plusieurs chefs d'État ont fait disparaître du texte constitutionnel cet obstacle juridique qui les empêchait de se présenter à nouveau aux suffrages du peuple, faisant ainsi songer aux joueurs qui, au milieu du match, changent les règles du jeu<sup>(3)</sup>. Dans ces conditions, que veut encore dire l'État de droit et la soumission du pouvoir à la norme? Ne s'agit-il pas plutôt, se demandent les juristes, d'une soumission de la norme au pouvoir, lequel n'hésitera pas à se payer la caution de constitutionnalistes complaisants qui accepteront, pour les besoins de la cause, de dire le contraire de ce qu'ils ont appris en Faculté de droit.

Quant aux droits de l'homme, les thèses et mémoires de étudiants qui suivent dans les universités africaines, un cycle de formation consacré à cette matière, fournissent une image malheureusement fidèle de la situation. Ces travaux se divisent généralement, suivant d'ailleurs le modèle français du bon travail scientifique, en deux parties bien équilibrées. Première partie : notre pays a réussi à intégrer dans sa législation interne les garanties prescrites par le droit international en matière de droits humains fondamentaux : impartialité du juge, droits de la défense, interdiction de la torture, liberté de la presse, droit à l'enseignement, au travail, aux soins de santé, etc. Seconde partie : malheureusement, la réalité du terrain montre qu'il n'en va pas ainsi : intimidation de l'opposition, censure de la presse indépendante, disparitions arbitraires, analphabé-

(3) V. p.ex. au Cameroun, la loi n° 2008/001 du 14 avril 2008 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972. La question s'est posée au Gabon, avant le décès (2009) du président Bongo; elle se pose actuellement au Niger.

tisme, corruption des magistrats, détentions préventives indéfinies sans intervention du juge d'instruction, pillage de l'environnement, etc. Ici encore se lève la question : à quoi rime cette forme juridique qui ne mord pas sur la réalité sociale?

Entendons-nous. Aucun système juridique ne peut se targuer d'obtenir l'effectivité totale de ses normes. En chaque pays se commettent en effet quantités d'infractions à la loi civile, pénale, sociale ou fiscale. Mais la 'croyance' commune, en Europe par exemple, reste bel et bien que force doit rester à la loi contre toutes les violations qui lui sont infligées. Car il est, pense-t-on, indispensable d'assurer sans relâche le primat de la norme sur l'exercice de quelque pouvoir que ce soit, public ou privé, du juge ou du créancier, du policier ou du propriétaire, du banquier ou du directeur de prison, de l'employeur ou du président de la République. Sans ce souci constant d'application, la norme n'est plus la norme. Or, en plusieurs ordres juridiques africains, aux yeux de l'observateur européen du moins, tout se passe comme si la norme, une fois édictée, remplissait d'elle-même les conditions de validité du droit, sans qu'il apparaisse trop nécessaire de travailler à la rendre effective à l'encontre des acteurs sociaux qui se permettent de l'enfreindre. Mais dans ce cas, sommes-nous bien sur la même longueur d'ondes lorsque, entre cultures différentes, nous employons le même mot 'droit'?

Que s'est-il donc passé pour qu'on en arrive à une telle tension? Certes, une explication désobligeante à l'égard des Africains consisterait à dire que, nouvelles venues sur la scène de la Modernité, les populations anciennement colonisées ne sont pas encore arrivées au stade évolué des progrès occidentaux du droit ni à la prise de conscience de l'universalité des droits de l'homme. Mais cette lecture ethnocentrique ne ferait qu'accabler inutilement un continent déjà passablement marginalisé, exploité et humilié depuis le temps de la colonisation. Pour prendre une meilleure mesure de la situation en cours, ne conviendrait-il pas plutôt de creuser davantage le terrain juridique pour savoir plus précisément de quel endroit jaillissent dans les étiages européens ou les nappes phréatiques africaines ce qu'il est convenu d'appeler les *sources* du droit? En Europe ou en Afrique, que peut-on d'abord désigner

comme étant cette ‘source’ qui fait droit dans le droit? Que peut-on ensuite retenir de la comparaison d’un continent à l’autre?

## §2. — *Le droit africain traditionnel*

Dans la mesure où le droit se caractérise par la superposition d’un devoir-être (le célèbre *Sollen* kelsénien, bien connu des philosophes occidentaux du droit) en surcroît de la simple analyse de l’être (*Sein*), il importe d’explorer, sur la terre africaine, le lieu d’origine de l’obligation juridique. Or, dans la société traditionnelle dite holiste, cette ‘source du droit’ ne semble pas connaître sa propre différence d’avec l’impératif moral ou l’oracle religieux, contrairement à l’expérience des sociétés sécularisées qui ont délimité, elles, un champ propre au droit. C’est que, sur la terre africaine, la vie trouve en elle-même son propre devoir-être, invoquant globalement, dans la nécessité de sa persistance, les contraintes de la nature, la volonté des ancêtres et la puissance de la divinité. Le groupe, expérimentant la mortelle fragilité de la vie, se tourne en effet vers son origine immédiate, à savoir la puissance des ancêtres et, plus lointainement, celle du divin, pour savoir comment conjurer les maléfices porteurs de mort et continuer à jouir de cette vie dont ces puissances sont la mystérieuse origine. La source du droit, peut-on dire, se situe en cette continuité où les ancêtres, qui ont reçu de l’Esprit divin la puissance de donner la vie, sont aussi les guides spirituels de cette société qu’ils ont engendrée. Pour rester sous cette puissance de vie reçue de leur part, les habitants du village devront donc suivre la volonté des habitants de ce monde invisible.

Un européen, découvrant dans cette référence foncière à la vie la source intime de la loi, pourrait peut-être se demander s’il ne retrouve pas ici l’état que Hobbes appelait ‘de nature’. En réalité, la comparaison est hasardeuse car, dans l’état de nature hobbesien, la loi naturelle qui s’impose aux humains porte certes d’abord sur la conservation de la vie, — objectif qui autorise d’ailleurs la revendication de tous les droits au bénéfice de chaque sujet —, mais cette source vitale n’est référée qu’à l’individu lui-même, proprement isolé dans un état qui n’a encore rien de social. C’est dans une deuxième étape seulement que, pour l’auteur du *Léviathan*, les sujets suivront cette autre loi de nature qui, pour mettre fin à la mortelle ‘guerre de chacun contre chacun’, leur ordonne d’admet-

tre, par le contrat social, la renonciation simultanée à leurs droits au bénéfice du Monarque<sup>(4)</sup>. Mais un tel artifice contractuel ne se retrouve en aucune manière sur la terre africaine, car si la vie y est sacralisée en tant que référence dernière de l'obligation, cette puissance vitale dépasse tout de même d'emblée le souci de la seule personne individuelle pour emporter dans son courant non seulement toutes les générations humaines passées mais encore la création en tous ses règnes, minéral, végétal, animal. Alors que Thomas Hobbes avait cru utile de supposer, pour justifier l'obligation proprement juridique, un état de nature qui ne connaîtrait d'emblée aucun lien à autrui, la société traditionnelle africaine repose, elle, sur un 'état de nature' immédiatement social puisque, — c'est trop clair —, la vie des humains ne peut provenir que de leurs ancêtres. Ce lien aux ancêtres, eux-mêmes d'ailleurs figures médiatrices d'une force divine inconnaissable, se laisse découvrir de la sorte comme l'origine de toute obligation, religieuse, éthique, ou encore juridique.

Ainsi la coutume est-elle appelée à régir tous les aspects de la vie sociale. Les relations familiales seront rigoureusement contrôlées par les anciens puisqu'il s'agit d'y transmettre la vie qui vient du fond des âges. Le chef de la tribu sera entouré du profond respect dû aux personnages sacrés puisqu'il entretient un contact privilégié avec le monde spirituel des ancêtres et des esprits. La terre, source de vie, sera propriété des ancêtres qui lui garantiront sa fécondité : n'est-ce pas en son sein, en effet, qu'ils sont inhumés ? C'est leur accord qu'il faudra obtenir, au moyen de sacrifices divinatoires, avant de concéder un terrain à la famille nouvellement arrivée au village. C'est aussi avec la terre des ancêtres que le nouveau-né aura un contact privilégié dans les rites de la naissance. Quant au contrat, on peut l'envisager comme cette forme d'obligation par laquelle deux familles s'engagent chacune envers ses propres ancêtres à livrer une chose ou à accomplir une prestation au profit de

(4) Cf. Th. HOBBS, *Léviathan; traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile* (1651), en particulier les chapitres XIII ('De la condition naturelle des hommes en ce qui concerne leur félicité et leur misère') et XVII ('Des causes, de la génération et de la définition de la république'), trad. Fr. Tricaud, Paris, Sirey, 1971.

l'autre famille<sup>(5)</sup>. A côté de ces domaines dits civils, les matières dites pénales relèvent également de la juridiction des ancêtres puisque tout crime provoquera leur colère, et que la famille, solidaire, s'acquittera alors des sacrifices nécessaires pour retrouver la paix.

