

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

***La tentation moniste et la réception du modèle juridique occidental en
Afrique subsaharienne francophone après 1960***

Caroline GAU-CABEE

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

La tentation moniste et la réception du modèle juridique occidental en Afrique subsaharienne francophone après 1960

Caroline GAU-CABEE

*Maître de conférences HDR, Université Toulouse 1 Capitole
CTHDIP*

Les systèmes juridiques des pays francophones d'Afrique subsaharienne sont des systèmes complexes qui se sont constitués sur la base de deux types de droits traditionnels : le droit musulman, dont la pénétration en Afrique est très ancienne, et les coutumes précoloniales, influencées par une ontologie animiste.

Pendant la colonisation, ils subissent une troisième influence, celle du Code civil, que le colonisateur tente d'imposer aux populations autochtones dans le cadre de sa politique d'assimilation. Les autorités coloniales, conscientes de l'abîme qui sépare les deux cultures juridiques (modèle moniste légaliste exogène et modèle pluraliste coutumier endogène) ont fait le choix d'une assimilation progressive, en maintenant sous condition les coutumes dans les champs du droit privé marqués par une forte identité culturelle : la famille et le droit foncier. Cet ordre mixte, conçu sur le modèle d'un pluralisme juridique hégémonique, impliquait une disparité des conditions juridiques pour les ressortissants des colonies puisqu'il était fondé sur la coexistence du droit civil français et des coutumes africaines. Ces coutumes, dénaturées ou censurées au nom des principes de la civilisation, avaient cependant vocation à disparaître.

Lors des indépendances, paradoxalement, l'offensive contre les droits traditionnels s'est accentuée. La décolonisation politique n'a pas entraîné de décolonisation juridique par le biais d'un retour au droit précolonial.

En 1960, les nouveaux États entrent dans une phase d'édification de la Nation au cours de laquelle le droit occidental, dit « moderne », va devenir une stratégie de pouvoir autant qu'un outil de régénération sociale. Faute d'avoir pu entreprendre une réforme profonde et immédiate de leur système juridique, les nouvelles élites de pouvoir reconduisent l'ordre juridique colonial et le principe de la dualité des statuts civil et coutumier pendant une période transitoire plus ou moins longue. Ils « nationalisent le droit existant », selon l'expression de Gérard Conac¹. Cette reconduction se justifie par un souci de cohérence ; il est en effet difficile de récuser du jour au lendemain l'ensemble du droit en vigueur sans provoquer une confusion inextricable². « La sagesse politique et la raison imposaient que la colonisation ne prît pas fin sans transition sur le plan des institutions juridiques. »³

Cette phase est d'ailleurs prévue dans les dispositions constitutionnelles transitoires, qui contiennent généralement une clause de réception du droit antérieur, sous réserve de l'adoption de textes nouveaux : « La législation actuellement en vigueur reste applicable, sauf intervention de textes nouveaux, en ce qu'elle n'a rien de contraire à la présente Constitution. »⁴

¹ G. CONAC, « La vie du droit en Afrique », *Dynamiques et finalités des droits africains*, dir. G. CONAC, Paris, Economica, 1980, p. XIV.

² R. DEGNI-SEGUI ajoute que cette reconduction ne répond pas seulement à une exigence de cohérence et à la crainte des vides juridiques que pourrait engendrer la politique de la table rase. Elle trouve aussi son fondement, selon lui, « dans les liens de solidarité que la colonisation a tissés entre l'ex puissance dominante et l'ex territoire dépendant, liens concrétisés par la coopération ». Elle n'est enfin que le corollaire du maintien des structures politico-administratives qui ont continué à fonctionner sans rupture avec le passé. (R. DEGNI-SEGUI, « Codification et uniformisation du droit », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1 : L'État et le droit, Abidjan-Dakar-Lomé, Les nouvelles éditions africaines, 1982, p. 454).

³ G.-A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique Noire francophone*, Paris, Pédone, 1974, p. 94.

⁴ On retrouve cette clause dans les constitutions de la Côte d'Ivoire, du Dahomey, de la Haute-Volta, du Niger qui sont rédigées sur le même modèle (ils forment à cette époque le Conseil de l'Entente). La Constitution de la République du Sénégal (26 août 1960) et celle de la République islamique de Mauritanie (20 mai 1961) comportent une disposition analogue. Les États qui forment l'Union des Républiques d'Afrique Centrale vont reprendre le même principe : République Centrafricaine (Constitution du 25 novembre 1960 modifiée par la loi du 13 décembre 1960), République du Congo (2 mars 1961), République du Tchad (28 novembre 1960) et enfin la République Gabonaise (21 février 1961) qui n'a pas adhéré à la charte de l'Union, mais a suivi les autres États sur ce point. (G.-A. KOUASSIGAN, *ibid.*, p. 95 note 11).

La question qui se pose à l'aube des indépendances, est donc la suivante : la réception nécessaire du droit colonial pendant la période transitoire annonce-t-elle la réhabilitation des droits traditionnels (dans ce qu'ils ont de compatible avec la nouvelle Afrique) ou leur condamnation par ces nouveaux textes ? Faut-il revenir aux sources originelles des droits africains au nom de l'authenticité, c'est-à-dire du respect de l'identité juridique traditionnelle, ou promouvoir une politique juridique « moderniste » susceptible de servir les impératifs du développement. À moins d'opter pour une troisième voie particulièrement ambitieuse, celle de l'hybridation ou du métissage des droits, qui permettrait de réaliser « l'heureuse symbiose » (Guy-Adjété Kouassigan) des cultures, entre tradition et modernisme. Pierre-François Gonidec nous livre sur ce thème une très belle image qui résume à elle seule ce dilemme de l'Africain écartelé entre deux mondes : « L'ancien, celui du passé dans lequel il s'enracine et nourrit son être, et le moderne, celui d'un avenir meilleur vers lequel tendent toutes ses énergies et dont la réalisation suppose certains abandons. »⁵

En Afrique subsaharienne, la voie de l'authenticité, celle d'un retour au droit précolonial par la rédaction des coutumes, n'a jamais été à l'ordre du jour. Point de *restatement of african law* comme ce fut un temps envisagé pour le Kenya, le Malawi et le Botswana⁶. Succombant à la tentation moniste, les nouveaux États font partout le choix de la modernité en optant pour la codification du droit sur le modèle légaliste « à la française ». L'ampleur du mouvement est considérable et Roger Decottignies (premier doyen de la Faculté de droit de Dakar) n'hésite pas à affirmer, en 1965, que les législateurs africains « viennent en deux ans de faire infiniment plus que les colonisateurs en quelques décennies et l'Islam en plusieurs siècles »⁷.

La flambée des codes embrase cette partie du continent, consacrant le triomphe du droit écrit sur les coutumes dans la plupart des champs du droit, selon des modalités variables (I). Cette option résolument moderniste n'est pas dissociable de certains enjeux qui justifient ce choix, revendiqué et assumé dans le discours des dirigeants, alimenté et relayé par les juristes et les économistes au cours de la première décennie des indépendances (II). Mais les acteurs de cette révolution juridique ont sous-estimé la force d'inertie de la tradition, résistance multiforme qui s'est traduite *de jure* et *de facto* par la persistance d'une normativité plurielle, révélatrice d'une réception très inégale du modèle juridique occidental (III).

I - Modalités de la codification

Ce mouvement connaît son apogée au cours de la première décennie des indépendances, avec une activité législative et codificatrice particulièrement intense, entre 1960 et 1965. C'est à ce moment-là que se constitue l'essentiel du nouvel arsenal juridique de l'Afrique⁸.

⁵ P.-F. GONIDEC, *Les droits africains. Évolution et sources*, 2^e édition, Paris, LGDJ, 1976, p. 278.

