

Le pluralisme juridique

par Filip Reyntjens

Généralités

Aussi bien d'un point de vue scientifique, ^{que pratique} le pluralisme juridique est la caractéristique la plus frappante des systèmes juridiques africains. Quoique le pluralisme juridique est dans une certaine mesure présente dans toute société, même dans les sociétés les plus industrielles, ceci est particulièrement le cas dans les sociétés africaines. Jacques Vanderlinden donne du pluralisme juridique la définition suivante : « l'existence, au sein d'une société déterminée de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des conditions identiques ». Suivant la situation d'une personne (par exemple son appartenance à un groupe spécifique) on applique un système de règles plutôt qu'un autre, qui s'appliquera à son tour à d'autres personnes dans une autre situation.

Le pluralisme juridique est inhérent au pluralisme social. Comme nous l'avons dit, ce phénomène est universel. Puisque les normes juridiques sont créées et appliquées dans chaque champ social et puisque toute société comme tout Etat est composé de différents champs sociaux, tout système est plus ou moins caractérisé par le pluralisme juridique. François Gény et avant lui Montesquieu ont déjà insisté sur ce lien entre *donné spécial* et

construit juridique. Griffiths décrit une situation de pluralisme juridique de la façon suivante : "one in which law and legal institutions are not all subsumable within one system but have their sources in the self-regulatory activities of all the multifarious social fields present, activities which may support, complement, ignore or frustrate one another ».

En Afrique, le pluralisme juridique est le résultat de la pénétration de systèmes juridiques étrangers. Sur la base existante du droit populaire se sont greffés, en plusieurs vagues, des systèmes importés. Historiquement, la première vague est celle des droits religieux. Au septième siècle déjà, le droit islamique (la sharia) s'étendait sur toute l'Afrique du nord et au cours des siècles suivants, il s'est propagé vers le sud jusqu'au dixième parallèle nord par la voie des contacts commerciaux avec les grands empires africains. Sur la côte est, la pénétration s'étendait plus vers le sud, jusqu'au dixième parallèle sud, mais l'intérieur du continent n'y a pas été islamisé en profondeur. L'implantation du droit copte en Ethiopie est encore plus ancienne, elle date du quatrième siècle, mais son importance est moindre. La deuxième vague d'importation des systèmes juridiques est celle de la colonisation européenne et elle s'est produite en deux phases. La plus ancienne fut l'importation du droit romano- hollandais en Afrique australe, suite à la colonisation mercantile des dix-septième et dix-huitième siècles. Quoique érodé mais pas remplacé par la Common Law, anglaise à partir du début du dix-neuvième siècle, le droit romano-hollandais est toujours en vigueur dans tous les pays anglophones de l'Afrique australe, c'est-à-dire, l'Afrique du Sud, la Namibie, le Lesotho, le Botswana, le Swaziland et le Zimbabwe. La deuxième phase d'importation de systèmes juridiques coloniaux, qui avaient déjà commencé au début du dix-neuvième siècle, a décollé après la conférence de Berlin en 1885. Les systèmes juridiques de l'Europe occidentale, c'est-à-dire français, belge, espagnol et portugais, et la

Common Law, ont eu le temps de s'implanter pendant une période de quatre-vingt ans.

Ces différentes *couches* de systèmes juridiques différents convergent en un système complexe, avec des interactions diverses comme conséquence. Pendant la période pré – coloniale, il y avait des interactions diverses entre les droits religieux et les droits populaires ; pendant la période coloniale, il y avait des interactions entre les droits européens, les droits populaires et les droits religieux ; après les indépendances, il y avait des interactions entre droit moderne et droit nouveau des nouveaux Etats (dont font partie les droits coloniaux qui sont restés en vigueur), les droits populaires et les droits religieux. Mais il n'y a pas de distinction fondamentale entre le processus d'interaction d'avant et d'après les indépendances. En fait, les nouveaux Etats ont perpétué la tradition des systèmes européens du droit écrit. Il n'y a que le « rédacteur » des textes qui a changé, mais les caractéristiques des systèmes juridiques sont restées les mêmes. En plus, même après l'indépendance, le « système dominant », c'est-à-dire le droit officiel, continue à déterminer la valeur contraignante et la portée des règles du *système auxiliaire*, droit populaire.

