

Pour différentes raisons dont les détails mériteraient en soi un travail de recherche approfondi, rares sont les ouvrages spécifiquement consacrés aux questions théoriques sur le droit en Afrique lesquelles font encore l'objet d'une marginalisation disciplinaire, notamment en Europe continentale¹. Le livre édité par Oche Onazi, composé de trois parties (*Law, Rights, Society*) et rédigé par des universitaires majoritairement anglophones, vient partiellement combler ce manque. Relégués en France aux questions « d'anthropologie juridique », les débats sur l'évolution des systèmes juridiques d'Afrique noire ont peu de place dans la littérature juridique. On se contentera de suggérer ici quelques éléments d'explication : difficulté de collecte des données propres au continent (décisions de justice par exemple), faible intérêt et encadrement de la recherche sur les questions liées aux systèmes juridiques africains, attraction de nombreux universitaires africains vers des fonctions d'expertises plutôt que vers la recherche fondamentale, ressources insuffisantes allouées par les États d'Afrique noire à leurs universités depuis les indépendances, etc.

Les contributions proposées dans le présent ouvrage sont aussi riches que variées. Il est bien évidemment impossible de rendre compte de manière exhaustive des débats suscités par ce livre. Au préalable, il convient de s'armer d'une précaution méthodologique élémentaire. L'expression « théorie/Philosophie du droit ou *Legal Theory* », telle qu'elle est employée par les différents contributeurs, renvoie principalement à un discours qualifié de doctrinal par le positivisme analytique. Il s'agit moins de réinventer des principes méthodologiques que d'attirer l'attention sur la faible prise en considération de problématiques liées aux systèmes juridiques africains, ce que prend soin d'ailleurs de préciser Oche Onazi dès la première page de l'introduction. Partant, on se focalisera sur les débats ayant trait à la construction d'un discours-objet sur l'Afrique. Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir ce qu'il convient d'entendre par « théorie/philosophie africaine du droit ». Cette question n'est pas dissociable des controverses qui ont émergé au cours des indépendances sur la domination symbolique d'un savoir colonial occultant les problèmes spécifiques des peuples colonisés². La construction d'une théorie du droit africaine ne peut se faire *ex nihilo*. Ce consensus émerge de l'ensemble des contributions de l'ouvrage. Penser juridiquement l'Afrique à partir d'une méthodologie exclusivement « africaine » n'aboutit à rien d'autre qu'à un essentialisme, un supposé

savoir africain fantasmé. Poussée à son paroxysme, cette approche débouche sur un savoir afro-centré, qui n'est en définitive guère différent de la domination occidentale qu'elle entend dénoncer³.

Tel est le point de vue défendu par Chikosa Silungwe (pp. 18-19) qui énonce trois risques possibles pouvant conduire vers un tel afro-centrisme. Le premier, qualifié par l'auteur d'approche « sentimentale », entend par « droit africain » l'ensemble des « normes », coutumes et savoirs précoloniaux. Ce prérequis est souvent assimilé à une sorte de paradis perdu vers lequel les droits africains devraient tendre. Le second risque, dit « révisionniste », affirme que ce que l'on désigne par « droit africain » – au sens de droit coutumier – aurait été créé de toutes pièces par la puissance coloniale. Le droit coutumier serait comparable à un cheval de Troie marqué de l'empreinte de la domination coloniale s'agissant d'un certain nombre de théories économique⁴. Le troisième type de risque est celui d'un recours exclusif au pluralisme juridique⁵. De l'observation des mœurs et pratiques d'une société « indigène », on en déduit qu'il appartiendrait aux pouvoirs publics de s'en inspirer afin de créer des normes adaptées à un tel mode de vie. Pour échapper à ces trois risques, Silungwe propose de construire un objet théorique sur des bases différentes. Par « théorie du droit » africaine, il s'agirait moins d'entendre une discipline académique rigoureusement constituée que de se représenter une accumulation temporelle de discours sur l'Afrique issus de la modernité. Ce faisant, il serait possible d'identifier l'enracinement de la violence symbolique exercée sur le savoir et la pensée africaine. Cette proposition, Silungwe l'échafaude principalement à partir d'une lecture croisée des travaux d'Homi Bhabha,