⁶ Certains pays pensaient pouvoir adopter une codification exclusivement fondée sur le recensement des coutumes. L'exemple le plus ambitieux de cette démarche est le *Restatement of African Law Project* (projet de recension et de reformulation du droit africain) initié par la *School of Oriental and African Studies* de l'Université de Londres, sous la direction du professeur Antony Nicholas Allott. Le projet a été abandonné après la publication de six volumes compilant les coutumes du Kenya, du Malawi et du Botswana. La démarche se heurtait en effet à deux principaux écueils. La diversité coutumière d'abord, qui exigeait soit de privilégier un système par rapport aux autres – en imposant le droit d'une minorité à la majorité – soit d'harmoniser les coutumes en dépit de leurs différences fondamentales et irréductibles (en matière de filiation par exemple), ce qui conduisait inévitablement à leur dénaturation. Le deuxième écueil était un problème de restitution des normes coutumières et donc de traduction. Certains concepts juridiques traditionnels n'ont pas d'équivalent en droit occidental, ni dans les régimes civilistes, ni dans ceux de *Common Law*. Aussi la tentative de traduction était-elle nécessairement vouée à l'échec, en ce qu'elle produisait des approximations substantielles, révélatrices de cette impuissance à restituer la norme sans en trahir le contenu.

⁷ R. DECOTTIGNIES, « Requiem pour la famille africaine », *Annales africaines*, 1965, p. 258.

⁸ L'œuvre de codification est très avancée en matière foncière avec les lois mauritanienne (2 août 1960), guinéenne (29 décembre 1960), malienne (20 février 1961), nigérienne (19 juillet 1961), ivoirienne (20 mars 1963, mais la loi n'a pas été promulguée), gabonaise et centrafricaine (9 janvier 1964), sénégalaise (17 juin 1964), tchadienne (22 juillet 1967). Le droit du travail connaît la même dynamique, avec treize codes dont dix promulgués entre 1960 et 1965 (états précités auxquels il faut ajouter la Haute-Volta, le Congo, le Dahomey, le Zaïre). Pour une vision plus exhaustive du processus de codification à l'échelle de la région : R. DEGNÉ-SEGUI, « Codification et uniformisation du droit », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1 : L'État et le droit, 1982, p.456.

Le mouvement va perdre un peu de vigueur au cours de la décennie suivante (1970-1980). On explique ce ralentissement par l'instabilité politique⁹ de la plupart des États africains, qui semblent également en proie au doute quant à l'efficacité de la politique juridique moderniste, en particulier dans les champs du droit privé où – comme nous le verrons – l'emprise des droits traditionnels reste forte¹⁰. Quoique ralentie, l'activité législative se poursuit par la codification des matières dont le législateur ne s'était pas encore saisi¹¹ ou par la réforme des textes en vigueur.

Sur l'ensemble de la décennie, le dispositif légal mis en place n'en est pas moins considérable. Tous les États d'Afrique Noire francophone sont concernés, sans pour autant que l'on puisse dégager un processus uniforme.

Certains États sont très « actifs », comme la Côte d'Ivoire, le Sénégal, le Gabon, le Cameroun et dans une moindre mesure le Mali et la Guinée. Ils se distinguent d'abord par la portée de la codification qui couvre l'essentiel du droit privé, du droit pénal et certains domaines du droit public économique¹² ; d'autre part la conception des codes, qui rompt avec la tradition sur la forme et sur le fond, confirme le phénomène de transfert juridique¹³. Dans les autres États, comme le Niger, le Tchad, le Togo, le Bénin, les lois et ordonnances de codification ont été moins nombreuses ou ont couvert des champs plus restreints, notamment en droit de la famille.

Car au-delà du nombre et de la forme des codes, ce qui permet de cerner la politique juridique d'un État, c'est finalement la place qu'il réserve aux droits traditionnels dans ces matières où, plus qu'ailleurs, ils sont le support d'une identité culturelle ; on pense évidemment au droit de la famille et au droit foncier.

Dans chaque pays, le choix s'effectue en fonction de l'idéologie des dirigeants, plus ou moins acquis à la cause moderniste et à ses enjeux, mais aussi en fonction des réalités sociales auxquelles ils sont confrontés et de la force d'inertie ou de résistance des coutumes. Ce choix est par conséquent celui des élites occidentalisées qui l'imposent au peuple, sans jamais l'associer au processus de décision. Si la loi est censée être l'expression de la volonté générale, l'absence de tradition parlementaire solide en fait le produit d'une « oligarchie bureaucratique »¹⁴, tentée parfois de s'en remettre à l'expertise de juristes étrangers qui font la part belle au droit qu'ils connaissent le mieux, sans vraiment se soucier de l'identité juridique des populations dont ils prétendent exprimer les aspirations et garantir les intérêts¹⁵.

Rappelons simplement ici que l'identité de la famille dans l'Afrique animiste est celle de la parenté étendue, une communauté lignagère qui regroupe tous les descendants d'un ancêtre commun par les femmes ou par les hommes. Dans ces sociétés holistes, la parenté est le lieu où l'être humain se définit socialement. L'individu n'y a pas d'existence autonome car ses intérêts se fondent dans ceux du groupe de parenté qui détermine, avec les droits et devoirs de chacun, les rangs et les hiérarchies. C'est donc une organisation qui conditionne un mode de vie collectif et solidaire où la notion de droit individuel n'existe pas.

⁹ Les nouveaux États sont déstabilisés par des mouvements sécessionnistes à caractère ethnique, des rivalités politiques souvent avivées par des compagnies minières étrangères, des guerres civiles. Dans ce contexte, miné par la corruption, c'est la loi du plus fort qui triomphe et avec elle, la dictature.

¹⁰ E. LE ROY, « La vie du droit en Afrique », *Penant*, 1978, p. 316.

¹¹ C'est le cas de la loi sénégalaise du 12 juin 1972 (Code de la famille), de la loi ivoirienne du 21 décembre 1972 (Code de procédure civile, commerciale et administrative), de la loi zaïroise du 20 juillet 1973 (Code des biens), des ordonnances gabonaises des 23 juillet 1973 et 2 février 1977 (première partie du Code civil et Code de procédure civile) : R. DEGNI-SEGUI, « Codification et uniformisation du droit », *loc. cit.*

¹² Afin de créer un climat favorable aux investissements étrangers, et par conséquent au développement économique, ces États travaillent à l'élaboration de codes d'investissements, de codes forestiers, miniers, pétroliers ; ils codifient le champ des obligations administratives, le droit fiscal et les libertés publiques. (*Ibid.*, p. 464).

¹³ À l'instar de Florence Renucci, nous privilégions dans ce contexte cette expression plutôt que celle du « mimétisme juridique ». Sur les raisons de ce choix sémantique, nous renvoyons au développement qu'elle consacre à cette question, dans son dernier ouvrage : « Le mimétisme juridique : un concept à nuancer, une expression à proscrire » (F. RENUCCI, *Les coutumes dans la fabrique des droits africains*, Paris, Dalloz, 2021, p. 56-59).

¹⁴ G. CONAC, « La vie du droit en Afrique », *op. cit.*, p. XXIII.

¹⁵ P.-F. GONIDEC, *Les droits africains*, *op. cit.*, p. 41.

Prenons l'exemple du mariage qui est d'abord une alliance lignagère, scellée par le consentement des familles et le versement d'une dot – ou compensation matrimoniale – à la famille de l'épouse. Il est en général polygame et peut être rompu par la répudiation. Pendant la colonisation, le législateur français est intervenu, tardivement et timidement, pour censurer certaines dispositions coutumières en droit du mariage. Mais ces réformes, portées par les décrets Mandel (15 juin 1939) et Jacquinet (14 septembre 1951)¹⁶, se sont heurtées à la force d'inertie des coutumes et n'ont guère été suivies d'effet.

Pourtant, à la fin de l'époque coloniale, l'Afrique n'est plus figée dans ses traditions. L'héritage des ancêtres est reçu sous bénéfice d'inventaire dans certains milieux où les valeurs individualistes gagnent du terrain. Le lignage se désagrège, sous l'effet combiné de multiples facteurs économiques et sociaux¹⁷ qui poussent les jeunes générations à s'émanciper pour échapper à l'emprise du groupe¹⁸.