Nous savons peu de choses sur les interactions qui se sont produites dans la période précoloniale, mais les conséquences se manifestent encore dans l'islamisation de certains droits populaires. Quoique l'influence du droit islamique dans les régions islamisées de l'Afrique noire ait été importante, cela n'était pas dû à une imposition de la sharia. Au contraire, les autorités de l'Islam ne préconisaient l'application du droit islamique qu'aux seuls croyants. En effet, la base de l'application est la situation personnelle, et l'Islam est tolérant. Il n'en demeure pas moins que la pénétration très ancienne de la sharia a eu une profonde influence sur les droits populaires, à tel point que dans certains domaines, il devient actuellement difficile

d'établir la provenance d'une règle. Déterminer si une règle trouve son origine dans le droit populaire ou dans le droit islamique est d'autant plus difficile, qu'il existe assez bien de convergences entre les règles de la sharia et les règles de la plupart des droits populaires.

Puisque des observateurs européens étaient présents, le processus d'interaction de la période coloniale est mieux connu. Mais même en ce qui concerne cette période, il n'est pas toujours évident dans quelle mesure on peut parler de *droit populaire*. Dans ce contexte, on invoque même « l'invention du droit populaire ». Le *droit populaire* serait une création récente, un produit de la colonisation plutôt que de la période pré-coloniale. Il faudrait donc faire la distinction entre le droit populaire *colonial* et le « vrai » droit populaire. Il est effectivement hors de doute que les sociétés locales ont souvent dû se soumettre à des chefs néo-traditionnels et qu'elles ont été associées à des relations économiques nouvelles, contre leur gré et généralement à leur désavantage. De cette façon, le contenu du droit populaire a été adapté, et ce doit avoir été exercé, par des tribunaux *indigènes*, dont la légitimité traditionnelle était parfois douteuse. Mais même si le droit populaire ne mérite plus vraiment ce nom, le phénomène du pluralisme demeure : il s'agit alors d'une superposition du droit étatique à un droit populaire *adapté*.

Dans un article devenu classique, paru pour la première fois en 1973, l'anthropologue du droit américain Sally Falk Moore a essayé de schématiser les relations entre les systèmes normatifs divers. Son point de départ était la constatation que chaque individu est membre d'un groupe social et généralement même de plusieurs, tels un groupe de parenté, un village, une entité ethnique ou religieuse, un groupe professionnel, etc.. Moore dit de ces groupes qu'ils sont *semi-autonomes*. Ils sont autonomes, parce qu'ils ont la capacité de créer des règles et des normes, et de les faire

appliquer. Mais ils ne sont que semi- autonomes dans la mesure où leur capacité normative est limitée par l'activité normative d'autres champs semi-autonomes. Selon Moore, l'Etat n'est qu'un champ semi-autonome parmi d'autres, et les normes qui sont créées dans tous ces champs relèvent du droit. Woodman le dit explicitement : « There is no empirical distinction between them and state laws other than practice of certain institutions of the state to differentiate them ». Moore a démontré que s'il y a des conflits entre les normes générées par l'Etat et celles générées par d'autres champs semi-autonomes, généralement plus restreints, le champ restreint est habituellement plus à même de faire respecter ses normes que l'Etat. Cette constatation ne se limite pas à ce qu'on appelle les sociétés traditionnelles du tiers monde. Pour illustrer cette thèse, Moore cite l'exemple des Chagga de la Tanzanie et l'industrie du vêtement à New-York city.

Analysons maintenant de quelle façon ont été abordées les deux composantes principales du système juridique dans une situation coloniale, c'est-à-dire le droit occidental et les droits populaires.