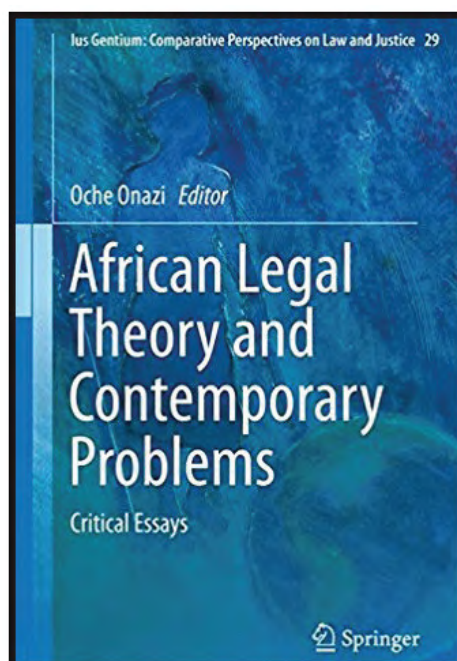
Prendre l'Afrique au sérieux dans le champ de la philosophie du droit

Lionel Zevounou

African Legal Theory and Contemporary Problems. Critical Essays

Par Oche Onazi,

Springer, 2014, coll. IusGentium, 293 pages, 109,89€
ISBN: 978-94-007-7537-4



de Boaventura de Sousa Santos et d'Yves Mudimbe⁶. De façon plus précise, Silungwe reprend à Homi Bhabha le concept de « *Culture's In-between* » (p. 22). L'usage de ce concept présenterait une double utilité. La première serait de mettre l'accent sur le contexte politique et social qui influence la

production des normes en Afrique. Il n'est un secret pour personne que le continent est un espace de luttes de pouvoirs entre grandes puissances pour l'implantation de modèles juridiques à des fins de domination économique. Pour les juges, cette concurrence se traduit par le financement de formations/sensibilisation à l'un ou l'autre des modèles en fonction du degré de coopération judiciaire avec telle ou telle autre grande puissance (États-Unis, Union européenne, Chine). De quelle(s) manière(s) ces formations sont-elles mises en œuvre ? La seconde utilité de l'usage du concept de « *Culture's In-between* » est de permettre d'identifier les représentations qui s'attachent aux discours tenus sur l'« Afrique » dans le champ de la théorie du droit.

On retrouve toutes les contradictions de l'influence hybride du droit colonial et des systèmes dits « coutumiers » décrite par Silungwe dans l'étude consacrée au juge Taslim Olawale Elias (pp. 31-70) par Mark Toufayan. Il s'agit là d'une analyse de la manière dont les élites post coloniales africaines ont subi, par leur formation et le contexte historique et social dans lequel ils se situent, l'influence du droit colonial. Juge éminent, homme politique, universitaire, Taslim Elias a été confronté, dès les indépendances, à la délicate conciliation entre le droit islamique, la Common Law et les différents droits coutumiers de populations fort diverses du Nigéria. S'il s'est fermement opposé à la stigmatisation du droit coutumier, compris par d'autres comme un droit moins avancé que le droit moderne, il

a dû se tourner vers le droit de l'ex-puissance coloniale afin de surmonter nombre de difficultés résultant du manque d'uniformisation juridique dans certains domaines. Son propos s'inscrit dans le sillage de travaux novateurs analysant les trajectoires des élites africaines, considérées comme des intermédiaires entre droit coutumier et droit hérité de la colonisation dans la mise en place des systèmes juridiques post indépendance⁷. Ici, c'est tout un pan de la production des normes africaines qui reste encore à découvrir. Les trajectoires de nombreux juristes universitaires permettraient de mieux saisir les compromis qui ont conduit à la mise en place des systèmes juridiques actuels. Sur un autre registre, nous plaçons pour l'étude de la formation des juristes, laquelle serait à même d'éclairer la manière dont se pensent les savoirs juridiques africains contemporains, tels qu'ils sont pratiqués dans les facultés de droit. Dit autrement, le travail de Mark Toufayan s'inscrit dans la réflexion proposée par Foucault sur l'étude et les modes d'exercice du savoir/pouvoir de la doctrine juridique africaine au sortir des indépendances.