Ici s'amorce le propos que nous voulons tenir sur le masque car, si les auteurs qui ont étudié la tradition négro-africaine ne se trompent pas, cet objet profondément significatif de la culture africaine qu'est le masque traditionnel pourrait être tenu, du moins dans le vocabulaire européen, comme rien moins que l'expression voire l'incarnation de la source suprême du droit. Ainsi, à propos de la police de l'ordre social, Roger Dorsinville écrit : «l'oeil public des Anciens est toujours ouvert sur le village et, du conseil de famille à la palabre judiciaire, chacun connaît ses droits et les ressorts qui en répondent, mais l'usage du masque est un recours solennel signalant le désordre comme une rupture d'harmonie avec le spirituel, (i.e. : l'esprit des mânes, la Tradition et finalement le royaume de Dieu). Il s'emploie contre les désobéissants»<sup>(6)</sup>. Même écho chez Christophe Wondji pour qui la fonction la plus significative des masques est le maintien de l'ordre dans toutes ses dimensions : cosmique, familiale, politique et sociale<sup>(7)</sup>. L'auteur poursuit sa réflexion en s'interrogeant sur ce besoin de recourir au

(5) V. là-dessus, par exemple, X. DJON, «Éléments de droit comparé pour une théorie générale des contrats coutumiers au Burkina», *Revue burkinabé de droit*, janvier 1985, pp. 17-40 et *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1985 (15), pp. 129-169.

(6) R. DORSINVILLE, «Mythologie du masque africain», *Ethiopiennes*, Revue socialiste de culture négro-africaine, n° 4, octobre 1975. Et l'auteur d'illustrer son propos par l'exemple du débiteur récalcitrant : «Le créancier l'a fait approcher par des tiers, sans résultat. Il s'est plaint en vain aux échelons divers de la famille et du clan. Enfin il s'est adressé aux Anciens qui lui ont répondu : 'Nous t'avons entendu; ne lui dis plus rien'. Alors, une nuit, peu après, la voix d'un agent masqué se fait entendre sur la place et dans les ruelles du village, enjoignant à toutes les mères de famille de sortir au petit matin leurs pilons et mortiers et de les entasser en un endroit désigné. 'Celui qui doit, qu'il paie sa dette', sinon le village 'ne mangera pas'. Le coupable n'a pas besoin d'être nommé désigné. Au jour, la pression sociale sur lui devient telle qu'il s'empresse de s'exécuter, en mobilisant, s'il le faut, sa famille solidaire.»

(7) Cf. Chr. WONDJI, «Les masques africains», *Ethiopiennes*, Revue négro-africaine de littérature et de philosophie, n° 61, 2<sup>e</sup> semestre 1998 (1948-1998 Cinquantenaire de l'Anthologie de la nouvelle poésie nègre et malgache de langue française de Léopold Sédar Senghor).

masque pour assurer le maintien de l'ordre. Sa réponse est claire : «Pour maintenir l'ordre dans la société et dans le monde, les hommes ont eu besoin de l'autorité des dieux, des esprits et des ancêtres. Les masques incarnent les dépositaires naturels et surnaturels de l'autorité. Ils fonctionnent donc comme les réceptacles du sacré et par conséquent comme les fondements de la loi, source de l'ordre et de la puissance. Ainsi la sacralisation de l'autorité à travers son investissement dans le masque, est-elle un moyen de lui assurer la légitimité et la puissance.»<sup>(8)</sup>

On aura remarqué, bien sûr, le caractère oral des sources du droit dans cette société traditionnelle. Le chef parle; les ancêtres parlent par la bouche des médiateurs qui peuvent saisir leurs intentions; les masques parlent également. La norme se répand oralement dans le cercle restreint du village, voire de l'ethnie où se partage la même langue. Transmise de bouche à oreille et de génération en génération, la norme garde son caractère de loi intérieure, de règle toujours vivante grâce au souffle de la parole qui l'énonce. Par contraste, la loi écrite bénéficie sans doute d'une large diffusion au-delà des frontières de l'oralité mais elle connote aussi nécessairement un aspect d'objectivité extérieure qui la détache des convictions intimes de l'esprit.

Au total, oralité, masque, ancêtres, coutume donnent ainsi à la source du droit traditionnel un caractère singulièrement impératif qui enserré chaque individu dans la loi du groupe dictée par le monde invisible.

### §3. — *Le droit du colonisateur*

Cette représentation africaine de l'obligation a subi, comme on sait, l'irruption de l'Occidental moderne venu coloniser le Continent noir. En y important sa puissance technique et militaire, en y imposant son système économique d'exploitation, le Blanc a introduit aussi sur la terre africaine sa philosophie et sa religion.

(8) Chr. WONDJI, *ibid.* L'auteur conclut : «Les masques apparaissent donc, en dernière analyse, comme des appareils idéologiques de la société traditionnelle africaine qui assurent la conservation de l'ordre naturel par la recherche des équilibres et la lutte contre l'anarchie. Ils expriment ainsi la situation de sociétés qui n'ont pas cherché à rompre la continuité primordiale entre le monde des hommes et celui des dieux, entre la nature et la surnature.»

Philosophie politique qui reconnaît l'État comme figure de la raison libérale chargée de veiller au bien commun; philosophie du droit où la loi est édictée par l'assemblée des représentants du peuple; religion chrétienne où l'espace divin se trouve élargi à la catholicité de l'univers entier.

A propos des sources du droit, on ne pouvait imaginer opposition plus flagrante. La brève évocation du contrat social a d'ailleurs déjà permis de l'apercevoir : au lieu d'un état d'emblée social du fait même de l'engendrement des membres du groupe par leurs ancêtres, voici 'l'état' de l'individu considéré 'de nature' comme replié sur son être solitaire, c'est-à-dire sur sa vie, sa liberté, son bien. A partir d'une telle perspective, le droit ne provient donc plus d'une tradition dont le bienfait s'attesterait dans l'existence même de la descendance qui la prolongerait, il émane purement et simplement de la décision que les cocontractants prennent en commun, en avant d'eux-mêmes, de sauvegarder par une autorité publique l'intégrité de leurs prérogatives privées. Dans la tradition, la loi se confondait avec la norme englobante — naturelle et surnaturelle à la fois — qui, de bouche d'ancien à oreille d'initié, régissait la vie du groupe; dans la modernité, par contre, la loi devient l'exception couchée avec précision dans l'écrit pour que chaque citoyen jouisse de ses libertés propres dans un climat de sécurité juridique. Alors que, en terre africaine, la norme était absolument nécessaire pour maintenir la cohésion du groupe, en terre européenne, c'est l'artifice du groupe qui s'avère nécessaire pour permettre la poursuite des destinées personnelles sous l'égide d'une loi devenue commune.

Cette dernière conception, née en Europe, se laisse comprendre comme le règne de la forme, illustré par le positivisme juridique. C'est que le droit, tel que le conçoit Hans Kelsen par exemple, ne se laisse expliquer ni par la force des rapports sociaux ni par la finalité des valeurs éthiques. Les relations nouées au sein de la société, en effet, s'avèrent radicalement incapables de produire le droit puisqu'elles ne relèvent que du fait; quant aux valeurs morales, en particulier la justice, elles se trouvent livrées à une telle diversité d'appréciations individuelles qu'elles ne rallient en aucune manière l'unanimité des citoyens et ne sont donc certainement pas en mesure de déterminer la loi juridique commune. D'où l'effort constant consenti par les juristes positivistes pour isoler le droit

dans la sphère (ou la pyramide) de la forme, figure géométrique qui tiendrait en tout cas par elle-même comme objet d'une 'théorie pure'.

D'où aussi la difficulté rencontrée par cette approche formelle de rendre compte de la diversité des 'sources' du droit. Même si notre propos concerne plus spécifiquement la situation du droit en Afrique, il n'est pas inutile d'allonger quelque peu le détour par l'Europe en rappelant la double question qu'y pose précisément le concept de 'sources', d'abord au sein du droit interne, puis dans le rapport au droit international. Un tel examen nous aidera, en effet, dans la réflexion ultérieure.

Les juristes reconnaissent sans réserve le pouvoir obligatoire des dispositions prises soit par le pouvoir constituant, soit par le pouvoir législatif, soit par le pouvoir exécutif. Ces lois, décrets, ordonnances et autres arrêtés forment en effet la 'loi' au sens matériel du terme, cette 'disposition générale' censée régir tous les cas particuliers. Mais l'expérience a montré les insuffisances de ce légicentrisme, sur plusieurs plans.

On se demande, d'abord, quelle place reconnaître à la coutume, cet usage suivi de longue date auquel les sujets se soumettent avec la conscience (la croyance) qu'il est obligatoire. On sait à quel point la question est cruciale en Afrique<sup>(9)</sup>. Les juristes occidentaux recourent au latin pour parler de la coutume conforme à la loi (*secundum legem*), ou contraire (*contra legem*), ou parallèle à elle (*praeter legem*). En tout cas, l'articulation de la coutume à la loi leur a toujours posé une question difficile, pour ne pas dire insoluble. Signe, en tout cas, que la plénitude du droit ne se trouve pas dans la seule loi écrite décidée à la majorité du peuple.

Ensuite, comment interpréter la loi? Comment la corriger lorsque son application mécanique aboutit à une solution inique? Comment combler ses lacunes lorsqu'elle n'a pas prévu la situation soumise au juge? Certes la loi prétend que si le juge refusait de juger l'affaire portée devant lui parce que, à son estime, la loi à

(9) V. p. ex. St. MELONE, «Le Code civil contre la coutume : la fin d'une suprématie», *Revue camerounaise de droit*, 1972, pp. 12 et s.; G.A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pedone, 1974; *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1, L'État et le droit, NEA, Abidjan, Dakar, Lomé, 1982.

appliquer serait silencieuse, obscure ou insuffisante, il n'invoquerait là que des 'prétextes'<sup>(10)</sup>, — affirmation qui revient à dire que la loi donne clairement toutes les solutions, mais les juristes savent tout de même que, en droit, il n'en va pas ainsi. L'équité corrige les solutions légales; les principes généraux du droit les élargissent. C'est donc que la loi n'a pas tout dit. D'ailleurs, qu'est-ce que la loi? Sa lettre, son esprit? On mesure là le rôle irremplaçable du juge qui ne peut nullement se contenter d'être la 'bouche de la loi'.