Ayant pris acte de cette réalité, qui ne concerne pourtant qu'une minorité urbaine, le législateur africain a décidé de promouvoir ce nouveau modèle social, qui répond aux canons de la modernité et du développement, en s'attaquant à la famille africaine. L'État le plus radical et le plus intransigeant est incontestablement la Côte d'Ivoire, qui s'est intégralement délestée de l'héritage du passé en promulguant les lois civiles de 1964 portant réforme du droit de la famille. Le dispositif précise en effet qu'à compter du jour où ces lois seront devenues exécutoires, « les coutumes antérieurement applicables cesseront d'avoir effet dans les matières qui sont l'objet desdites lois »¹⁹. Un an avant cette promulgation, le président de la Cour suprême de Côte d'Ivoire, Alphonse Boni, défend une politique de rupture : « La loi ne va pas être la codification des usages de la coutume. Elle va substituer un droit nouveau à celui antérieurement admis. [...] C'est par un effort soutenu de tous côtés que la force de la loi entrera dans les mœurs. »²⁰

Ainsi voit-on disparaître le mariage coutumier au profit du mariage civil célébré par un officier d'état civil suivant les formes et procédures empruntées au droit français ; les consentements personnels des futurs époux se substituent aux consentements familiaux ; le mariage monogamique est imposé (la Côte d'Ivoire est le premier pays à avoir aboli la polygamie) ; la famille ivoirienne devient nucléaire sur le modèle occidental, la répudiation est interdite et la dot abolie. Le Gabon n'est pas allé aussi loin dans la politique de la table rase. Tout en empruntant de nombreuses dispositions au code ivoirien dans la première partie du Code civil adoptée par la loi du 29 juillet 1972 (laïcisation du mariage, consentement personnel au mariage, interdiction de la répudiation, abolition de la dot), il maintient la polygamie en consacrant le principe de l'option, reléguant toutefois cette dernière au rang d'exception alors que la monogamie devient le principe.

Dans les autres États de la région, le législateur est intervenu de manière partielle (en interdisant la répudiation et les consentements familiaux) mais dans la plupart des États, des institutions comme le mariage coutumier, la dot et la polygamie ont été reconduites – tout en étant encadrées – en attendant que les mutations de la société ne les condamnent à plus ou moins long terme, ce qui fait dire à Guy-Adjété Kouassigan que, pour les États les plus conciliants, il s'agissait de « concessions provisoires à la force de résistance des mœurs et de la tradition »²¹.

¹⁶ Le décret Mandel réglait l'âge de la nuptialité et rappelait la nécessité du consentement de la femme ; le décret Jacquinet limitait le montant de la dot, sans la supprimer, et autorisait le mari à souscrire, lors du mariage, un engagement de monogamie.

¹⁷ L'urbanisation, le développement de la scolarisation, la substitution d'une économie monétaire à une économie d'échanges constituent, à ce titre, des facteurs déterminants.

¹⁸ Ces mutations sociales affectent profondément les structures familiales ainsi que les modes d'appropriation, de gestion et de dévolution des biens. Les solidarités traditionnelles se brisent du fait de la monétarisation des échanges, de l'extension du régime du salariat, de la diffusion de la propriété individuelle et du contrat. (G. LEDUC, « Structures familiales et développement éco en Afrique intertropicale », *Revue juridique et politique Indépendance et coopération*, 1967, p. 144-145).

¹⁹ Loi n° 64-381 du 7 octobre 1964 relative aux dispositions diverses applicables aux matières régies par les lois sur le nom, l'état civil, le mariage, le divorce et la séparation de corps, la paternité et la filiation, l'adoption, les successions, les donations entre vifs et les testaments (chapitre premier, article 1, alinéa 2).

²⁰ A. BONI, « La mise en pratique des lois dans les nations en voie de développement », *Penant*, 1963, pp. 450 et 454.

²¹ G.-A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 270.

En matière foncière, les indépendances ont été suivies d'une mutation non moins radicale, dans la mesure où le législateur, contraint par les impératifs du développement, a sacrifié les coutumes lignagères fondées sur une forme d'appropriation et d'exploitation collectives, combinant les maîtrises sur l'usage ou les produits du sol. Ces droits collectifs sur la terre, considérée comme un patrimoine sacré et inaliénable, ont été supprimés à partir du moment où celle-ci est devenue le bien de la Nation. On notera cependant que les réformes foncières s'éloignent du modèle civiliste de la propriété, lorsque l'attribution des droits fonciers, à titre individuel ou collectif, dépend de l'occupation effective et d'une mise en valeur rationnelle au titre des critères de l'acquisition et du maintien des droits. Cette exigence d'occupation et de mise en valeur qui constituait le fondement de l'appropriation coutumière, s'inspire de la tradition, mais les acteurs ont changé : l'État s'est substitué au maître de la terre et les nouveaux détenteurs ne sont plus les communautés lignagères mais des particuliers ou des groupements auxquels on adhère librement. Si le législateur s'inspire de la tradition, le nouveau droit foncier n'en poursuit pas moins la « faillite des droits coutumiers »²².

Cette condamnation, immédiate ou progressive, des droits traditionnels n'est pas dissociable de certains enjeux qui s'expriment dans des discours résolument modernistes, où l'on insiste sur les motifs d'un tel choix.

II - Enjeux de l'uniformisation du droit sur le modèle occidental

L'État africain a désormais vocation à se construire sur le modèle de l'État Nation, démocratique, unitaire, centralisateur et tout doit être mis en œuvre, sur le plan juridique, économique, politique, afin de servir une seule ambition : le développement. « L'idéologie du développement a pris la relève de l'idéologie civilisatrice »²³, écrit Raymond Verdier, ce qui doit conduire au triomphe de la loi, comme instrument privilégié de gouvernement au service de cette ambition. Les droits traditionnels, perçus comme une entrave au développement, sont donc supprimés ou marginalisés dans le nouvel ordre juridique. En tout état de cause, ils ont vocation à s'éteindre. Ce sont, selon les propres mots de Pierre-François Gonidec « des morts en sursis »²⁴. Cette idéologie du développement, qui fonde le choix du modèle moniste légaliste, peut être précisée et saisie par le biais de ses enjeux qui sont d'ordre politique, économique, juridique.

Politiquement, la codification permet de réaliser deux objectifs : asseoir le pouvoir des nouveaux dirigeants et réaliser l'unité nationale.

Dans un système moniste, c'est l'État qui détient le monopole de la création du droit. La loi devient un instrument de souveraineté et de domination pour les nouvelles élites au pouvoir en ce qu'elle impose une nouvelle logique institutionnelle, de nouvelles obédiences, de nouvelles sujétions juridiques et politiques : les individus sont désormais sujets du même droit, garanti par l'État. Ils sont donc placés sous l'autorité et la protection de ce dernier, sans la médiation du groupe.

D'autre part, la codification est perçue comme le moyen de parvenir à l'unité nationale en diluant des identités juridiques – et donc culturelles – multiples au sein d'une identité nationale. Un peuple uni dans un État unifié suppose de renoncer au pluralisme sociologique, ethnique, géographique et à son corollaire, le pluralisme juridique. Gérard Conac rappelle à cet égard que « la logique de la construction nationale est en contradiction avec les diversités et cloisonnements ethniques dont le maintien peut seul sauvegarder l'intégrité des droits coutumiers »²⁵.

La réalisation de cette unité est une priorité du nouvel État africain qui veut mettre un terme aux divisions

²² A. KEITA, « Au détour des pratiques foncières à Bancoumana », *Le droit en Afrique. Expériences locales au mali et droit étatique*, dir. G. HESSELING, M. DJIRE, B. OOMEN, Paris, Karthala, 2005, p. 92.

²³ R. VERDIER, « Coutume et loi dans le droit parental et foncier (Afrique de l'ouest francophone) », *Dynamiques et finalités des droits africains*, op. cit., p. 307.