I. L'importation d'un système exogène

Personne n'aurait eu l'idée d'envisager de fonder sur les *coutumes* traditionnelles le système juridique de la structure politique coloniale. Les européens méprisaient et la culture africaine, et les *us et coutumes indigènes*, qu'ils ne connaissaient d'ailleurs qu'à peine. En plus, ces droits populaires n'étaient pas adaptés aux structures politiques occidentales du dix-neuvième siècle. Les britanniques ont introduit dans leurs colonies et protectorats le droit anglais (Common law, Equity et Statute Law) comme il se présentait à un certain moment (par exemple au Sierra Leone en 1862, au

Nigeria en 1900, au Tanganyika en 1920) et cela dans la mesure du possible, vue la situation locale et l'évolution générale. Cette réserve fut stipulée dès le début, ce qui donnait aux juges des colonies, une marge de manœuvre considérable.

Au Liberia, créé par des esclaves américains libérés en 1821, s'est produite une situation semblable à partir des droits anglais et américain.

Dans les régions de l'Afrique australe pour autant qu'elles ont subi l'influence britannique ou sud-africaine, ce n'est pas le droit anglais, mais bien le droit romano-hollandais qui a été introduit. Dans les régions sous leur contrôle, les britanniques ont plus tard complété le droit anglais ou l'ont modifié par des mesures législatives locales. Ces mesures étaient soit des imitations de la nouvelle législation anglaise soit une adoption du droit codifié anglais comme il était d'usage aux Indes britanniques.

Dans les territoires français, le droit français entrainait en vigueur si son application dans une région était décrétée explicitement. C'était le cas pour tous les codes importants. Parfois ces codes étaient légèrement adaptés ou complétés en vue de certaines circonstances locales, comme par exemple, comme par exemple la répression des « pratiques barbares et superstitieuses » dans le code pénal. Il y a aussi des décrets particuliers formulés spécifiquement pour l'empire colonial.

Pour prouver qu'il avait réellement fondé un Etat souverain, Léopold II devait doter le Congo d'un système juridique original. A partir d'exemples belges essentiellement, il faisait rédiger les lois congolaises qui étaient formellement, et aussi quelque peu sur le plan du contenu, différentes de la législation belge.

Après 1908, ce travail a été poursuivi par le Conseil colonial qui préparait les décrets promulgués par le Roi.

Au Ruanda-Urundi, la législation congolaise entrait en vigueur après la prise en charge de ce territoire par la Belgique, pour autant que son application à ce territoire était affirmée explicitement par arrêté. A côté de cela, le gouverneur pouvait édicter des ordonnances spécifiques à ce territoire sous mandat (sous tutelle à partir de 1949).

Quoiqu'il existait des différences entre les puissances coloniales en ce qui concerne la politique législative, nous pouvons généraliser et distinguer les catégories suivantes du droit colonial, législatif ou autre :

- a. les lois qui ont une application générale
- b. le droit qui constitue le « statut occidental »
- c. les lois qui modifient le droit populaire

De cette façon, on a créé dans les colonies un dualisme qui était inconnu dans la métropole. Dans certaines branches du droit au moins, le droit officiel occidental n'était pas appliqué à la grande majorité de la population.

II. La reconnaissance partielle du droit populaire

A. La reconnaissance du droit populaire

Les français (ainsi que les portugais et les espagnols) méprisaient les « coutumes », mais ils croyaient qu'il était possible d'apporter aux africains la « civilisation », par laquelle ils entendaient la culture française. Cependant, tous ont toléré le droit populaire, surtout dans le domaine du droit privé et aussi, dans une moindre mesure, dans le domaine du droit public. Laisser le droit populaire et ses structures survivre était pratiquement la seule possibilité et c'était aussi la moins chère. On espérait qu'avec le

temps le droit occidental, ainsi que la culture occidentale s'étendrait à tous. L'assimilation était l'idéal recherché.

Dans le domaine du droit privé, les français n'ont pas aboli les droits populaires, quoiqu'ils aient légiféré pour y apporter des « corrections ». Dans les territoires français, ils maintenaient des tribunaux de droit populaire, mais y installaient des juges blancs comme présidents. Officiellement, il n'y avait donc plus de véritables tribunaux indigènes, quoique les « vrais » qui existaient officieusement étaient tolérés avec un rôle d'instance d'arbitrage.