Sans en avoir le titre officiel, la jurisprudence devient de la sorte 'source de droit' ainsi que, dans son ombre, plus cachée encore, la doctrine<sup>(11)</sup>. On retiendra au moins de cette multiplication des sources que le droit ne se laisse pas enfermer dans un ordre donné ici et maintenant par le législateur, il s'appuie plutôt sur une rationalité formulée certes par la loi, mais déployée par le juge dans la diversité des affaires jugées, et mise en évidence par la doctrine qui y cherche la cohérence interne et la congruence avec les nécessités de la vie sociale. Plus profondément, on retiendra pour la suite du propos que, finalement, aucune source du droit ne peut se désigner elle-même comme telle.

Le même constat vaut au sujet des rapports entre le droit interne et le droit international public, véritable 'pont aux ânes' de la théorie du droit<sup>(12)</sup>. Car si le droit international l'emporte sur le droit interne, ainsi qu'on le reconnaît généralement dans la doctrine actuelle, ce droit 'supérieur' s'appuie tout de même sur la

(10) V. l'art. 4 du Code civil français : «Le juge qui refusera de juger, sous *prétexte* du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.» (nous soulignons).

(11) En comparant le droit à une pièce de théâtre, François Ost et Michel van de Kerchove assimilent le législateur à l'auteur, les citoyens aux acteurs et le juge au metteur en scène. Pour rendre compte de la discrétion de la doctrine, ils l'installent...dans le trou du souffleur (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, p. 43). Cette judicieuse comparaison ne doit toutefois pas induire en erreur : alors que le souffleur doit se contenter de suivre textuellement l'écrit, l'auteur de doctrine peut (et doit...) se permettre de lire les textes avec la liberté que lui confère sa propre intelligence du droit.

(12) Cf. Michel VIRALLY, «Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes» in *Mélanges Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p. 488, et X. DJON, *Droit naturel; les questions du droit*, Paris, PUF, 1998, p. 530 : l'un et le multiple.

vitalité des droits ‘inférieurs’ : en effet, il n’existe pas d’État mondial qui dicterait sa loi universelle à l’ensemble des sujets. Chaque nation constitue son ordre juridique propre, authentique source de droit, qui devra par la suite s’harmoniser avec les autres ordres selon les exigences du droit des gens. Ici encore, donc, rien de monolithique, mais plutôt une souplesse qui cherche à faire droit aux particularités des nations dans le concert international<sup>(13)</sup>.

Dans les rapports entre le droit international et le droit interne, comme au sein du droit interne lui-même, le droit ne se laisse donc pas enfermer dans une unique source d’où coulerait l’ensemble des dispositions juridiques. Il connaît, d’un côté comme de l’autre, une précieuse diversité de sources. Qu’en est-il en Afrique?

## SECTION II. — SOURCES ET MASQUES

Pour mieux cerner la crise que connaît l’Afrique à propos des sources de son droit, on voudrait comparer les traits du formalisme positiviste européen avec le droit traditionnel africain évoqué plus haut, explicitant quelque peu le regard que portent l’un sur l’autre les deux ordres juridiques. La confrontation de ces deux visions amène le théoricien à s’interroger sur l’essence du droit comme institution de formes de reconnaissance au croisement du pouvoir et de la croyance. Dans cette perspective, nous pensons que le droit africain doit prendre ses distances par rapport au modèle kelsénien.

### §1. — *Les regards croisés*

Que signifie, pour le fidèle observateur de la coutume traditionnelle négro-africaine, la double affirmation ‘européenne’ selon laquelle, d’une part les rapports sociaux ne seraient pas par eux-

(13) Le droit international privé manifeste lui aussi l’utilité de sauvegarder la pluralité des ‘sources du droit’ pour régler les situations dans lesquelles intervient un élément d’extranéité. A la thèse unilatéraliste qui veut régler une telle situation par la seule loi nationale qui a décidé de la régir (au risque d’aboutir soit à la carence soit au cumul), on préférera en effet la thèse bilatéraliste qui accepte d’analyser le conflit à partir des divers ordres juridiques mis en présence l’un de l’autre par delà leurs frontières. Selon cette seconde thèse, en effet, le droit se montre davantage affaire de raison que de pure volonté.

mêmes porteurs de droit, que d'autre part les valeurs morales qui finalisent la vie du groupe seraient laissées à la libre appréciation individuelle? On perçoit l'ampleur de l'écart. Dans la mesure, en effet, où le droit traditionnel se fonde dans la prévenance des ancêtres qui veillent à l'heureuse persistance de la vie, on imagine mal que des rapports sociaux puissent se nouer en un quelconque endroit de la forêt, du village ou de la parcelle entre les membres de l'ethnie sans que lesdits ancêtres aient eu l'œil sur eux, sans donc que la norme se soit imposée aux sujets ainsi mis en rapport. On imagine mal, de même, que cette norme venue de la tradition qui a réussi à maintenir le groupe en vie laisse aux sujets individuels la liberté d'apprécier les finalités qui doivent polariser la vie de ce groupe, comme si le choix des valeurs de tous pouvait être abandonné à l'arbitraire de chacun. Non, les ancêtres ont toujours été là puisqu'ils sont à l'origine de l'ethnie; ils ont aussi toujours indiqué aux chefs les lois de la survie du groupe. Alors que l'Occidental a réussi à isoler, dans le droit, le pôle formel de la légalité par rapport à ses autres pôles, — de l'effectivité dans l'ordre du fait, de la légitimité dans l'ordre de la valeur —, la tradition africaine a toujours, dans une perspective holiste, superposé ces deux pôles extrêmes de la validité juridique<sup>(14)</sup>. Le groupe étant ce qu'il est, les ancêtres étant ce qu'ils sont, les dissociations ne sont pas pensables. On peut en conclure que le pur règne positiviste de la forme juridique ne correspond en aucune manière à l'expérience que l'Africain a faite en matière de droit.

Dans ces conditions, il devient légitime de se demander ce que représentent l'un pour l'autre, — pour l'Européen et pour l'Africain —, les conceptions respectives qu'ils se font du droit et de ses sources. Que signifie pour le colonisateur européen cette coutume ancestrale si ancrée dans la globalité sacrée de la nature, de l'ethnie, et du monde invisible? Que signifie, à l'inverse, pour le fidèle

(14) Sur la décomposition du concept de validité juridique dans les trois cercles de la légalité, de l'effectivité et de la légitimité, v. Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del derecho*, Mexico, Porrúa, 1974, pp. 507 et s. où l'auteur distingue trois cercles sécants: du droit reconnu par les pouvoirs publics (légalité), du droit réellement en vigueur (effectivité) et du droit intrinsèquement valide (légitimité). V. aussi l'ouvrage déjà cité de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1987.

observant de la tradition africaine, cette ‘théorie pure’ occidentale dans laquelle la légalité recherche la perfection de sa forme?

Pour le Blanc, au temps de la colonisation, la coutume du Noir devait sans doute être respectée, mais comme un type de droit qui n’a pas eu l’occasion d’évoluer vers la Modernité. La survie du droit traditionnel permettait de maintenir l’ordre dans une population qui ne connaissait de toute façon pas d’autre loi, pourvu seulement que cette tradition coutumière restât subordonnée au droit produit par les institutions propres du colonisateur : ordonnances du Gouverneur, jurisprudence des tribunaux de droit écrit, etc. Il n’aurait servi à rien, en effet, de bouleverser des croyances mythiques qui enraccinaient l’ordre social dans des arrières-mondes dont certes le Blanc n’avait cure, mais qui comptaient le grand avantage de maintenir l’ordre social dans les populations colonisées. Ne se disait-il pas, en effet, dans les villages, que les ancêtres veillaient eux-mêmes au respect des normes en sanctionnant par des maladies, des accidents et toutes sortes d’autres maux les violations de leurs volontés?

Or, déjà à l’époque, le Blanc savait que le progrès de l’histoire se trouvait dans son camp, c’est-à-dire dans la loi formulée à hauteur seulement humaine<sup>(15)</sup>. Lui-même, en effet, avait connu l’enracinement de ses ordres juridiques dans une référence sacrée, par exemple le droit naturel de S. Thomas d’Aquin ou la monarchie absolue de droit divin. Mais les Lumières l’ont éclairé sur la manière dont il faut comprendre, en raison, l’homme et la société. La loi ne provient plus d’un arrière-monde, désormais démythifié; elle est formulée par et pour des citoyens égaux et libres, en visant précisément les meilleurs moyens de préserver cette liberté et cette égalité et en prévoyant elle-même les sanctions de sa violation.