²⁴ P.-F. GONIDEC, *Les droits africains. Évolution et sources*, 2^e édition, Paris, LGDJ, 1976, p. 271.

²⁵ G. CONAC, « La vie du droit en Afrique », op. cit., p. XXIV.

ethniques et aux tensions qu'elles suscitent. En proclamant l'unité et l'indivisibilité de la Nation, ces États condamnent toute forme de particularisme ; un principe repris par la plupart des constitutions qui sanctionnent les discriminations fondées sur la race, l'ethnie, la religion²⁶. Le droit codifié devient un élément d'intégration nationale, un ferment d'unité, alors que la coutume divise. À cet égard, la promotion d'un droit étranger comme droit commun évite d'avoir à choisir et à imposer la norme d'un clan aux dépens des autres. Alphonse Boni défend cette position en 1963 : « Quel que soit le choix, à propos de chaque matière, les quatre sur cinq de la population se verront appliquer une règle de droit qui leur est aussi étrangère que le serait la loi française ou la loi italienne. Alors, pourquoi se priver des avantages d'une législation moderne, surtout que dans le cas d'une option pour cette législation, aucun clan, aucune tribu ne pourra se vanter d'avoir imposé sa loi. »²⁷

Le recours au droit « moderne » s'impose également pour des raisons économiques. Les droits traditionnels sont en effet perçus comme une entrave au progrès et au développement économique, qui constitue l'autre priorité des dirigeants africains au lendemain de l'indépendance. Examinons sur ce point l'argumentaire des « modernistes ».

La coutume ignore l'individualisation des liens juridiques et des patrimoines, les exigences de l'économie de marché et les outils contractuels nécessaires à ce type d'échanges, pour que soient assurées la sécurité et la rapidité des transactions. D'autre part, les structures de parenté et le droit de la famille freinent la mobilité sociale²⁸ et celle des capitaux, donc la multiplication des échanges susceptible de stimuler l'économie. Prenons l'exemple de la dot. Depuis la fin de la guerre, elle représente un investissement excessif et improductif. Les fonctions traditionnelles de cette compensation matrimoniale (support et preuve de l'alliance, acte compensatoire et de légitimation du mariage) ont été dévoyées avec la monétisation des échanges. Elle est devenue un prix, souvent exorbitant, qui déchaîne d'odieuses spéculations sur le marché des filles. Une circulaire d'application du Code malien de 1962 condamne fermement ce « maquignonage matrimonial »²⁹. Au-delà des conséquences sociales désastreuses de telles pratiques³⁰, cette dot exorbitante ne crée pas de richesse, car elle n'a pas vocation à être investie autrement que dans les alliances matrimoniales, soit pour sceller une nouvelle union, soit pour être restituée en cas de rupture des liens conjugaux. Enfin, les modes traditionnels d'appropriation et d'exploitation du sol ne servent pas les exigences de rendement agricole.

Ce rejet de la tradition est d'ailleurs cautionné par certains experts occidentaux, lorsqu'ils sont sollicités pour participer à l'élaboration du droit nouveau. L'expertise du Professeur René David, spécialiste

²⁶ De nombreuses mesures constitutionnelles et pénales répriment sévèrement les comportements identitaires incitant à la haine raciale ou revendiquant une appartenance ethnique. L'article 6, alinéa 2 de la Constitution ivoirienne du 3 novembre 1960 dispose que « toute propagande particulariste de caractère racial ou ethnique, toute manifestation de discrimination raciale sont punies par la loi. » En application de cette disposition, la loi du 12 mai 1962, complétant les dispositions de l'article 311 du Code pénal, prescrit : « Quiconque aura volontairement porté atteinte à l'intégrité de la tête ou du cou d'une personne, notamment au moyen de scarifications, tatouages indélébiles, limages des dents, ou par tout autre procédé de nature à caractériser l'appartenance de cette personne à une ethnie déterminée, sera puni d'un emprisonnement de six à douze mois et d'une amende de 50 000 à 500 000 francs ou de l'une de ces peines seulement. » On retrouve des dispositions analogues dans les constitutions du Gabon, du Mali et l'on pourrait ainsi multiplier les exemples. (R.DEGNI-SEGUI, « Codification et uniformisation du droit », *op. cit.*, p. 467).

²⁷ Cité par A. PAPACHRISTOS, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, LGDJ, 1975, p. 61-62.

²⁸ La combinaison de la dot et de la polygamie constitue un frein au progrès social car elles maintiennent ou creusent les inégalités sociales. La dot représente un investissement très lourd ; il faut des années de labeur pour accumuler le montant exigé. C'est un capital immobilisé et improductif, puisqu'en général il est réinvesti par la famille qui le perçoit pour sceller une nouvelle union. Il y a donc quelques individus riches qui peuvent se marier sans s'appauvrir, et les autres qui économisent pour la dot, ce qui entrave leur ascension sociale ; au mieux, ils ne s'enrichissent pas, au pire, ils s'appauvrissent. (M. DUMETZ, *Le droit du mariage en Côte d'Ivoire*, Paris, 1975, p. 74).

²⁹ Circulaire n° 885 du 25 juillet 1962 prise pour l'application du Code malien du mariage et de la tutelle (Loi malienne 62-17 du 3 février 1962) qui entend « supprimer le maquignonage matrimonial, source d'incitation à la débauche, d'instabilité dans la plupart des unions, d'effritement de la collectivité familiale, de recrudescence du péril vénérien ». (Citée par R. DECOTTIGNIES, « Requiem pour la famille africaine », *op. cit.*, p. 262).

³⁰ Sur le thème du dévoiement de la dot : R. DECOTTIGNIES, *ibid.*, p. 260-261 ; H. SOLUS, « Le problème actuel de la dot en Afrique Noire », *Revue juridique et politique de l'Union française*, 1950, p. 453 et s. ; A. CABANIS, « Le statut de la dot coutumière à l'épreuve de la colonisation. Contribution à une théorie des ruptures et des continuités juridiques en Afrique francophone subsaharienne », *Droit béninois*, n° 2 / 2013 : La dot et le mariage en Afrique, p. 46-49.

français de droit comparé, a ainsi été requise lors de la rédaction d'un avant-projet de Code civil pour l'Éthiopie, en 1960. Dans un article qui relate cette expérience, il écrit à propos de la coutume : « [elle] est la cause du niveau extrêmement bas où est restée la société africaine ; elle est la cause du sous-développement sous toutes ses formes. »³¹ Notons cependant que pour René David, cela ne doit pas nécessairement conduire à l'écrasement des coutumes ; son positionnement est plus nuancé, quoique toujours conditionné par l'idéologie du développement³². Les autorités africaines, influencées par ces thèses ethnocentristes, ont finalement adhéré à l'idée d'un « droit du sous-développement » qu'il fallait éliminer ou neutraliser avec les armes du légalisme à l'occidentale.

La décennie 1960-1970 coïncide d'ailleurs avec l'apparition d'une doctrine, portée par les économistes et relayée par les juristes, qui défend la thèse d'un « droit du développement ». Les colloques et les publications sur ce thème alimentent une abondante littérature scientifique, qui stigmatise les coutumes rétrogrades et dénonce leur incompatibilité avec les exigences d'une économie moderne dans les pays sous-développés. Extraits choisis : « Les structures traditionnelles de parenté constituent encore, en l'état actuel d'une évolution inachevée, des éléments de résistance aux progrès économiques souhaités. [...] Les sociétés africaines devront modifier leurs structures familiales si elles veulent réaliser un processus prolongé et durable de croissance économique. [...] Il semble aujourd'hui prouvé que le type familial le plus conforme aux exigences du développement économique, à base d'industrialisation et d'urbanisation, est celui que présente le ménage monogamique à filiation patrilinéaire, constitué par le libre choix des époux et sans exigence, autre que symbolique, d'une dot. »³³ Pour les économistes, seule la destruction de la famille traditionnelle permettra de surmonter les obstacles au développement, particulièrement dans le domaine agricole³⁴.