Cela étant dit, quel intérêt pourrait présenter une pensée juridique africaine dans le champ de la théorie du droit ? L'intérêt est multiple, comme le montre Onazi. Il l'est d'abord au plan méthodologique. Certains phénomènes sociaux mis en exergue par les droits « indigènes » – on pense ici aux contentieux liés aux pratiques de sorcellerie⁸ – échappent à la rationalité d'un droit occidental emprunt de naturalisme, entendu comme approche scientifique des problèmes philosophiques. Le rejet du positivisme étatique, qui prescrit l'application du droit de l'État à partir de ce naturalisme philosophique, est par conséquent inapproprié pour saisir des situations auxquelles sont confrontés de nombreux acteurs judiciaires en Afrique noire comme le soutient par exemple Silungwe (p. 25). Une théorie du droit africaine ne peut se passer d'un point de vue méthodologique des sciences sociales (philosophie, anthropologie, sociologie). Dans la mesure où de nombreux conflits échappent à la justice traditionnelle de l'État, il importe de convoquer ces disciplines afin de saisir la variété de formes alternatives de résolution des conflits qui émergent à la fois dans les villes et dans les milieux ruraux. La pluridisciplinarité n'est pas ici une faculté. Elle se présente clairement comme une nécessité scientifique pour comprendre le fonctionnement de systèmes juridiques où la justice de l'État est souvent décriée pour son dysfonctionnement, voire jugée inadaptée à la résolution de certains

conflits. Autrement dit, un véritable défi se dessine pour une théorie du droit africaine : il ne s'agit rien moins que d'élaborer une méthode pluridisciplinaire aussi équilibrée que maîtrisée. La tâche n'est pas mince. Elle suppose peut-être de repenser de manière radicale la formation et les programmes universitaires proposés aux juristes africains. Souvent calquées sur ce qui se fait en Occident, ces formations ne répondent pas toujours au quotidien des justiciables. On pourrait en dire autant de la segmentation des différents départements universitaires.

Quelques regrets émergent tout de même au terme de la lecture de l'ouvrage. Force est en effet de reconnaître que le champ de la théorie/philosophie du droit africaine reste encore largement tributaire de débats qui animent la philosophie africaine depuis les indépendances⁹. Il faudrait peut-être prendre garde à ce que l'importation de ces concepts n'apparaisse pas en total décalage avec le quotidien des acteurs juridiques. On pense bien sûr à la philosophie d'Homi Bhabha qui, quoique fructueuse, se révèle à l'usage fort délicate. S'il s'y réfère, Chikosa Silungwe ne démontre pas de manière convaincante l'utilité épistémologique du concept de « *In-Between* ». Plus précisément encore : de quelle manière la théorie d'Homi Bhabha présenterait un intérêt supérieur à d'autres travaux pouvant aboutir à des résultats similaires – par exemple ceux de Issa Shivji¹⁰ ? De la

même manière, lorsque Dan Kuwali énonce les principes caractéristiques d'une philosophie du droit africaine (inscrite dans la coutume et la culture, préservée dans les proverbes, soucieuse de l'équilibre social, etc.) il manque de préciser le point de vue qu'il défend. Est-il question de dire ce que *doit être* une théorie/philosophie du droit africaine ou simplement de proposer un certain nombre de principes dont pourraient s'inspirer les systèmes juridiques du continent ? Rien n'est moins sûr. Au risque d'apparaître comme des propositions vides de sens, il conviendrait peut-être de proposer un nouveau modèle d'écriture de la décision de justice¹¹, modèle qui puisse à la fois s'imprégner du concept « d'Ubuntu » sans se couper d'un certain universalisme, s'agissant des droits de l'homme¹². Et il semble qu'en l'absence d'un corpus juridique précis permettant d'analyser de quelle manière les juges, les auxiliaires de justice (avocats, greffiers, notaires) ou le législateur seraient influencés par de telles valeurs, ces principes n'en restent à l'état de simples mots. Là réside le danger de prendre prétexte du droit en vue de s'en tenir à des prescriptions relevant de la philosophie morale. Il ne s'agit pas de disqualifier l'utilité de la philosophie morale, utilité du reste rappelée par les contributions de Thaddeus Metz (pp. 131-151) ou Oche Onazi (pp. 153-172) en matière de droits de l'homme¹³. Simplement, il convient d'assumer clairement les prémisses du recours à la philosophie morale tout en prenant conscience de ses

limites éventuelles. Si la philosophie morale peut à maints égards prescrire des principes éthiques aux systèmes juridiques africains, elle reste peu armée pour décrire ses multiples aspects. Et, au regard de la relative marginalisation actuelle de la théorie/philosophie du droit africaine, il nous semble que l'une des tâches prioritaires des universitaires consiste désormais à dresser un inventaire rigoureux du fonctionnement des systèmes juridiques qui composent le continent.