Comment pouvait réagir l’Afrique en face d’un tel apport? En philosophie du droit comme en de nombreux autres domaines, la voici mise en crise. Les peuples colonisateurs ont pris le pouvoir sur sa terre; le prendront-ils aussi sur ses mentalités et sa culture? Puisque les Européens ont réussi à imposer leur domination sur

(15) Sur les réticences des autorités coloniales à admettre la persistance de la coutume, v. G.A. KOUASSIGAN, *op. cit.* : «L’échec de la politique juridique d’assimilation à outrance n’a cependant pas détruit chez le colonisateur français la volonté d’étendre à l’Afrique noire le bénéfice de sa propre loi. A l’assimilation outrancière et imposée se substitue l’assimilation suggérée.» (p. 17).

tous les plans, militaire, politique ou économique, ne faut-il pas que les populations colonisées cherchent à connaître les secrets de leur pouvoir supérieur? Mais pour en tirer quel parti? Les opinions sont partagées, tiraillées.

Comment le Noir pourrait-il jamais accueillir et adopter les façons de faire et de penser du Blanc qui s'est rendu coupable de tant d'exactions et d'humiliations sur la terre africaine? Par ailleurs, comment les peuples d'Afrique pourraient-ils, à moins de se condamner à rester en position d'esclaves ou de dominés, se passer de cette puissance qui les a eux-mêmes subjugués? Ainsi écartelés entre la haine de cette maîtrise qui crée une situation si humiliante de dépendance, d'une part, l'attire à l'égard du savoir-faire qui parvient à conférer tant de pouvoir et de richesse, d'autre part, les Africains cherchent à sortir de ce que le romancier sénégalais Cheikh Amidou Kane appelait 'l'aventure ambiguë', aspirant à retrouver, dans le contexte postcolonial, leur identité propre. En cette quête, quel sort pouvaient-ils réserver au droit moderne?

Pour répondre à cette question, centrale pour notre propos, risquons l'hypothèse que les Africains ont fait de ce droit moderne un nouveau masque. Ainsi le droit conçu dans les formes de la rationalité occidentale serait utilisé par eux en quelque sorte comme un déguisement posé sur leur visage. Dans quel but? Non plus, comme dans l'emploi du masque traditionnel, pour donner plus de force à la volonté des ancêtres mais, plus prosaïquement, pour faire désormais 'bonne figure' à l'égard des peuples des autres continents qui semblent avoir tous adopté également ces formes occidentales du droit.

Ainsi, du seul fait d'avoir inscrit dans son ordre juridique par exemple le mariage monogamique, le titre foncier, le multipartisme, l'égalité de la femme, le monopole pénal de l'État, le bicaméralisme, l'autonomie contractuelle des volontés, la sécurité juridique, l'impartialité du juge, les droits de la défense et, d'une manière générale, tous les droits de l'homme, tant civils et politiques qu'économiques, sociaux et culturels, un pays africain peut s'avancer dignement sur la scène internationale : ce pays fait partie du concert des 'nations civilisées', il est reconnaissable comme 'un des nôtres'. N'est-ce pas d'ailleurs en cette reconnaissance-là que réside l'essentiel du droit?

L'hypothèse ici proposée du droit occidental utilisé comme masque en Afrique pourrait paraître vexatoire à l'égard des populations qui agiraient ainsi. Veut-on condamner, demande-t-on, dans le chef de l'Africain, une duplicité qui l'amènerait à mentir sur les traits de son propre visage? Avant de lancer pareille accusation, il importe en tout cas de réfléchir plus profondément sur la fonction du droit dans nos sociétés.

## §2. — *Le masque du droit*

Entre le droit et le masque, en effet, le rapport n'est pas nécessairement celui de la duplicité : le droit n'est-il pas masque lui-même? On voudrait le rappeler par trois voies différentes, à propos d'abord du concept de *personne*, ensuite de l'exercice du *pouvoir*, enfin de l'effet de *croiance*.

On ne saurait exagérer l'importance de la personne en droit occidental puisque ce concept désigne, — tant au singulier de la personne physique qu'au pluriel de la personne morale —, l'entité de base de tout le commerce juridique. Or, selon l'étymologie, la 'personne' est le masque de théâtre que les Grecs appelaient *prosôpon* pour signifier qu'il se met devant (*pros-*) le visage (*-ôpon*) et que les Latins appelaient *persona* pour expliquer que c'est par (*per-*) la bouche agrandie du masque que la voix, le son (*-sona*) de l'acteur se faisait entendre. Comme masque, la 'personne' exerce ainsi une double fonction, de reconnaissance et de communication, c'est-à-dire qu'elle remplit le rôle même du droit.

Sur la scène sociale comme sur le plateau du théâtre, en effet, il n'est pas utile de connaître les traits individuels de chaque acteur/sujet : il suffit qu'il soit possible de le reconnaître, soit, au théâtre antique, comme tel personnage de tragédie ou de comédie dont il porte le masque, soit, en droit moderne, comme l'acheteur, le contribuable, l'époux ou le prévenu que le droit a qualifiés tels. C'est que le droit, discipline éminemment sociale, n'entre pas dans l'intimité de la personne. Il donne, de l'extérieur, les formes qui permettent de reconnaître autrui dans une relation déterminée, — relation nouée avec le pouvoir en droit public, avec les autres citoyens en droit privé —, mais il se garde d'entrer dans la conscience en laquelle les humains se jugent eux-mêmes par eux-mêmes. Il n'y a donc pas lieu de s'émouvoir à l'excès d'un quelconque rapprochement entre le droit et le masque. D'ailleurs, ne

serait-ce que par tout son jeu de fictions et de présomptions, le droit sait pertinemment qu'il n'a pas pour but d'atteindre la vérité dernière des êtres; il doit seulement organiser leur vie en commun.

L'organiser selon quels repères? Le droit s'énonce sans doute dans le but de réaliser les valeurs morales jugées communes par les citoyens, nous y reviendrons, mais il ne faut pas oublier qu'il s'énonce à partir du *pouvoir* dont la société dispose. Car la loi est formulée, exécutée et appliquée par les autorités publiques. Or le pouvoir suppose la souveraineté de la société où il s'exerce. Mais peut-on dire que les sociétés africaines jouissent effectivement de l'indépendance qu'elles affichent formellement depuis la fin officielle de la colonie? Certes, le droit est essentiellement formel: il est donc exact d'affirmer que les pays africains sont juridiquement indépendants. Mais derrière les masques juridiques qui permettent la reconnaissance se tient toujours le pouvoir qui institue précisément les formes du droit. Répétons donc la question: de quel pouvoir jouit le pouvoir en Afrique? Quelle est son autonomie politique, économique, culturelle? Or si le pouvoir ne jouit pas de l'autonomie effective nécessaire à la mise en œuvre de son indépendance formelle, faut-il s'étonner qu'il n'ait pas d'autre choix que d'adopter, mais comme un masque qui n'est pas fait pour lui, les formes du droit occidental, en ce compris l'universalité des droits de l'homme?

Cette pression du Nord sur le Sud peut s'exercer sur le mode de la contrainte politique ou économique: l'ouverture des marchés, l'aide militaire, le soutien au régime servent ainsi de monnaie d'échange à l'adoption de telle disposition à l'intérieur de l'ordre législatif de tel pays africain. Voilà pour la loi. Mais l'influence peut jouer aussi sur le plan culturel à propos, par exemple, de la jurisprudence ou de la doctrine. Pourquoi les juges des anciens pays colonisés se sentent-ils parfois obligés de se référer, plus de quarante ans après les Indépendances, à la jurisprudence en vigueur dans les cours et tribunaux de la Métropole? Pourquoi la doctrine se montre-t-elle si peu créative dans la recherche de solutions propres au continent africain?<sup>(16)</sup> Certes, les pays occiden-

(16) V. là-dessus le constat de carence dressé par P.-Et. KENFACK, « Doctrine et création du droit privé au Cameroun », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2005-4, p. 2455.

taux ont développé, en matière de droit écrit, une très grande expertise qu'il vaut la peine de mettre à profit dans la formation des juristes africains, mais le danger est grand de voir se poursuivre par le biais de ce mimétisme la démission de souveraineté qui caractérisait l'époque de la colonisation. A ce compte-là, l'Afrique risque de porter longtemps encore un masque qui ne lui convient pas.

Toujours à propos du masque, il faut encore évoquer la *croynance*. Non pas celle qui entoure le masque traditionnel africain censé rapporter la voix des ancêtres, mais celle que mobilise Hans Kelsen dans sa 'théorie pure du droit'. La question, on s'en souvient, concerne la différence entre l'ordre imposé sous la menace de la force (du voleur par exemple) et l'ordre donné par la norme juridique (invoquée, ici, par le gendarme). La réponse est que, à la différence de la première, la seconde injonction s'appuie sur une norme supérieure, laquelle trouve elle-même dans une norme encore supérieure le fondement de sa juridicité. En remontant de la sorte la pyramide des normes, le juriste positiviste rencontre fatalement la nécessité de justifier la juridicité de la dernière d'entre elles, posant ainsi la question radicale de la source : qu'est-ce qui fait droit dans le droit? On connaît sa réponse : il faut supposer, au-dessus de la dernière norme (de droit constitutionnel ou de droit international, nous reviendrons ultérieurement sur ce point) posée au sommet d'un ordre juridique efficace en gros, une norme dite fondamentale qui se résume à intimer l'ordre d'obéir à cette norme ultime et, par là, à toutes les dispositions qui, en cascade, fondent sur cette norme leur caractère juridique.