Enfin, au-delà des motifs politiques et économiques, il y a bien sûr un enjeu juridique. En optant pour un droit codifié, ces États font clairement le choix du monisme juridique. Ils renoncent au pluralisme coutumier et à l'insécurité qu'il engendre, en unifiant leur droit sur la base d'une seule source, la loi, dont ils vantent les vertus. Un droit écrit, clair, accessible, ordonné, rationnel ne peut que supplanter des coutumes orales, imprécises, insaisissables fondées sur des représentations religieuses, mythiques et ontologiques. Les discours sont pétris d'ethnocentrisme. En 1966, dans sa « prière pour un Code civil », le magistrat togolais Louis Atsu-Koffi Amega affiche son mépris des coutumes : « Nos États ont opté, dans toutes leurs institutions, pour *le jus scriptum* parce que sa fixité le rend supérieur à la coutume qui, elle, est changeante et dépend de la fidélité des souvenirs des peuples autant que de leurs fantasques imageries. »³⁵

³¹ R. DAVID, « La refonte du Code civil dans les États africains, *Annales africaines*, 1963, p. 161.

³² Faut-il pour autant le ranger parmi les universitaires « défenseurs des coutumes », au même titre que Roger Decottignies, Jean Chabas, Étienne Le Roy et Michel Alliot ? (F. RENUCCI, *op.cit.*, p. 73-74) La question se pose dès lors que, dans une perspective évolutionniste, il en évalue la charge sclérosante pour les récuser (« Si la société est telle qu'une révolution s'impose pour qu'elle parvienne à un état de développement satisfaisant, les coutumes ne peuvent lui servir de base. » : R. DAVID, *op. cit.*, p. 162), et qu'à l'inverse, il valide celles qui n'entravent pas le développement d'une société (« Si cette société est dans un état satisfaisant, le Code sera naturellement fondé sur les coutumes » : *ibid.*). En d'autres termes, « il faut résolument combattre le droit coutumier et le faire disparaître [lorsqu'] il fait obstacle à une transformation nécessaire de la société ». (*Ibid.*)

³³ G. LEDUC, « Structures familiales et développement économique en Afrique intertropicale », *op. cit.*, p. 137 ; 141 ; 144-145. Dans le même sens : R. GRANGER, « Pour un droit du développement dans les pays sous-développés », *Études de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Paris, Dalloz, 1961, p. 47-69. Au titre des manifestations scientifiques et publications collectives, on mentionnera le colloque des facultés de droit qui s'est tenu à Dakar en mai 1962 sur le thème *Développement économique et évolution juridique*, avec une deuxième partie consacrée au « Droit du développement », dont les actes ont été publiés dans le premier numéro des *Annales africaines*, et les travaux réunis par l'Association internationale des sciences juridiques à la requête de l'UNESCO, coordonnés par André Tunc et publiés en 1966 sous le titre *Les aspects juridiques du développement économique*.

³⁴ S. AMIN, *Trois expériences africaines de développement : Le mali, La Guinée, le Ghana*, Études Tiers-Monde, PUF, 1965, Introduction, p. 32.

Samir Amin (professeur à l'Institut africain de développement économique et de planification à Dakar) explique, dans la conclusion de son ouvrage, que « ce qu'il faut faire pour permettre le progrès de l'agriculture c'est, non pas "éduquer les paysans" dans le cadre traditionnel de la famille, mais briser cette famille et ses traditions ». Il ne s'agit pas de « créer des coopératives illusoires et formelles, mais [de] développer l'individualisme, [de] libérer l'individu du carcan de la tradition. » (*Ibid.*, Conclusion, p. 231-232).

³⁵ L. A.-K. AMEGA, « Prière pour un Code civil », *Penant*, 1966, p. 282.

Cette unification du droit, faut-il le rappeler, est aussi réalisée au nom du principe constitutionnel d'égalité civile. La dualité de statuts, en vigueur pendant la colonisation, puis maintenue à titre transitoire dans certains États, est désormais considérée comme discriminatoire. Le droit codifié met donc un terme à ces inégalités statutaires³⁶. Et Atsu-Koffi Amega de poursuivre, dans un style très révolutionnaire : « Nous nous réjouissons de voir s'ériger bientôt une telle œuvre dans notre pays, qui marquera l'an un de la victoire du droit civil commun unifié sur l'actuelle multitude des statuts personnels. »³⁷

Ce choix de la modernité et de l'uniformité imposées dans des sociétés fondamentalement pluralistes attachées à leurs traditions s'est heurté à des résistances, obligeant les acteurs du processus réformateur à se poser la question de la réception. Confrontés à l'ineffectivité du droit nouveau, ils allaient devoir tempérer les ambitions du modernisme.

III – Réception inégale : l'écueil du droit de la famille et du droit foncier

À la faveur des premiers bilans, la politique juridique moderniste révèle ses failles. C'est à la fin des années 60 et surtout au cours de la décennie suivante que tous, dirigeants et juristes, se saisissent du problème de la réception, question névralgique indissociable du grand chantier du renouvellement des droits africains par la voie du compromis.

La fin de cette première décennie des indépendances est marquée par une prise de conscience qui va profondément modifier la réflexion des juristes africains et des africanistes sur la codification. L'analyse des discours, au cœur de ce moment décisif, révèle un débat passionné et particulièrement stimulant pour quiconque s'intéresse à l'histoire et à la théorie du droit. Il faut, sur cette question, relire le texte remarquable de Jean Hilaire qui consacre la troisième partie de ses « Variations sur le mariage »³⁸ à ce temps de la réflexion.

Bien que l'hostilité affichée des magistrats africains à l'égard des coutumes reste vive – elles sont rétrogrades, anachroniques, malfaisantes, étouffantes – ils n'en sont pas moins conscients que la réception des lois radicales promulguées depuis 1963 pose de sérieux problèmes. « Si les coutumes sont dépassées, les principes du droit moderne ne sont pas davantage adaptés à l'état actuel de la société. »³⁹ La réception du droit nouveau se heurte en effet à des obstacles techniques – comme la défaillance de l'état civil, la langue véhiculaire, l'inaccessibilité du droit au plus grand nombre faute de supports et de relais de diffusion⁴⁰ – et à des résistances culturelles. Les chefferies traditionnelles, qui pratiquent la conciliation et appliquent les coutumes, continuent de soustraire les justiciables à la compétence des juridictions contentieuses (modernes ou coutumières) et donc à l'emprise de l'État. On constate par ailleurs que la législation nouvelle peine à s'insinuer dans la vie des populations, toutes générations confondues. Les anciens comme les plus jeunes se réfèrent à la coutume et l'appliquent dans des situations codifiées, ce qui se traduit par la résurgence d'un droit « vécu », caché, officieux. Le constat est unanime et l'on pourrait multiplier les occurrences à ce sujet⁴¹. Pierre-François Gonidec l'écrit, lui

³⁶ « Leur diversité [les coutumes] allait à l'encontre des principes affirmés par la Constitution : elles ne respectaient pas l'égalité des citoyens devant la loi. » (H. RAULIN, « Le droit des personnes et de la famille en Côte d'Ivoire », *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, dir. K. M'BAYE, Études préparées à la requête de l'Unesco, Paris, Larose, 1968, [en ligne], p. 231. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : https://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/pleins_textes_5/b_fdi_20-21/28201.pdf)

³⁷ L. A.-K. AMEGA, *op. cit.* p. 276.

³⁸ J. HILAIRE, « Variations sur le mariage. À propos de la codification en Afrique Noire », *Penant*, 1968, p. 147-193.

³⁹ *Ibid.*, p. 179.