Les britanniques ont respecté davantage les droits indigènes. Ils les ont étudiés (cfr les anthropologues anglais) et appliqués aussi bien dans le domaine du droit privé que dans le domaine du droit public (indirect rule). Il leur a cependant été reproché que cette attitude était la conséquence de leur conviction qu'il était possible pour des nos anglais d'assimiler la culture anglaise.

Dans la colonisation britannique la tradition tenait à maintenir explicitement le droit des territoires annexés ou sous protectorat. L'assimilation n'était pas l'idéal recherché, certainement pas dans le domaine du droit privé.

Les « native courts » ont joué un rôle essentiel dans la reconnaissance des coutumes et des structures coutumières qui faisaient autorité.

Les belges du temps de Léopold II ont cru qu'il était possible d'assimiler rapidement les africains. L'immatriculation « première version », introduite par arrêté du gouverneur général du 18 mai 1900, témoigne de cette opinion. On a cependant renoncé à cette idée et à la reconnaissance explicite des coutumes (cfr art. 4 de la Charte coloniale, art.8 du décret sur les tribunaux indigènes) s'est réalisée dans l'organisation des tribunaux indigènes.

On ne doutait cependant pas de la supériorité de la civilisation (européenne) et en 1952 une nouvelle technique d'assimilation a été introduite, « l'immatriculation deuxième version », mais celle-ci n'a pas non plus connu de succès.

Pendant toute la période de 1885 à 1960, on a laissé au droit populaire un large champ d'application, et ceci essentiellement par le moyen des tribunaux indigènes. Comme les Britanniques, et certainement beaucoup plus que les Français, les Belges ont étudié tous les droits indigènes.

B. Les limitations de la reconnaissance des droits populaires

Une attitude commune à tous les colonisateurs était qu'ils n'appliquaient pas les droits indigènes sans plus. Leur application était limitée de façon radicale, parce qu'ils étaient uniquement appliqués :

- dans certains domaines du droit
- aux relations juridiques entre indigènes
- s'ils n'étaient pas contraires à la loi
- s'ils n'étaient pas contraires à l'ordre public.

De cette façon, le droit populaire n'était pour les Européens en Afrique qu'une annexe du nouvel ordre juridique. Pour l'indigène moyen par contre, le droit populaire demeurait le droit effectif courant, et cela dans une mesure plus importante que ne laissait entrevoir la loi. Il ne faut pas perdre de vue qu'à côté des tribunaux indigènes officiels, des tribunaux parallèles qui étaient pour la majorité des instances d'arbitrage acceptées par la loi, continuaient à exister et qu'il y avait même des juridictions secrètes.

Tous les systèmes juridiques avaient en commun le fait que le droit populaire n'était toléré que dans certains domaines du droit.

- a. Le maintien du droit populaire dans le droit civil était universel, notamment en ce qui concerne la famille, la succession, le droit foncier. L'envergure du « statut personnel » n'était pas la même partout. Dans les pays islamisés de l'Afrique du nord, il s'agissait essentiellement du droit familial et du droit successoral; en Afrique noire toutefois, « le statut personnel » englobait du droit civil et même, jusqu'à une certaine époque, une partie du droit pénal.
- b. Le droit pénal, par contre, était presque entièrement supplanté par le droit européen. L'adage « nullum crimen... » a joué un rôle dans cette intervention, ainsi que l'aversion des sanctions pénales traditionnelles jugées barbares.
- c. En ce qui concerne le droit judiciaire, le fonctionnement des tribunaux indigènes était plus ou moins reconnu universellement, surtout dans les territoires britanniques et belges.
- d. Les autorités locales n'avaient qu'un rôle limité en ce qui concerne le droit public, et ceci concerne particulièrement les territoires belges et britanniques, moins les Français. Ici les structures d'autorité relevant du droit populaire étaient reconnues, mais soumises à un contrôle sévère de l'administration coloniale.