Cette construction formelle de Kelsen se justifie sans doute par son présupposé déjà énoncé, à savoir l'abstraction du droit tant à l'égard des rapports de force qu'envers la quête morale de justice, mais on en perçoit aussi le caractère singulièrement tautologique. D'où vient, en effet, qu'il faut croire le droit obligatoire sinon du simple fait, — attesté par l'effectivité 'en gros' du système —, qu'on le croit obligatoire? Alors même qu'il pensait avoir évacué le règne du fait hors de l'empire du droit, Kelsen l'a, en réalité, puissamment réintroduit dans sa 'théorie pure' puisque la norme fondamentale ne sera supposée au-dessus de l'ordre juridique que si les diverses dispositions de cet ordre sont effectivement respectées, au moins globalement, par les sujets qui croient devoir s'y

conformer : la plupart des dettes sont payées, la plupart des infractions sont poursuivies, bref la plupart des lois sont respectées. Ainsi, alors que les diverses normes échelonnées sur la pyramide se justifient en cascade par une proposition de droit, c'est-à-dire la norme immédiatement supérieure, la norme fondamentale (supposée) se justifie, elle, par le seul fait de l'obéissance effective aux normes (posées). Que manifeste cette circularité du raisonnement sinon un phénomène de croyance : l'obéissance aux normes juridiques se justifie par la croyance qu'elles sont juridiquement obligatoires.

Par là, ne peut-on dire que la *Grundnorm* supposée se rapproche curieusement du masque traditionnel? Au village, en effet, les sujets et les familles vont respecter leurs obligations juridiques parce que, en dernière instance, les ancêtres, s'exprimant par le masque, auront engagé leur autorité en cette obéissance. Effet de croyance! diront les Blancs, sceptiques à l'égard du monde invisible. Mais la pyramide kelsénienne ne repose-t-elle entièrement sur une supposition aussi peu visible que les esprits de la savane ou de la forêt? N'est-ce pas, en effet, la croyance dans le caractère obligatoire des normes qui leur donne leur qualité proprement juridique?

### §3. — *Un modèle inapproprié*

Etrange condition du droit! Pour les besoins de l'identification et de la communication, il a inventé la 'personne', ce masque qui permet la reconnaissance mutuelle des sujets. S'est alors posée la double question : qui impose le masque à qui? Et au nom de quoi? Le rude exemple de la colonisation a montré en effet qu'une société déterminée ne choisit pas toujours elle-même le masque juridique qui permet aux sujets de se reconnaître en son sein. Affaire de pouvoir, donc. Mais pas seulement, car il a fallu encore justifier cet emploi de la forme juridique. A cet égard, la comparaison du masque traditionnel et de la *Grundnorm* kelsénienne a montré que le droit est aussi nécessairement affaire de croyance, d'un côté croyance mystique dans la présence de ces guides spirituels que sont les ancêtres, de l'autre, postulat quant au caractère obligatoire de la dernière norme posée par le pouvoir. Dans un cas comme dans l'autre, donc, il a fallu que le droit cherche, au-delà du fait, ses propres sources.

Puisque le droit fabrique ainsi ses masques par la double référence au pouvoir politique qui l'énonce et à la croyance qui le légitime, qu'en est-il du droit africain? Nous avons décrit quelques-uns de ses tiraillements. Comment résoudre cette crise africaine des sources du droit? En négatif, nous voulons confirmer que cette crise ne se résoudra pas par la référence au modèle kelsénien de la 'théorie pure du droit', au moins pour trois raisons: à cause d'abord de la contradiction interne de ce modèle, ensuite de son écrasement des particularités, enfin de son agnosticisme quant aux valeurs.

La contradiction apparaît de l'exposé antérieur tenu sur la norme fondamentale. Cette norme supposée, rappelons-le, permet au juriste positiviste de considérer le droit comme un ordre seulement formel. D'où l'intérêt apparent que représente cette norme vide ('obéis à la première norme posée!') dans la justification de n'importe quel système juridique et donc, — pourquoi pas? —, du droit moderne africain. Masque pour masque, en effet, pourquoi ne pas adopter cette croyance-là qui valide en cascade les dispositions écrites ordonnatrices de toutes les relations juridiques nouées dans le pays?

Sans revenir sur l'antinomie d'une théorie de la normativité juridique qui se veut au départ pure de tout fait et qui finit tout de même par reposer entièrement sur le fait même de l'obéissance effective à ladite norme, on retiendra ici la tentation que représente la fascination de l'ordre formel lui-même. Alors que Kelsen, nous l'avons vu, ne peut absolument pas justifier la validité du droit par sa seule forme, sa théorie induit cependant la fausse croyance que le droit se résumerait au caractère cohérent de sa légalité formelle. Or l'Afrique ne souffre-t-elle pas gravement, précisément, de ce culte de la forme juridique? Nous avons remarqué, d'entrée de jeu, l'écart flagrant qui sépare la norme théorique déposée dans les codes d'une part, les pratiques, coutumières ou autres, de la population d'autre part. Mais d'où vient que l'on continue à appeler 'droit' des dispositions qui ne manifestent aucune 'vigueur' pour ordonner le comportement concret des citoyens? L'erreur ne provient-elle pas justement de cette philosophie positiviste qui, non seulement enferme le droit dans la légalité mais, en outre, se montrant en ce travers plus kelsénienne que Kelsen lui-même, ne se soucie même pas de son effectivité?

La deuxième difficulté que pose la référence à Kelsen concerne l'articulation déjà évoquée entre le droit interne et le droit international. La question, rapidement évoquée plus haut, se présente ainsi : si la norme juridique est valide à condition de trouver dans une norme supérieure le fondement de sa juridicité, à quel sommet pouvons-nous arrêter l'escalade des normes posées (étant entendu que, au-dessus encore de cette norme-là, la *Grundnorm* sera supposée enjoindre la soumission à cette dernière norme)?<sup>(17)</sup> Dans un premier temps, H. Kelsen a opté pour la Constitution de chaque État : n'est-ce pas cette loi suprême en effet qui, en organisant tous les pouvoirs constitués, rend obligatoire l'ordre juridique subséquent? Mais se pose alors la question redoutable du rapport que noueront entre eux ces ordres juridiques souverains au sein de chaque nation. Si chacun d'eux ne part que de sa subjectivité nationale, ne devra-t-il pas soumettre à sa propre norme fondamentale la juridicité des dispositions, soit des différents droits étrangers en droit international privé, soit du droit des gens dans l'organisation de l'ordre international? Pour éviter ce subjectivisme qui risque de menacer la paix mondiale, Kelsen choisit, dans un second temps, de soumettre tous les ordres juridiques nationaux à l'objectivité du droit des gens. La norme internationale (coutume, traité) devient ainsi la dernière norme posée qui, par délégation, fonde la juridicité de chaque ordre juridique national.

Un tel choix sert-il la cause du droit africain? On peut en douter. Certes, l'harmonie internationale demeure-t-elle un précieux bien, en Afrique comme ailleurs, mais alors que le Continent noir apparaît si souvent marginalisé par rapport au reste du monde, ne convient-il pas d'insister davantage aujourd'hui sur la mise en évidence de la spécificité africaine plutôt que sur une norme universelle qui régirait l'ensemble du monde? En raisonnant dans les termes d'un ordre juridique mondial, Kelsen n'écrase-t-il pas les

(17) Kelsen pose, on le voit la question dans les termes du monisme : toutes les normes juridiques doivent être hiérarchisées. L'auteur de la 'théorie pure du droit' ne peut admettre en effet les thèses 'dualiste' ou 'pluraliste' qui acceptent une non-subordination les unes aux autres des normes de droit interne et de droit international. Reste alors à savoir quel monisme adopter : de la primauté du droit interne ou de celle du droit international? V. là-dessus H. KELSEN, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1926, IV, pp. 231-237.

particularités nationales qui devraient pourtant faire entendre leur voix spécifique dans le concert des nations? Rien ne dit en tout cas que la norme mondiale placée au sommet de la pyramide kelsenienne serait plus vertueuse que la globalisation actuelle qui néglige tant les intérêts des pays techniquement non développés.

L'agnosticisme affiché par la 'théorie pure' quant aux valeurs morales, — troisième difficulté —, ne s'avère pas plus prometteur pour les théories africaines du droit. Car la tautologie reconnue plus haut, — la norme qui *doit être* tenue pour obligatoire *parce qu'elle est* tenue pour obligatoire —, provient en droite ligne de l'individualisme inhérent au contrat social. A partir du moment, en effet, où le point de départ de la philosophie du droit se situe dans la seule sauvegarde du bien individuel sans que le lien social lui-même apparaisse comme 'bon', le choix des valeurs morales sera laissé entre les mains de chaque individualité. D'où l'éclatement des valeurs en ce qu'on a nommé le 'pluralisme éthique'. Comment affronter dès lors l'impossibilité de placer une valeur éthique commune à la source de la norme juridique? Pas autrement, selon Kelsen, qu'en isolant radicalement l'élaboration du droit d'une quelconque référence à l'objectivité d'une nature humaine ou aux impératifs d'une justice qui s'imposerait à tous. L'opération donne ainsi naissance à la tautologie susdite.

Mais, ici encore, l'Africain s'y reconnaît-il? Lui qui a placé d'emblée le divin, par delà les ancêtres, comme la source la plus profonde de la vie et de l'ordre, admettra-t-il que la loi ne provienne que de la décision humaine coupée de toute recherche du bien? Le lien social attesté par la puissance même de la vie reçue parce que transmise ne représente-t-il pas lui-même cette valeur d'emblée commune qui fonde la juridicité des normes du Continent noir? Dans ces conditions, la transcendance qui surplombe l'ordre juridique ne serait-elle que la loi formelle et vide supposée valider les commandements qui n'émanent que de la décision de l'homme?