⁴⁰ Ces faiblesses ont été identifiées très tôt par les économistes. Roger Granger déplore en 1964 que « le procédé juridique de la publication officielle des lois [ne soit] pas doublé par un ensemble de réseaux de communication techniques et sociologiques qui [permette] de porter effectivement ces règles nouvelles à la connaissance de ceux qui doivent les appliquer. » (« Problèmes d'application du droit moderne dans les pays en voie de développement », Actes du colloque de droit malgache des 15-21 octobre 1964, [en ligne], p. 114-118. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : http://madarevues.recherches.gov.mg/IMG/pdf/anal-droit2_5_.pdf)

⁴¹ « Dans un pays comme le nôtre, à majorité analphabète, la loi agit davantage comme un idéal à atteindre que comme un instrument de transformation immédiate de l'ordre juridique. À côté de la loi moderne c'est-à-dire celle de l'État et des

aussi, dans la première édition de son ouvrage sur les droits africains en 1968 : « Les populations sont tentées de vivre en marge du droit, et il y a, à côté du droit officiel, du droit légiféré, un droit officieux, plus ou moins clandestin, mais vécu quotidiennement. »⁴²

La réalité socio-culturelle, certes évolutive, n'est pas en adéquation avec le droit officiel parce que la coutume reste le support d'une identité, juridique et culturelle. Aussi, la substitution de droit, non consentie par les populations, est-elle vécue comme une aliénation identitaire brutale, qui engendre logiquement un phénomène de résistance. Le droit exogène est incompris : ses destinataires sont étrangers au langage, à la logique et au fond de ces normes qui s'appuient sur d'autres représentations que les leurs⁴³. Indifférent à leur vision du monde, à leurs pratiques religieuses, il est profondément inadapté à la mentalité traditionnelle. La conséquence logique de ce rejet culturel est que la législation « moderne » demeure virtuelle pour la majorité de ses destinataires. Cette concurrence des ordres juridiques, formel et informel, est au cœur d'une abondante littérature juridique qui se nourrit de la question existentielle posée par Guy-Adjété Kouassigan, dans un magnifique ouvrage qu'il intitule *Quelle est ma loi ?*

« La valeur d'une règle de droit », écrit-il, « ne dépend pas seulement de sa perfection technique formelle mais surtout de son adéquation au réel. [...] L'adoption en Afrique Noire des institutions juridiques occidentales n'a de sens qu'autant que les conditions qui ont provoqué leur avènement se trouvent préalablement réunies. Ce préalable est indispensable. En dehors de lui, la perfection technique peut conduire à la régression du droit. Sur ce point le risque est évident, d'abord de voir se développer ce que l'on appelle le droit sociologique, celui que le peuple spontanément se donne [...] ensuite de voir le nouveau droit inaccessible au peuple, qui n'y voit pas l'ordre qu'il considère comme juste, devenir le "statut particulier" d'une minorité qui ne conçoit le progrès que dans l'adoption des institutions européennes et dans l'évasion des structures traditionnelles. »⁴⁴

Ce phénomène contribue à créer une situation de pluralisme juridique « vécu » qui inflige un cruel désaveu à la version radicale du modernisme juridique. Il faut donc repenser le processus de modernisation du droit et les modalités de la codification. Ainsi voit-on évoluer la sémantique des discours : à la mutation intransigeante et rigide du droit on propose de substituer une « méthode empirique et patiente »⁴⁵ au service de l'hybridation des normes. La pensée juridique africaine est en train d'évoluer, elle se dépolitise, tempère les ambitions initiales et commence à envisager une voie médiane : celle d'un droit transactionnel. En 1967, lors du deuxième congrès de l'IDEF (Institut international du droit d'expression et d'inspiration françaises) à Lomé⁴⁶, Alexandre Ohin, membre du Comité de Réconciliation Nationale Togolais, chargé de la santé et de la justice, constate que « si certaines coutumes anachroniques sont encore pratiquées, la plupart présentent des traits généraux et constants qui pourront guider le législateur dans ses futures options » ; il est à cet égard convaincu qu'entre « l'abolition révolutionnaire du droit coutumier et un conservatisme dépassé, il y a place pour une solution progressiste qui consiste à éliminer les coutumes rétrogrades et désuètes pour conserver les aspects essentiels et positifs du droit coutumier afin de les introduire dans le futur code »⁴⁷. Cette opinion est partagée par de nombreux juristes africains. Mais une telle démarche transactionnelle, au service

tribunaux de droit commun, il est probable que nous conserverons longtemps encore un droit sociologique des populations. » (M. N'DIR, « Réflexions sur le mariage et le divorce en pays musulman », *Afrique Documents*, n° 83, 1965, p. 258, cité par J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 181).

⁴² P.-F. GONIDEC, *Les droits africains. Evolution et sources*, 1^{ère} édition, Paris, LGDJ, 1968, p. 276.

⁴³ « Les institutions traduisent la vision du monde partagée par l'ensemble des membres de la société qu'elles sont censées régir. Or, le droit moderne et les institutions d'inspiration occidentale n'ayant rien de commun avec les systèmes de croyance animistes souffrent d'un déficit de légitimité nécessaire à leur assurer l'adhésion des populations africaines. » (C. KUYU, *Parenté et famille dans les cultures africaines*, Paris, Karthala, 2005, p. 92).

⁴⁴ G.-A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? op. cit.*, p. 290.

⁴⁵ J. HILAIRE, « Variations sur le mariage », *op. cit.*, p. 180.

⁴⁶ Créé en 1964, l'IDEF consacre son premier congrès à *L'adaptation du droit coutumier aux techniques juridiques occidentales* (travaux publiés dans la *Revue juridique et politique Indépendance et coopération*, 1966/1) ; le deuxième a eu lieu en janvier 1967, à Lomé, réunissant 53 juristes de 16 pays sur le thème de la famille (*ibid.*, 1967/1).

⁴⁷ A. OHIN, « Discours », *Revue juridique et politique Indépendance et coopération*, 1967/1, p. 14-15.

d'un processus de réformation original, est une entreprise laborieuse qui s'inscrit dans le temps long. La solution de facilité – celle du transfert de droit – est définitivement abandonnée, et les États qui n'ont pas encore codifié leur droit civil vont opter pour cette voie médiane. « On ne peut supprimer d'un trait de plume le passé » écrivait Michel Alliot en 1964. Il faut néanmoins faire des choix, et la principale difficulté consiste à réaliser un inventaire des coutumes appliquées, à partir de questionnaires, afin de dégager un « droit commun coutumier » compatible avec les exigences du développement et susceptible par conséquent d'être reconnu et sanctionné par l'État.

Si les méthodes d'élaboration et les solutions retenues diffèrent en fonction des États, tous les Codes promulgués après 1970 sont le fruit d'une longue procédure transactionnelle qui tente le pari audacieux de l'hybridation juridique.

La technique la plus répandue consiste à élaborer un droit écrit d'application générale sous forme de lois ou de codes, dans lequel certains champs du droit relèvent du système des options. On y retrouve donc, à côté des règles communes, une forme de pluralisme⁴⁸, lorsque dans un domaine particulier le sujet de droit est libre de choisir entre deux régimes : civil ou coutumier. La méthode de l'option de droit a été souvent utilisée en droit du mariage et des successions ; le mariage, par exemple, est régi par des règles générales qui réservent une possibilité d'option sur les conditions de forme, la dot et le caractère monogamique ou polygamique de l'union. Cette méthode a été mise en œuvre au Sénégal (Code de la famille du 12 juin 1972), au Togo (Code des personnes et de la famille du 31 janvier 1980), au Gabon (Code civil du 30 décembre 1989). Pour en savoir plus sur la procédure d'élaboration du code sénégalais et sur son contenu, nous renvoyons aux articles de Kéba M'Baye et Serge Guinchard, très complets sur le sujet⁴⁹.

La seconde technique, moins fréquente, est celle d'un ordre juridique complètement unifié, sans options de droit. Le compromis consiste alors à réintroduire officiellement certaines dispositions coutumières dans une codification métissée, conçue sur le modèle moniste. C'est au pays de l'authenticité⁵⁰ que l'on retrouve un modèle du genre avec le Code congolais de la famille du 1^{er} août 1987⁵¹, qui a finalement vu le jour après de longues années de réflexion. Là encore, on pourra lire avec profit le texte de Bayona Ba Meya Muna Kimvimba, premier président de la cour suprême du Zaïre, qui revient avec précision sur les modalités de cette politique juridique transactionnelle⁵².