La doctrine britannique concernant l'autonomie des chefs indigènes, 'l'administration indirecte », ou » l'indirect rule », a été formulée par Lord Lugard.

Selon Gonidec, l'attitude des français et des britanniques était similaire dans la pratique. Ils se servaient des chefs indigènes comme instruments de leur politique, mais le colonisateur possédait le pouvoir effectif et exerçait ce pouvoir de façon centralisatrice et autoritaire. Les autorités indigènes servaient à légitimer les décisions de l'administration coloniale. Le gouverneur du Ruanda-Urundi, Pierre Ryckmans, l'a exprimé clairement :

« La légitimité est un facteur moral d'une importance incalculable. Elle donne bien plus d'autorité que la contrainte. Les seuls rouages qui puissent fonctionner sans grincer entre l'autorité européenne et la masse des indigènes, ce sont les chefs légitimes. Eux seuls, parce que légitimes, sauront faire accepter des innovations nécessaires que d'autres ne réussiraient peut-être pas à imposer par la force ».

Les chefs indigènes étaient les exécutants de l'administration coloniale, même dans les protectorats, comme par exemple au Maroc et en Tunisie, où théoriquement les autorités locales ne pouvaient être que soumises à un contrôle.

Une caractéristique commune à tous les systèmes était le fait que les « coutumes » ne s'appliquaient qu'aux seuls autochtones :

- a. Le droit populaire ne concernait pas les Européens
- b. En cas de litiges intergénéralistes, le droit occidental avait généralement la priorité
- c. Pour les Africains, il existait plusieurs techniques pour échapper à leur droit populaire.

Dans les territoires français, on distinguait le « statut civil français ou commun », du « statut local ».

La transition vers le « statut civil » se faisait à la demande de la personne concernée par la voie de décision administrative ou judiciaire. Les constitutions de 1946 et de 1958 donnaient aux citoyens français le droit d'abandonner le statut local, mais la procédure n'était pas réglée. On pouvait également, à propos d'un acte spécifique, faire une option limitée pour le droit écrit.

Dans les territoires britanniques, le choix en faveur de la Common Law n'était pas réglementé. Ce choix ne devait pas être explicite, mais pouvait être déduit de certaines déclarations ou circonstances.

Au Congo Belge, l'immatriculation a été introduite en 1952. Elle se distinguait des systèmes britannique et français par sa formalité stricte et par son caractère nécessairement général. A l'inverse du système français, l'immatriculation n'amènerait pas une assimilation politique, mais uniquement une assimilation de droit civil.

Une dernière caractéristique commune à tous les systèmes est le fait que le droit populaire ne restait en vigueur que dans la mesure où il n'était pas contraire aux lois qui l'avaient aboli, modifié ou réformé.

On trouve des lois modificatrices aussi bien au niveau de plusieurs colonies ou de colonies individuelles, qu'au niveau local.

Dans les territoires britanniques, les lois modificatrices semblent avoir été rares. Dans les territoires français, le décret du 15 juin 1939, dit décret Mandel, a imposé un âge minimum pour le mariage, exigé l'accord des deux époux pour le mariage et interdit l'imposition de l'héritage des veuves. Le décret du 14 septembre 1951 a limité le montant des échanges matrimoniaux et a rendu possible un engagement formel à la monogamie. Au Congo belge, le mariage de filles trop jeunes était interdit (1936) et (la monogamie a été imposée (1947 et 1950).

Partout le droit populaire n'était en vigueur que dans la mesure où il n'était pas contraire à l'ordre public. Ce concept était formulé de différentes façons :

- Dans les territoires français et belges, on parlait d'ordre public universel ou colonial .

- Dans les territoires britanniques, on parlait de *repugnancy clause*. Les coutumes qui étaient *repugnant to natural justice, equity and good conscience* étaient interdites.

En fait la signification sous-jacente était que les droits populaires ne pouvaient pas être contraires aux convictions et aux valeurs essentielles de la civilisation occidentale. Cette conception pouvait bien entendu être appliquée de façon stricte ou moins stricte.