Au total, le modèle positiviste qui isole l'ensemble des formes du droit sous une norme tautologique ne correspond guère aux besoins du droit africain. Ce modèle aggrave d'abord la tentation, ressentie en plus d'un coin de la terre africaine, de considérer le droit comme un jeu formel, — un masque —, qui se suffirait à lui-même; il induit ensuite la représentation d'une soumission de tous

les ordres juridiques à une norme mondiale qui, ne faisant pas assez droit aux spécificités des nations, risquerait ainsi d'accentuer la marginalisation des plus négligées d'entre elles; *last but not least*, il se coupe par méthode de l'adhésion vitale du groupe à son propre lien social estimé comme bon et, par là, vécu comme source de toute force obligatoire du droit. Au rebours d'un tel modèle, n'est-ce pas par la reconnaissance, en ses propres sociétés, de la place des pouvoirs et des croyances que l'Afrique pourra connaître un droit réellement approprié?

### SECTION III. — L'APPROPRIATION DU DROIT

Nous entendons une telle appropriation au double sens d'un droit qui s'ajusterait aux réalités de la vie sociale sur la terre africaine (*il* leur est approprié) et qui, en même temps, serait le bien propre de l'Afrique (*elle* se l'est approprié). En cette recherche, qui ne peut d'ailleurs être menée jusqu'au bout, — à peine de contredire le présent propos —, que par les juristes africains eux-mêmes, on évoque d'abord les dimensions du travail à mener sur le droit, ensuite l'universalité des droits de l'homme, enfin le visage de l'Afrique.

#### §1. — *Le travail du juriste*

Pour le dire d'emblée, il importe de situer le droit dans l'ensemble de la destinée humaine. L'empire des juristes est certes celui de la forme mais cette forme juridique n'est jamais cultivée pour elle-même : elle poursuit un but qu'il faut évaluer; elle prévoit des dispositions que l'autorité doit rendre effectives. Dès lors, par exemple, l'enseignement du droit ne peut se contenter d'énoncer les prescriptions légales en s'abstenant d'indiquer où elles vont et d'où elles viennent. De même qu'un diplôme universitaire n'est pas une fin en soi, mais l'attestation d'une réelle compétence qui valorise son titulaire et garantit la qualité de son travail futur, ainsi la norme juridique ne constitue pas non plus un objectif en soi. Cette règle existe pour 'régler', précisément, c'est-à-dire pour orienter les faits de la société dans le sens, — on l'espère du moins —, d'une plus grande justice. Le droit, en effet, entend avoir prise sur la vie sociale, d'ailleurs en ses différents aspects tels que les relations

familiales, la circulation des biens, la réparation des fautes, le travail, le maintien de l'ordre, l'administration, la relation aux autres États, etc. Il importe donc de saisir le pourquoi de ses dispositions : quelles valeurs visait-on ? Quels problèmes furent rencontrés ? Quels obstacles empêchent leur complète effectivité ? Etc.

Même si les juristes sont réputés avoir la plume alerte et la parole facile, leur travail ne se confond pas avec la littérature. On ne lit donc pas un texte de droit comme on lit un roman. On le lit pour savoir à cause de quoi, en vue de quoi, et comment ce texte entend régir les rapports sociaux. Sinon, le droit enseigné et répété sans prêter attention à son effectivité sociale ne sera jamais qu'un masque, au sens péjoratif du déguisement formel qui empêche plus qu'il ne permet la reconnaissance mutuelle des citoyens. Après l'image du masque, celle de l'arbre : s'il se réduit à son tronc, le palmier meurt. Ainsi le droit, comme l'arbre, a besoin de racines qui lui permettent de plonger dans le terreau social pour en puiser la substance, comme il a besoin également de palmes pour recueillir dans les valeurs éthiques qui le finalisent l'éclat de sa lumière. On comprend alors que les juristes ne peuvent se contenter de décrire le masque juridique (ou le tronc législatif), il faut encore voir comment le droit est approprié (adapté et fait sien) par les acteurs en présence. Ainsi, il est bon d'examiner comment le juge confronte la loi avec les faits soumis à son jugement puis comment, passant sans cesse de celle-là à ceux-ci, il dit, à l'aide de la loi, le 'droit' de cette situation. Il importe que, à leur tour, les auteurs de doctrine interrogent la loi puis la jurisprudence, soit pour signaler les incohérences ou les lacunes du système juridique, soit pour suggérer une interprétation nouvelle des textes, soit encore pour appeler une modification législative, bref, pour prolonger les racines et les palmes du tronc juridique afin que, vraiment, le droit remplisse son rôle normatif. En analysant la forme juridique (qui constitue son domaine propre), le juriste restera ainsi attentif aux tensions sous-jacentes à cette forme : tensions politiques puisque le droit est formulé par le pouvoir, tension éthique puisque le droit vise la réalisation d'une valeur morale.

Quant à ce dernier point, la confrontation du texte de droit aux impératifs moraux mérite un examen attentif. Que signifie, par exemple, la responsabilité civile ? Peut-on dire que l'obligation qui

pèse sur un sujet de réparer le dommage causé par sa faute trouve sa source dans tel article du Code civil? Formellement, oui, bien sûr, mais cette obligation juridique elle-même plonge plus profondément ses racines dans l'obligation morale de respecter l'intégrité d'autrui<sup>(18)</sup>. Certes, l'intervention du législateur positif s'avère-t-elle indispensable pour donner une forme sociale, — et donc commune —, à cette obligation qui pèse sur la conscience de chacun des citoyens, mais la formulation positive exprimée par le législateur ne part pas de rien; elle s'enracine dans un droit que la tradition appelle 'naturel'.

Le positivisme a sans doute longtemps sévi, — d'ailleurs encore à l'heure actuelle —, dans le cercle des juristes, faisant croire que le droit ne tirerait sa force obligatoire que de son énonciation par le pouvoir. Mais dès l'Antiquité déjà, la théorie du droit mettait en évidence la nécessaire présence d'un 'juste selon la nature' sous-jacent au 'juste selon la convention'<sup>(19)</sup>. D'ailleurs, qui ne voit qu'une loi positive qui contredirait les exigences les plus fondamentales de la nature humaine ne peut pas être qualifiée de *droit*, sinon de façon purement formelle. Car, au sens fort du terme, le droit suppose le respect de certains principes fondamentaux, à commencer par la dignité de la personne humaine. En ce sens-là, on peut dire que le droit naturel, malgré tous les efforts déployés pour l'effacer de la théorie du droit, s'avère 'irréductible'<sup>(20)</sup>. D'ailleurs, les horreurs perpétrées par les dictateurs parvenus légalement au pouvoir ont fini par convaincre les esprits les plus récalcitrants qu'il existe un certain nombre de droits inhérents à

(18) Sans cette base tirée de l'ordre même des choses, on ne comprendrait pas bien, par exemple, comment un sujet sénégalais, camerounais ou congolais serait encore, au XXI<sup>e</sup> s., tenu d'obéir à un texte rédigé par les juristes du français Napoléon deux siècles plus tôt.

(19) Pour un exposé récent de l'histoire du droit naturel, d'Aristote à Hegel, v. L.-L. CHRISTIANS, Fr. COPPENS *et al.* (éd.), *Droit naturel : relancer l'histoire?*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

(20) Le grand ouvrage de François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif* (1913) porte en sous-titre de son deuxième volume : *l'irréductible droit naturel*. On comprend d'ailleurs que le fondateur de l'École de la libre recherche scientifique ait tenu à élargir le champ du droit au-delà de sa stricte positivité pour permettre précisément la recherche, par la jurisprudence et par la doctrine, de solutions qui, pour n'être pas inscrites dans la lettre de la loi, n'en sont pas moins juridiques du fait de la justice qui les inspire.

l'homme en tant que tel. Mais avant d'examiner à la section suivante ce nouvel avatar du droit naturel que sont les 'droits de l'homme', il reste à insister sur l'autre versant de la tâche du juriste, qui concerne l'application du droit.

De même, en effet, que l'homme de loi doit se préoccuper du déploiement des formulations positives du droit au soleil éthique du droit naturel, il doit s'attacher aussi, réciproquement dirait-on, à l'enracinement effectif des dispositions prises ou, en tout cas, réfléchir aux raisons qui lui font obstacle et, au besoin, interpeller les pouvoirs en place pour que les déficiences soient corrigées. Sans quoi les juristes se transmettront de génération en génération un masque de droit dont la perfection formelle n'aura d'égal que la parfaite inefficience dans le tissu social. C'est que, répétons-le, la forme du droit, assurant une relation constante entre le vécu des gens en société et les valeurs morales qui tirent l'humanité vers le haut, ne peut se désintéresser ni de sa référence auxdites valeurs ni de son influence sur les comportements sociaux.

## §2. — *L'universalité des droits de l'homme*

En sa quête d'un droit approprié à et par l'Afrique, le juriste va nécessairement rencontrer la figure des droits de l'homme. Comme amie ou comme ennemie? La question reste posée car d'une part, ces 'droits humains' protecteurs de la dignité humaine en toutes les régions de la planète sont évidemment les bienvenus en terre africaine puisqu'ils vont, là aussi, garantir les droits fondamentaux des personnes. D'ailleurs, les pays d'Afrique, devenus membres l'Organisation des Nations unies sont entrés d'eux-mêmes dans le système de garantie internationale des droits de l'homme<sup>(21)</sup>. En

(21) Avant l'indépendance, les pays colonisés n'étaient intégrés qu'indirectement dans cette protection internationale, par le biais de leur métropole. On lit ainsi dans la Déclaration universelle de 1948 que 'la reconnaissance et l'application universelles et effectives' des droits de l'homme devront être assurées 'tant parmi les populations des États membres eux-mêmes que parmi celles des territoires placés sous leur juridiction.' (nous soulignons). Quant à la garantie internationale des droits reconnus dans la Déclaration universelle de 1948, on sait qu'elle a été mise en œuvre par les deux Pactes internationaux de 1966, le premier, relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le second, relatif aux droits civils et politiques.

outre, ils ont organisé la protection régionale de ces droits par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981). D'autre part, cependant, ces droits de l'homme ne prolongent-ils pas, par leur caractère déclaré universel, la domination culturelle du Nord sur le Sud?