⁴⁸ « On rétablissait ainsi, mais par l'autorité d'un même code et dans le respect de certaines règles communes, une sorte de dualisme juridique ». (P. LAMPUE, « L'influence du droit français et du droit coutumier sur les lois civiles africaines », *Dynamiques et finalités des droits africains*, op. cit., p. 25).

⁴⁹ K. M'BAYE, « L'expérience sénégalaise de la réforme du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1970/1, [en ligne], p. 35-42. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1970_num_22_1_17599 ; S. GUINCHARD, « Réflexions critiques sur les orientations du Code sénégalais de la famille », *Penant*, 1978/2, p. 175-204.

⁵⁰ La doctrine africaine de l'authenticité, en tant que philosophie politique, apparaît pour la première fois au Zaïre, portée par le Général Mobutu, au début des années 70. Il la définit dans un discours prononcé à la tribune des Nations Unies le 4 octobre 1973, dont voici un extrait :

« L'authenticité est une prise de conscience du peuple zaïrois de recourir à ses sources propres, de rechercher les valeurs de ses ancêtres, afin d'en apprécier celles qui contribuent à son développement harmonieux et naturel. C'est le refus du peuple zaïrois d'épouser aveuglément les idéologies importées. C'est l'affirmation de l'homme zaïrois ou de l'homme tout court, là où il est, tel qu'il est, avec ses structures mentales et sociales propres. Le recours à l'authenticité n'est pas un nationalisme étroit, un retour aveugle au passé, mais il est, au contraire, un instrument de paix entre les nations, une condition d'existence entre les peuples, une plate-forme pour la coopération entre les États. Car l'authenticité est non seulement une connaissance approfondie de sa propre culture, mais aussi un respect du patrimoine culturel d'autrui. » (« Allocution du général Mobutu Sese Seko, président de la République du Zaïre », Nations Unies, Assemblée générale, 28^e session, Séances plénières, Documents officiels, 4 octobre 1973, p. 10, n° 101).

Sur ce thème de l'authenticité, voir également : BAYONA BA MEYA MUNA KIMVIMBA, « Le recours à l'authenticité dans la réforme du droit au Zaïre », *Dynamiques et finalités des droits africains*, op. cit., p. 229-257 ; B. BOKOLOMBE, *L'influence du modèle juridique français en Afrique. Cas de la réception de Code civil en République démocratique du Congo*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 453-470 ; M. KAKAMA, « "Authenticité", un système lexical dans le discours politique au Zaïre », *Mots. Les langages du politique*, n° 6, 1983/1, [en ligne], p. 31-58. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : https://www.persee.fr/doc/mots_0243-6450_1983_num_6_1_1095

⁵¹ Loi n° 87.010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille.

⁵² BAYONA BA MEYA MUNA KIMVIMBA, « Le recours à l'authenticité dans la réforme du droit au Zaïre », *loc. cit.*

Ces expériences originales nous montrent que le droit étatique n'est pas forcément l'ennemi de la tradition, lorsqu'il devient le support d'un droit transactionnel, pensé et formalisé selon deux modèles différents : un système moniste égalitaire inspiré par les deux cultures, ou un système dualiste rétabli *par l'autorité du code* dans certains champs du droit. La plupart des États sont ainsi parvenus « à faire leurs parts respectives à la nécessité de l'évolution et au maintien de ce qui reste vivant dans la tradition »⁵³.

Ces réformes ont-elles pour autant réalisé l'heureuse symbiose, entre « tradition et modernisme », et produit un droit authentiquement africain, qui serait devenu le support d'une identité culturelle dans laquelle tous les sujets de droit sont susceptibles de se reconnaître ?

Si l'effort d'authenticité est indéniable, ces nouvelles codifications n'ont pas complètement résolu le problème de l'effectivité du droit édicté. Il suffit pour s'en convaincre de parcourir la production scientifique, juridique et anthropologique, sur les droits africains depuis les années 90. Le thème des résistances au droit positif et de la permanence d'une juridicité informelle y occupe en effet une place centrale. Il s'agit en l'occurrence d'une réalité multiforme qui ne se limite pas à la survivance d'anciennes coutumes (notamment dans les pays où celles-ci ont été abrogées, comme la Côte d'Ivoire, qui constitue à cet égard un champ d'investigation privilégié⁵⁴) ; la résistance se manifeste aussi par la mise en œuvre d'un droit populaire, spontané, adapté aux institutions nouvelles et néanmoins inspiré par la logique (et non le contenu) des droits africains⁵⁵. De telles pratiques informelles, qui ne sont plus réductibles à l'opposition loi/coutume, modernité/tradition, mobilisent des réseaux normatifs de substitution beaucoup plus complexes, qui s'inscrivent dans la construction d'une modernité alternative à celle définie par l'État.

En République démocratique du Congo, le professeur KUYU a travaillé sur ces pratiques alternatives qui se situent dans « la logique de l'entre-deux », celle d'une vision endogène et plurielle de la société, mais adaptée aux contraintes des sociétés modernes. Ce sont par exemple, en milieu urbain, des structures parentales alternatives à la famille nucléaire qui se développent, inspirées de cette logique traditionnelle, au sein d'une vie néo-communautaire où d'autres éléments que le sang sont valorisés⁵⁶ ; ou encore, l'émergence d'un nouveau modèle matrimonial, véritable innovation socio-juridique, qui contourne la prohibition de la polygamie du Code congolais de la famille⁵⁷. La communauté rurale du Sénégal, créée en 1972 sur le modèle des coopératives occidentales, a pu également devenir le support de telles pratiques, lorsque les acteurs locaux y ont mis en œuvre leur propre logique juridique⁵⁸.

Ces phénomènes ont fait l'objet d'un numéro spécial de la revue *Politique africaine* en 1990, coordonné par Étienne le Roy et Gerti Hesselings, sur *Le droit et ses pratiques*. Les auteurs, peu convaincus par les

⁵³ P. LAMPUE, « L'influence du droit français et du droit coutumier sur les lois civiles africaines », *loc.cit.*

⁵⁴ F. LAROCHE-GISSEROT, « L'échec du mariage civil en Afrique francophone. L'exemple de la Côte d'Ivoire », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1999/1, p. 59-62 (ineffectivité du mariage civil et persistance du mariage coutumier) ; p. 72-78 (à propos de la persistance de la dot, de la contrainte matrimoniale, de la polygamie) ; C. VLEI-YOROBA, « Droit de la famille et réalités familiales : le cas de la Côte d'Ivoire depuis l'indépendance », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, n° 6, 1997 : Femmes d'Afrique, [en ligne], n° 21-27. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : <https://journals.openedition.org/cliio/383>

⁵⁵ La faillite du droit codifié n'est donc pas synonyme d'anarchie, lorsque la loi est remplacée par des « réseaux normatifs de substitution, soit préexistants, qu'ils soient actifs ou dormants, soit créés pour la circonstance » (L. MATALA-TALA, « L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne », *Civitas Europa*, 2013/2, [en ligne], p. 254. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : <https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2013-2-page-239.htm>).

⁵⁶ C. KUYU, « Les réformes des droits africains de la famille : un projet juridique visant une hégémonie culturelle », *À la recherche du droit africain du XXI^e siècle*, dir. C. KUYU, Paris, Éditions Connaissances et Savoirs, 2005, p. 108 ; *Parenté et famille dans les cultures africaines*, *op. cit.*, spéc. chap. 6 : Néo-communautés parentales et néo-fraternités, p. 113-128.

⁵⁷ C. KUYU, *Parenté et famille dans les cultures africaines*, *op. cit.*, p. 105-106 ; « La "bureaugamie" : un nouveau modèle matrimonial africain ? », *Mariage-mariages*, dir. C. BONTEMS, Paris, PUF, 2001, p. 295-301. Le même modèle a été étudié au Gabon : C. BOUNANG MFOUNGUE, *Le mariage africain, entre tradition et modernité : étude socio-anthropologique du couple et du mariage dans la culture gabonaise*, Thèse sociologie, Université Montpellier III, 2012, spéc. « Le phénomène "deuxième bureau" », p. 139-143. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00735563>).