La situation juridique matérielle qui résulte de ce dualisme peut être illustrée par un exemple du droit du mariage au Congo Belge. Dans le droit populaire, les caractéristiques du mariage étaient les suivantes :

- le caractère polygame
- l'institution des échanges matrimoniaux
- la facilité de dissolution
- le caractère « collectif (les membres des groupes de parenté des deux époux ont un rôle important)
- la diversité des types de mariage, aussi bien en ce qui concerne les formalités qu'en ce qui concerne les droits et obligations
- la tolérance envers d'autres formes de cohabitation (quoique la cohabitation sexuelle régulière se situe de préférence à l'intérieur du mariage)

Le droit écrit c'est-à-dire (le code civil et un nombre de lois spécifiques), qui était en vigueur dans tout le territoire, incluait un nombre de principes diamétralement opposés aux caractéristiques du mariage coutumier :

- la non-reconnaissance des échanges matrimoniaux
- la dissolution du mariage n'était possible que par annulation et divorce, selon des règles strictes suivant des conditions limitatives

- la réduction de la famille à son expression la plus nucléaire. La loi ne tient compte que de la famille biologique, c'est-à-dire père, mère, enfants
- il n'y a qu'un seul type de mariage
- le concubinat n'est pas reconnu et est même contrarié, par exemple en n'accordant qu'un statut inférieur aux enfants naturels

Considérant que dans les territoires français, belge et portugais le droit métropolitain ne s'appliquait qu'à un petit nombre d'indigènes, on trouve une situation semblable dans l'Afrique toute entière. Ainsi au moment de la décolonisation, le système du pluralisme juridique demeurait toujours. Le droit populaire et le droit importé existaient simultanément. Souvent ils étaient appliqués par des instances judiciaires différentes, surtout dans les territoires britanniques et ils s'appliquaient à des groupes différents d'individus. Il faut cependant insister sur le fait que ce pluralisme se limitait à une partie du droit privé et notamment au droit des personnes, au droit familial et au droit foncier. Le droit pénal, le droit fiscal, le droit administratif, le droit du travail, etc... qui étaient tous importés, s'appliquaient en principe à tout le monde.

III. La transformation du droit populaire

Pendant la période coloniale qui s'étendait sur une période de cinquante à cent ans, les droits populaires ont évolué de façon spectaculaire, suite à la pression des autorités coloniales et aux contacts entre diverses cultures africaines, deux aspects de l'acculturation juridique. Mais on peut s'y méprendre : il n'y a pas que l'importation des lois occidentales et l'impact

de l'administration et de la magistrature coloniales qui en sont responsables. L'influence des missionnaires et l'évolution de la société toute entière ont eu leur importance. Pensons à l'introduction de l'économie du marché, du travail rémunéré, de l'urbanisation, de l'enseignement. L'instauration ou la reconnaissance des tribunaux indigènes ont eu pour conséquence une forte occidentalisation. Les droits populaires ont été forcés dans un corset occidental : « Nos juges sages et nos vieux chefs de clan ne pouvaient plus trancher les palabres et furent remplacés par de juges médaillés qui statuaient dans des tribunaux de briques en vertu de lois incompréhensibles ». Ou, comme l'a exprimé Lord Hailey : « Those governments (...) which have relied in principle on the use of traditional institutions are seen to have so transformed in the process that africans of a past generation might find it difficult to recognise them (...). Even though they may continue some appeal as recalling established custom, the community is constantly made aware that the sanction on which the institution rests is no longer tradition or religion but the authority of the government. Custom ceases in short to be recognised as custom when it is stamped with the government seal ».

Par la voie de la procédure maintes idées européennes ont été introduites sans qu'on s'en rendait vraiment compte : les décisions imposées, l'écriture et la motivation, la conversion de sanctions en argent, le fait qu'il n'existait qu'un seul degré d'appel, etc..