En effet, en partant de 'l'homme' individuel comme de la 'source' de tous ses 'droits', ainsi qu'on l'a vu dans l'évocation du Contrat social, — et non pas de la famille, de l'ethnie ou du peuple—, l'idéologie des droits civils et politiques ne s'immisce-t-elle pas en terre africaine comme un cheval de Troie qui porterait dans ses flancs les germes redoutables de l'individualisme occidental? Sans doute l'Occident lui-même a-t-il corrigé cette perspective trop restreinte en ajoutant aux droits issus du libéralisme la deuxième génération des droits dits économiques, sociaux et culturels qui mettent l'accent sur l'égalité concrète des citoyens dans l'accès aux moyens d'exercer leur liberté, tandis que, parvenus à l'indépendance, les peuples du Tiers monde ont fait valoir la troisième génération des droits humains qui comprend, en particulier le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le droit au développement et le droit à la paix. Mais tout se passe comme si, à mesure que s'élargit le point de vue porté sur 'l'homme', — individuel d'abord, inséré ensuite au sein d'une société égalitaire, puis perdu dans le vaste monde —, la juridicité des droits reconnus perdait singulièrement de sa force. N'est-il pas plus facile, en effet, de dénoncer des actes de torture ou de censure plutôt que la persistance de la misère ou de l'analphabétisme? Quant à savoir si les peuples du Sud disposent réellement d'eux-mêmes et de leurs ressources comme l'article 1<sup>er</sup> de chacun des deux pactes internationaux de 1966 leur en reconnaît le droit, ou s'ils jouissent de leur 'droit au développement', la réponse est loin d'être affirmative, mais on ne voit pas bien de quel côté viendraient les ripostes qui sanctionneraient la violation de ces droits.

Or, dans la mesure où l'extrême pauvreté des pays africains, d'une part engendre des perturbations sociales graves qui peuvent conduire à des violations massives des droits de l'homme, d'autre part dépend aussi du fonctionnement pervers de l'économie mondiale, n'est-il pas trop facile, pour les pays riches, de pointer du doigt ces violations des droits de l'homme en Afrique et, dans les cas les plus graves, les 'crimes contre l'humanité' qui s'y

commettent?<sup>(22)</sup> Du moins, ne fallait-il pas, en même temps, remettre en cause l'organisation économique dont ces pays tirent un large profit, créant ailleurs la misère? Sinon, les droits de l'homme risquent de demeurer 'l'affaire du Blanc', lequel s'en servirait comme d'un instrument de stigmatisation, redoublant par là, dans le chef de l'Africain, l'impression que leur 'universalité' n'est qu'un masque qui ne lui convient décidément pas pour se couvrir le visage.

Le conflit des interprétations constitue aussi, à propos de l'universalité des droits de l'homme, un champ où apparaît à nouveau la difficulté de cerner les sources du droit. Illustrons-le à partir d'un exemple: la mutilation génitale féminine. Plusieurs pays d'Afrique noire connaissent l'excision et d'autres opérations que l'Occidental appellera 'mutilations' mais que l'Africain n'hésitera pas à ranger dans les rites traditionnels de promotion de la femme<sup>(23)</sup>. Même si les Européens s'émeuvent de cette 'atteinte à l'intégrité physique' et invoquent l'universalité des droits de l'homme pour faire cesser cette pratique injurieuse, dangereuse de surcroît, les Africains, du moins certains d'entre eux, invoquent la particularité de leur culture pour soutenir qu'il ne s'agit pas d'une injure puisque tout le milieu social concerné reconnaît que cette coutume honorable permet de bien distinguer les identités respectives de l'homme et de la femme et que d'ailleurs les femmes excisées, toujours au jugement des défenseurs de la tradition, en tirent une plus grande fierté<sup>(24)</sup>. Faudra-t-il, demandent encore ces défen-

(22) Pourquoi, demandait un étudiant, la Cour pénale internationale poursuit-elle les hommes politiques africains qui se sont rendus coupables d'atrocités sur leurs populations et non le président des États-Unis qui a envahi l'Irak sur la base d'allégations mensongères?

(23) V. p. ex. Emboussi NYANO, «Rationalité éthique et pratiques africaines: le cas de l'excision», in Fabien Eboussi BOULAGA (éd), *La dialectique de la foi et de la raison, hommage à Pierre Meinrad Hebga*, Yaoundé, éd. Terroirs, 'documents et recherches', 2007, pp. 211-226 et X. DION, *Rationalité éthique et pratique de l'excision; une double relecture d'Emboussi Nyano*, Yaoundé, Presses de l'UCAC, 2008, 44 p.

(24) V. là-dessus les témoignages présentés par Emboussi Nyano Fabien Eugène, *Revisiter l'excision, une apologie de Hawa Greou*, Dianoïa, coll. Défis, 2005. A cette mise en évidence de la différence entre l'homme et la femme par la circoncision d'un côté, l'excision de l'autre, on pourra opposer les mouvements de dédifférenciation sexuelle que l'Occident enregistre actuellement en accueillant l'homosexualité avec une faveur de plus en plus grande dans ses

seurs, que les peuples d'Afrique se soumettent à la loi des Blancs et, donc, se mettent à renier les ancêtres qui, dans leur sagesse, leur ont transmis cette façon de faire? Or, face à ce soupçon de domination exercée par l'ancien colonisateur sur la population colonisée, l'Européen soulèvera la question d'une autre domination, celle de l'homme sur la femme : les mutilations féminines ne sont-elles pas, en effet, une marque de prépondérance masculine (la circoncision du garçon n'ayant, bien sûr, rien de comparable à de telles pratiques)? Mais le dialogue de sourds risque de se poursuivre longtemps encore sur ce sujet, comme aussi à propos de bien d'autres dispositions rangées sous le thème des droits humains<sup>(25)</sup>.

Les confrontations ici évoquées posent à nouveau la question cruciale portant sur la source : qu'est-ce qui fait droit dans le droit? Or, à l'époque d'une globalisation grandissante, pleine de promesses sans doute mais aussi de menaces, il importe de rappeler l'interrogation soulevée plus haut à propos de la multiplicité des sources : qui a le droit de désigner la source du droit? Si l'on réduit le droit à un rapport de force, ce 'droit' sera revendiqué sur la scène internationale par la nation la plus puissante. Cette nation (ou ce continent) imposera alors au reste du monde sa conception des rapports sociaux, y compris sa propre interprétation des droits de l'homme. Mais si le droit garde quelque consistance par rapport au pouvoir, alors il importe que soit maintenu ouvert l'espace de la réflexion éthique pour que soit trouvée la formulation du droit qui respectera au mieux la dignité des visages.

ordres juridiques : dépénalisation du comportement, mais aussi institution du mariage, de l'adoption et même de la procréation médicalement assistée au bénéfice des couples homosexuels.

(25) On songe par exemple à l'homosexualité, évoquée à la note précédente. Affaire de vie privée, et donc de droits de l'homme, dit-on en Europe. Mais il n'est pas sûr, loin de là, que ce repli de la sexualité sur la seule personne individuelle sans le rapport symbolique du corps à l'autre sexe et à la fécondité d'un père et d'une mère corresponde aussi au point de vue de l'Afrique sur l'essence de la sexualité. D'où, ici encore, la crainte des Africains de se voir imposer, dans l'état actuel des rapports de force entre l'Europe et ses anciennes colonies, une conception très individualiste de la vie privée et des droits de l'homme.

### §3. — *Le visage de l'Afrique*

Sans doute est-il vain de chercher à élaborer un droit qui ne serait que visage car, nous l'avons dit, en tant qu'instrument de reconnaissance et moyen de communication, le droit est toujours quelque peu *masque*. Mais on peut au moins espérer que, à ce titre-là, le droit remplisse effectivement cette double fonction en permettant aux sujets à la fois d'être reconnus pour ce qu'ils sont, et de parler. Nous ne reviendrons plus sur la question douloureuse de la domination de l'Afrique par les autres puissances sur la scène internationale, sinon pour rappeler l'importance de prendre au sérieux ce droit des peuples à disposer d'eux-mêmes évoqué à propos des droits de l'homme et que nous rappellerons en conclusion. Nous aborderons plutôt, en cercles concentriques, les questions, d'abord du langage universel, puis du groupe particulier, enfin de la conscience personnelle.