⁵⁸ N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, n° 213, p. 366 ; M. ALLIOT, « Un droit nouveau est-il en train de naître en Afrique ? », *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, Karthala, 2003, p. 216-219 ; É. LE ROY, M. WANE, « La formation des droits "non étatiques" », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1 : L'État et le droit, *op. cit.*, p. 384-386.

politiques d'authenticité juridique conduites depuis 1970, considèrent que le caractère exogène du droit et de l'organisation judiciaire officielle des pays africains continue d'affecter sérieusement son effectivité. Face à ce modèle qui se veut et se pense comme unitariste, les citoyens trouvent, dans la pratique, des réponses pragmatiques plurielles. Constatant l'impuissance des institutions juridiques, judiciaires, administratives et étatiques à assurer l'efficacité des dispositifs légaux, ils prédisent le recours généralisé à des formes plus ou moins métissées et coutumières d'encadrement des sociétés⁵⁹.

Depuis, les juristes, les politistes, les sociologues et les anthropologues continuent d'explorer cette juridicité multiple et de plus en plus complexe, sans vraiment confronter leurs visions du droit et leurs approches scientifiques, de sorte que les frontières disciplinaires et l'éclatement de la réflexion semblent « multiplier les dialogues de sourds », pour reprendre l'expression de Dominique Darbon et Jean du Bois de Gaudusson dans l'introduction de leur ouvrage sur *La création du droit en Afrique*⁶⁰.

En schématisant quelque peu, on dira que les juristes africains continuent à se diviser sur fond de guerre des normes avec, d'un côté, les partisans du monisme et de l'État de droit unitaire qui défendent un ordonnancement du droit bien établi avec des sources formelles et informelles respectant une hiérarchie, placée sous le contrôle des acteurs institutionnels⁶¹ et, de l'autre, les chantres de la diversité, favorables à une version « ultra » du pluralisme juridique sur fond d'ethnicité assumée et officiellement sollicitée⁶².

Le début des années 2000 correspond à une nouvelle phase : celle de la révision des codes. Le droit de la famille, en particulier, a été réformé sur le modèle du droit occidental lorsqu'il s'est agi de réduire les inégalités de genre et de réviser le statut de l'enfant⁶³ afin de respecter les standards conventionnels en matière de droits fondamentaux⁶⁴.

Ces récentes évolutions, qui contredisent les normes religieuses et coutumières dans les champs du droit de la famille et du droit foncier, ont encore compliqué la donne en encourageant les pratiques dites de *law* ou *forum shopping* par les justiciables⁶⁵. Dans un contexte de pluralisme normatif, ceux-ci mobilisent simultanément ou successivement des règles issues des ordres juridiques concurrents, en fonction du résultat poursuivi. Ce type de comportement, qui consiste à faire valoir la règle la plus profitable, se démarque des postures classiques de soumission ou de résistance à la loi de l'État. Il s'agit plutôt d'une sorte d'arrangement avec le droit, dont la logique est plus stratégique que politique. Depuis peu les socio-anthropologues s'intéressent à ces pratiques en s'efforçant de comprendre la manière dont les justiciables sélectionnent les forums les plus appropriés et à quelles fins. Les travaux de Marième

⁵⁹ G. HESSELING, É. LE ROY, « Le droit et ses pratiques », *Politique africaine*, Décembre 1990, n° 40, p. 10-11.

⁶⁰ D. DARBON, J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Avant-propos », *La création du droit en Afrique*, dir. D. DARBON, J. DU BOIS DE GAUDUSSON, Paris, Karthala, 1997, p. 8.

⁶¹ A. KEITA, « Au détour des pratiques foncières à Bancoumana », *Le droit en Afrique*, *op. cit.*, p. 112-113.

⁶² L. MATALA-TALA, « L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne », *loc. cit.*

⁶³ C'est le cas du nouveau Code des personnes et de la famille du Bénin, promulgué en 2004, du Code des personnes et de la famille togolais révisé en 2012 et du Code de la famille congolais, modifié en 2016.

⁶⁴ Le Code des personnes et de la famille togolais de 1980 a été révisé en 2012 sur le fondement des principes suivants : réduire en matière de mariage et de successions les discriminations basées sur le genre, respecter le principe constitutionnel d'égalité civile et renforcer la conformité du droit interne avec les conventions internationales. (Loi n° 2012-014, du 6 juillet 2012 portant modification de l'Ordonnance n° 1980-16 du 31 janvier portant Code des personnes et de la famille).

⁶⁵ Quand les normativités coexistent mais qu'elles ne se rencontrent pas (ce qui correspond au phénomène de résistance du droit endogène au droit exogène), « les acteurs laissent se perpétuer, autant qu'il est possible, une situation de *patch work* ou de juxtaposition normative soit par absence de volonté, soit par incapacité de composer avec les différents modes de normativité qui se présentent à eux. L'absence de volonté peut être liée à la perspective de pouvoir mobiliser le mode estimé le mieux convenir pour atteindre un but. C'est en ce sens que se développent des pratiques de *law* ou *forum shopping* aujourd'hui amplement analysées. » « (V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Droit, pluralité des modes de normativité et internormativité. Regard juridique », *Revue des droits de l'homme*, 2019, [en ligne], n° 28. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : <https://journals.openedition.org/revdh/6413>).

N'Diaye sur le Sénégal⁶⁶ et de Sophie Andretta sur le Bénin⁶⁷ nous montrent que le « réel juridique africain » n'est plus réductible à l'opposition modernité/tradition, loi/coutume, national/local, urbanité/ruralité, individuel/collectif, rationnel/irrationnel. Ils bousculent notre grille de lecture des phénomènes juridiques, nous obligeant à sortir de cette vision binaire et à nous saisir autrement de la problématique du pluralisme dans des États unitaires. Florence Renucci corrobore cette analyse lorsqu'elle propose un nouveau concept, celui d'*afropluralisme* qui consiste à « accepter les droits africains comme des formes plastiques d'hybridation, positives et innovantes, faites de mélanges et d'interactions [...] dans des dynamiques d'harmonisation plutôt que de juxtaposition et où, aujourd'hui, identités et globalisation se côtoient »⁶⁸.

Je suis convaincue qu'il est devenu essentiel de confronter les visions du droit et les approches scientifiques, de briser les frontières disciplinaires et de poursuivre la réflexion autrement, de « penser le droit autrement », pour reprendre une expression chère à Norbert Rouland.

C'est, me semble-t-il, tout l'intérêt de ces regards croisés.

⁶⁶ M. N'DIAYE, « Interpréter le non-respect du droit de la famille au Sénégal. La légitimité et les capacités de l'État en question », *Droit & société*, 2015/3, p. 607-622 ; « Le pluralisme normatif en matière familiale. Contrainte ou opportunité pour l'État du Sénégal », *Aux marges des règles et des lois. Régulations informelles et normes pratiques en Afrique*, dir. S. AYIMPAM Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2019, p. 209-234.

⁶⁷ S. ANDRETTA, « Pourquoi aller au tribunal si l'on n'exécute pas la décision du juge ? Conflits d'héritage et usages du droit à Cotonou », *Politique africaine*, 2016/1, [en ligne], p. 147-168. [Consulté le 28 février 2022] Disponible sur Internet : <https://www.cairn.info/revue-politique-africaine-2016-1-page-147.htm?contenu=article> ; « Affaires d'héritage à Cotonou : comment la loi a changé les familles », *Cahiers d'études africaines*, 2019, p. 377-404 ; « Le "code des femmes" ? Conflits d'héritage, dynamiques de genre et usages du droit à Cotonou », *Cahiers du genre*, 2019/1, p. 201-222.

⁶⁸ F. RENUCCI, *op. cit.*, p. 115.