L'influence coloniale occidentale se manifestait surtout dans les grandes agglomérations. Là se développaient les coutumes urbaines, des systèmes juridiques locaux quasi uniformes qui s'appliquaient à tous les africains, sans tenir compte de leur origine ethnique, et qui étaient très occidentalisés.

De tout cela il résulte que dans tous les pays africains il existait un système juridique très complexe. On y trouvait la dualité d'une juridiction occidentale et africaine, une multiplicité de droits populaires, des différences entre les droits populaires originaux, islamisés ou encore influencés par la christianisation ou par l'urbanisation, des statuts personnels pour les musulmans et les indiens. Au moment des indépendances, les leaders africains considérèrent cette situation de pluralisme juridique comme politiquement intenable, et décidèrent de procéder à l'unification du droit.

IV. Unification et codification

Les « droits traditionnels, en tant que droit distincts et vivant d'une vie plus ou moins autonome, sont des morts en sursis », ainsi sonne la vision pessimiste de Gonidec. D'autre part, ce même Gonidec constate qu'il « apparaît un divorce entre le droit voulu par les dirigeants africains, notamment le droit légiféré, et le droit vécu par une large fraction de la population ». Ces deux opinions ne sont pas aussi contradictoires qu'on penserait à première vue ; elles expriment en effet deux facettes d'une même réalité. D'une part, la plupart des pays du tiers – monde souhaitent la mise en place d'un système juridique uniforme, qui devrait inévitablement se réaliser au détriment des droits populaires. Mais on constate, d'autre part, que ces droits populaires sont beaucoup plus résistants à la pénétration du droit officiel qu'on l'avait d'abord prévu.

La forte attraction exercée sur les dirigeants des pays nouveaux par l'idée de l'unification du droit doit être comprise sous un triple aspect. Primo, l'unification et la codification font partie de la volonté de la modernisation

globale. Secundo, la mise en place d'un droit uniforme est considérée comme un élément d'intégration nationale, de « Nation – Building ». Tertio, le pluralisme juridique, tel qu'il avait été consolidé par les pouvoirs coloniaux, est perçu comme discriminatoire puisque les mêmes règles ne sont pas applicables à tous les citoyens. Si nous devons revenir sur cette argumentation, qui n'est pas sans failles, on constate que l'unification du droit a été poursuivie de diverses façons. Certains dirigeants politiques ont plaidé pour la suppression pure et simple du droit populaire et son remplacement par un système juridique *moderne* - en général d'inspiration européenne. D'autres affirment vouloir introduire un droit réellement national, au sein duquel des éléments du droit populaire seraient conservés et intégrés. Une troisième modalité est la codification du droit populaire, qui resterait donc en vigueur sous une forme modifiée. Ces trois options ne sont pas sans poser de sérieux problèmes.

L'exemple le plus caricatural d'une tentative de mise en œuvre de la première option est le cas de l'Éthiopie sous l'empereur Haile Selassie. Celui-ci décida au début des années cinquante d'engager le pays, qui jusque-là était fort isolé, dans un processus de modernisation accélérée. Puisque la législation était considérée comme un moyen crucial pour réaliser cette politique, le gouvernement ordonna la rédaction d'un nombre de codes. Ceux-ci furent rédigés par des experts européens avant d'être soumis à une commission de codification, qui proposa quelques modifications ; le tout fut ensuite approuvé par le parlement, de nouveau sous réserve de quelques rares amendements. Ainsi furent promulgués un code pénal (1957), un code civil (1961) et un code judiciaire (1965). A cette occasion, la base populaire des droits des groupes ethniques et religieux fut abrogée implicitement ou explicitement. Dans ces conditions il était à prévoir que ces codes, et le code civil en particulier, sont devenus un