Le droit est affaire de parole, mais la parole est-elle toujours bien comprise? La traduction s'avère parfois indispensable, comme le montre l'expérience faite par Philippe Richard, consultant en droits de l'homme, au Nord-Bénin<sup>(26)</sup>. Après avoir constaté que la langue de l'ethnie bariba ne connaît ni le mot *droits* ni le mot *homme*, l'auteur a acquis la conviction que les humains ne sont pas d'abord rassemblés par un langage commun, en l'occurrence l'incompréhensible jargon Onusien, mais par une expérience commune, formalisée en une pluralité de langages. D'où l'effort déployé par l'expert en une double direction, d'abord d'inviter les gens du village à raconter leur vécu social en diverses saynètes de théâtre, ensuite de recueillir un certain nombre de proverbes qui expriment leur propre sagesse. Cette double récolte, de situations et de mots, a permis à l'auteur de mettre en évidence d'une part diverses situations de souffrance dues au manque de respect de la part des autorités à l'égard des personnes, d'autre part des expressions traditionnelles qui rejoignent de façon très pertinente les

(26) Ph. RICHARD, «Les principes simples d'humanité : un langage à vocation universelle posé dès l'origine, ou un fragment séparé d'une pensée conflictuelle? A l'école des droits de l'homme dans la province du Borgou (Nord-Bénin)», in D. MAUGENEST et Th. HOLO, *Quelle contribution de l'Afrique de l'Ouest à la tradition universelle des droits de l'homme?*, Abidjan, CERAP, 2006, p. 79.

intuitions fondamentales des droits de l'homme<sup>(27)</sup>. En réfléchissant de la sorte sur leur propre vécu, les villageois ont alors mieux compris l'intérêt de ces 'droits humains' qui pouvaient effectivement, une fois pris au sérieux, améliorer leur sort. N'avons-nous pas là, grâce au travail de véritable intelligence du droit, un bel exemple du masque qui devient visage?

Alors que, selon l'exemple précédent, le langage universel des droits de l'homme pouvait s'avérer très problématique pour la population d'un village avant que ne soient mises en œuvre les traductions nécessaires à leur compréhension, la même question se pose à l'échelle plus restreinte du pays. Dans la mesure, en effet, où la source du droit traditionnel coule à partir du monde invisible des ancêtres qui ont donné la vie au groupe ethnique, comment recevoir le droit écrit qui émane des institutions modernes? En d'autres termes, comment concevoir la Nation comme source de pouvoir et de droit, alors que ladite Nation apparaît comme un patchwork d'ethnies rassemblées et découpées selon les aléas de l'histoire colonisatrice? Les institutions républicaines héritées du colonisateur ne sont-elles pas aussi, finalement, le masque qui cache les vraies influences, ici, les forces cachées de la tribu? Par exemple, selon cette perspective, un ministre ou un haut fonctionnaire n'occuperait un poste dans l'administration de l'État qu'à titre de couverture occultant un service de sa famille, de son village ou de son ethnie, lesquels passeraient pour constituer une 'source du droit' bien plus impérieuse que tous les décrets formels de la République.

Comment résoudre ce redoutable problème du tribalisme dont les formes passent des simples manœuvres opérées en faveur des membres d'une ethnie particulière jusqu'à l'hypothèse extrême de l'élimination physique de l'ethnie voisine? La question préoccupe depuis longtemps les juristes<sup>(28)</sup>. Les philosophes ont certes aussi

(27) L'auteur cite ainsi comme illustration de la foncière égalité des hommes proclamée à l'art. 1<sup>er</sup> de la Déclaration universelle des droits de l'homme, le proverbe bariba : 'A la naissance et à la mort, tous les hommes passent par le même trou' (Ph. RICHARD, *op. cit.*, p. 84).

(28) V. la bibliographie citée par G.A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 162, note 1 et, plus récemment, P.-E. KENFACK, «La gestion de la pluralité des systèmes juridiques par les États d'Afrique noire: les enseignements de l'expérience camerounaise», *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux de l'Univer-*

leur mot à dire sur la question<sup>(29)</sup>. Les Églises s'en montrent également soucieuses<sup>(30)</sup>. La question est là : où trouver les formes juridiques du 'masque' étatique qui correspondra le mieux aux visages des ethnies qui peuplent le pays?

Pour 'approprié' le droit au visage de l'Afrique, les spécialistes du droit sont ainsi appelés à traduire dans les termes de la sagesse africaine le langage officiellement universel des droits de l'homme et à inventer les formes les plus adaptées à la convivance inter-ethnique au sein d'un même État. Mais ne doivent-ils pas descendre encore plus bas, jusqu'à cette source personnelle du droit qui s'appelle la conscience? C'est à cette profondeur-là, en effet, que l'être humain se retrouve le visage nu, sans masque. Une fois encore, le juriste positiviste protestera en disant que la conscience relève de l'éthique et non du droit mais, une fois de plus, il faudra lui répondre que la source du droit vient de plus loin que la seule forme légale puisqu'elle remonte jusqu'à l'injonction éthique du respect d'autrui. Certes, redisons-le, le droit peut servir de masque capable de cacher sous sa forme (juridique) la mauvaise foi des acteurs qui veulent l'utiliser dans le champ social pour servir leurs propres intérêts au détriment d'autrui. Mais cette falsification ne

*sité de Caen*, n° 7, «L'universalisme des droits en question». Selon l'auteur, un pays ne peut ni écarter, ni imposer un système juridique; il doit plutôt gérer la diversité, non par simple juxtaposition mais par réelle harmonisation.

(29) V. p. ex. Kisito OWONA, *Kant et l'Afrique; la problématique de l'universalisme*, Paris, L'Harmattan, 2007, où l'auteur plaide pour une référence à l'universalisme de la morale kantienne en vue de combattre les réflexes tribalistes qui sévissent en Afrique.

(30) Selon le document préparatoire de la Deuxième Assemblée spéciale du Synode des évêques pour l'Afrique : «La question est de savoir comment transformer la pluralité en facteur positif, constructif et non destructif. De même pour ce qui est des frontières artificielles, sommes-nous sûrs que les nouvelles frontières 'naturelles' ne créeront pas plus de problèmes? Où existeraient ces frontières naturelles, non arbitraires ou mieux non-idéologiques? Qui serait ce nouvel arbitre impartial qui contenterait tous au mieux? Ne faut-il pas nous en tenir à la sagesse des Pères fondateurs de l'Organisation de l'Unité Africaine (O.U.A.), qui en 1963, optèrent de ne pas remettre en question le découpage existant? Le défi est probablement du côté de la bonne gouvernance et de la formation d'une classe politique capable de récupérer le meilleur des traditions ancestrales et de l'intégrer aux principes de gouvernance de sociétés modernes». Synode des évêques, II<sup>e</sup> Assemblée spéciale pour l'Afrique, *Lineamenta*, Cité du Vatican, 2006, §11.

peut que susciter l'indignation des juristes qui considèrent le droit comme la forme instituée de la reconnaissance mutuelle des sujets de droit et non comme un instrument de flatterie des pouvoirs publics ou privés.

Au village, nous l'avons vu, lorsque se prolongeait une situation violant la coutume ou la parole donnée, les masques des ancêtres apparaissaient pour rétablir l'ordre conforme au droit. Cette façon de faire traditionnelle rappelait aux membres du groupe l'existence d'une instance supérieure, gardienne invisible de l'équilibre social. Sans doute la Modernité a-t-elle mis à mal cette croyance, mais ne serait-il pas extrêmement regrettable que la sécularisation occidentale, en retirant, — ou du moins en croyant retirer —, tout pouvoir à ces masques ancestraux, finisse par ôter aux sociétés africaines leurs points de repère moraux? Si les ancêtres formaient autrefois la conscience du groupe, ce n'est peut-être plus seulement dans leurs masques que les Africains du XXI<sup>e</sup> s. retrouveront l'expression de leur autorité morale, mais en la nudité de leur propre conscience, source ultime du droit.

#### CONCLUSION : L'ÉTAT DE DROIT

Nous avons décrit la situation du droit en terre africaine comme en état de tiraillement entre deux types de masque : d'une part, celui de la loi des ancêtres, efficace certes mais bouleversée par le colonisateur, d'autre part, celui du droit moderne, imposé par l'étranger mais nécessaire tout de même, pense-t-on, pour se présenter convenablement sur la scène internationale. La tension n'est pas nécessairement dramatique dans la mesure où, par lui-même, le droit remplit toujours une fonction de masque. Encore faut-il que la reconnaissance et la communication que permet le droit correspondent au vrai visage de l'Afrique, que donc ce droit soit 'approprié' au double sens que nous avons dit. Philosophes, sociologues, politiques et juristes sont requis par cette tâche. Elle est immense.

Au rebours du modèle kelsénien qui a tenté d'enfermer le droit dans sa pure forme, il faut, en effet, tout mettre ensemble : la technique juridique, certes, mais aussi l'histoire du pays, l'analyse des rapports de forces, et encore les aspirations de tous ceux et celles qui souffrent d'une absence de droit sur la terre africaine. Que

veut l'Afrique pour ses enfants? Que veulent les femmes? Que veulent les travailleurs? Que veulent les pauvres? Par lui-même, le droit ne dispose d'aucun moyen pour rencontrer ces aspirations-là, mais il peut au moins donner forme aux décisions politiques qui choisiront d'y répondre.

Au lendemain des indépendances, pour faire face aux soubresauts de la nouvelle autonomie, les autorités politiques ont parfois interprété le tout jeune 'droit des peuples à disposer d'eux-mêmes' comme, hélas, le droit des gouvernants à disposer de leur peuple. A présent que, depuis les années '90, un vent de démocratie a soufflé sur l'Afrique, la société civile ne peut-elle remplacer ces autoritarismes par l'instauration d'un réel État de droit? N'est-ce pas là la volonté du peuple? Et qui oserait dire que ce n'est pas aussi le vœu des ancêtres?