exemple spectaculaire de droits importés et inadaptés et rarement appliqués. Même le professeur René David, rédacteur principal du code civil, reconnut que cet échec pouvait être expliqué en partie par le fait-que ce code civil était trop exclusivement axé sur la minorité *modernisée* des hauts plateaux ». En fait il admettait ainsi ne pas avoir suivi ses propres conseils : « Trop souvent les pays d'Afrique et Madagascar ont reçu, en maints domaines, des lois qui n'étaient pas appropriées à leurs conditions propres et à leurs besoins, parce qu'elles étaient de simples copies, à peine démarquées, de lois faites pour un pays européen ». Non seulement l'expérience ratée en Ethiopie, mais d'autres tentatives de réception quasi intégrale de droit occidental dans des pays du tiers -monde illustrent l'impossibilité de transplantation dans un environnement social, culturel et économique fort différent de celui d'origine. Il est par ailleurs clair que la résistance est la plus grande dans des domaines où les droits populaires ont une grande valeur normative, comme par exemple le droit des personnes et de la famille et le droit foncier.

Dans d'autres pays, on a voulu mettre sur pied un droit authentiquement national, ce qui peut impliquer le maintien et l'adaptation du droit populaire dans un nombre de domaines. C'est ainsi qu'on poursuit, par voie législative ou jurisprudentielle, l'émergence d'un droit commun, à la fois respectant l'essentiel des droits populaires et adapté aux nécessités de la modernité et de l'unité. La voie jurisprudentielle passe généralement par l'unification de l'organisation judiciaire et de la procédure. La voie législative peut soit passer par la voie d'une codification qui tente de concilier « l'ancien » et le « nouveau » (par exemple le code congolais de la famille de 1987), soit intervenir de façon ponctuelle dans certains aspects des droits populaires considérés comme indésirables, ceux-ci devenant ainsi des « coutumes évoluées » ou « adaptées ».

Enfin, certains pays ont opté pour une codification basée sur l'enregistrement des droits populaires existants. L'exemple le plus ambitieux de cette démarche est le *Restatement of african law project* entamé par la *School of Oriental and African Studies* de l'Université de Londres sous la direction du professeur Anthony N. Allott. Ce projet a toutefois été abandonné après la parution de six volumes (sur le Kenya, le Malawi et le Botswana). La conviction qu'il est possible de procéder au *Restatement* du droit populaire est en effet contraire aux caractéristiques même de ce droit, ne fût-ce que parce que pareille codification a un effet fixateur qui est contraire à une caractéristique essentielle du droit populaire. Mais il y a d'autres problèmes liés à la spécificité même des droits populaires. Un premier est la multitude de droits populaires, la plupart des Etats n'ayant pas qu'un seul droit national ; la codification n'a pas dans ces cas d'effet unificateur. Un deuxième problème a trait à la description, puisque les droits populaires utilisent d'autres catégories que le droit écrit, la traduction, même dans la même langue, en termes de droit moderne cause, dès lors, des ambiguïtés et manque de précision. Un troisième obstacle est d'ordre linguistique : « The use of a non- african extraneous language, or wider application of an african language outside its own region, immediately creates problems which have to be overcome : its terms, even when apparently not technical, are already loaded with special meaning, both more narrowly linguistic and more broadly social ».

On voit que la codification et l'unification du droit n'est pas sans poser de très sérieux problèmes. Même s'il est indéniable que les tendances à l'intégration des systèmes juridiques dans les pays du tiers-monde sont réelles et que l'influence des normes du droit officiel sur les droits populaires est incontestable, il semble que des situations de pluralisme juridique, de facto ou de jure, resteront encore longtemps une caractéristique

importante de ces pays. C'est que, comme il a été signalé plus haut, il est impossible de proclamer l'unité par décret, même si les dirigeants politiques semblent penser le contraire. Ce « fétichisme législatif » est illustré par le cas du Burkina Faso : le rapport de présentation du code burkinabé des personnes et de la famille affirme en effet « qu'avec l'adoption du nouveau code, il (le dualisme relatif au droit des personnes et de la famille) disparaîtra au profit d'une uniformisation du droit et du statut personnel ». Devant cet optimisme quelque peu naïf, on fait bien de se rappeler les paroles de François Gény : « Le donné doit, par son essence même, dominer le construit. Ce dernier (...) ne saura légitimement contredire ce but (...) Il faut que l'artifice s'efface devant ce qu'imposent la nature et la raison ».