Depuis près de 60 ans, une prise de conscience s'est opérée sur la domination symbolique du modèle occidental sur la pensée africaine¹⁴. Cette prise de conscience n'est pas terminée, tant s'en faut. Elle doit toutefois s'accompagner d'un travail de longue haleine à la fois critique, descriptif et comparatif sur le fonctionnement et le particularisme des systèmes juridiques africains¹⁵. On l'a dit, la tâche est immense, les problématiques nombreuses : elles touchent autant à la circulation des modèles transnationaux (par ex, l'Organisation pour l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique ci-après OHADA), à une manière dominante de penser les droits de l'homme véhiculée par nombre d'organisations non gouvernementales¹⁶, au quotidien des justiciables¹⁷ qu'à la question agraire. Un autre chantier consiste, d'un point de vue analytique, à tenter de forger un concept de « droit » susceptible d'englober la pluralité des modes de production normative. La construction de l'objet d'étude

de la théorie du droit africaine n'est, en effet, guère dissociable d'une interrogation plus large sur le concept « d'Afrique »¹⁸.

Le « positivisme » a, du moins en droit, trop souvent servi de repoussoir en la matière. Considéré par certains comme incompatible avec une philosophie du droit authentiquement africaine¹⁹, il a souffert d'un préjugé tenace : celui d'assimiler la norme au droit de l'État. Un tel point de vue n'est plus aujourd'hui tenable²⁰. Il conviendrait peut-être d'en repenser les prémisses. Le positivisme ne se réduit pas au droit de l'État, encore que, comme le démontre Olufemi Taiwo, ce qui est en cause est moins le droit de l'État que la manière dont les acteurs juridiques se représentent le sujet de droit (pp. 109-127). Plutôt que de rejeter le positivisme en bloc, il convient peut-être, tout en reconnaissant la faible effectivité du droit de l'État, de prendre au sérieux ce que peut apporter le positivisme en tant que méthode d'analyse du droit. On en revient alors à la nécessité de construire une méthode fondée sur une épistémologie assez large pour rendre compte de la diversité de la production normative en Afrique. De la rigueur de la méthode dépend la qualité des résultats proposés et il faut reconnaître que, s'agissant de nombreux pays d'Afrique noire, la production de données statistiques, jurisprudentielles ou archivistiques manque cruellement. De cela au moins, le positivisme ne peut être comptable.

Notes

1. Pour une exception : *Droit et Société* numéro spécial, « Le quotidien de la justice en Afrique », n° 51-52, 2002 ; C. Kuyu, 2005, *A la recherche du droit africain au XXI^e siècle*, Paris : Connaissances et savoirs.
2. Par exemple et sans prétendre à l'exhaustivité : P. Hountondji, 1977, *Sur la place de la philosophie africaine : critique de l'ethnophilosophie*, coll., Paris : Maspéro. Les textes à l'appui ; K. Wiredu, 1980, *Philosophy and an African Culture*, Cambridge : Cambridge University Press ; M. Towa, 1981, *Essai sur la problématique philosophique dans l'Afrique actuelle*, Yaoundé : Clé ; V.Y. Mudimbe, 1988, *The Invention of Africa : Gnosis, Philosophy and Order of Knowledge*, Bloomington and Indianapolis : Indiana University Press ; F. Fanon, 2011, *Œuvres*, coll. Cahiers libres, Paris : La découverte.
3. Sur un tel risque : A. Kagame, 1970, *La philosophie comparée*, Paris : Présence africaine.
4. Cette approche est défendue par Francis Snyder. On se renverra à la vulgarisation de ce point de vue qu'il défendra dans le numéro spécial de *Journal of African Law* de 1984 consacré au droit coutumier : F. Snyder, 1984, « Customary Law and the Economy », *Journal of African Law*, vol. 28, pp. 34-43.
5. Par ex, D. Darbon, J. Bois de Gaudusson, 1997, *La création du droit en Afrique*, Paris, ed. Khartala ; E.T. Olawale, 1998, *La nature du droit coutumier africain*, Dakar : Présence Africaine (trad. L. Decoufflé) ; B. de Sousa Santos, M. P. Meneses, 2006, *Law and Justice in a Multicultural Society : The Case of Mozambique*, Dakar : CODESRIA ; E. Bernheim, 2011, « Le « pluralisme normatif » : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 67, 2, pp.01-41.
6. H. K. Bhabha, 1994, *The Location of Culture*, London/New-York : Routledge ; B. De Sousa Santos,

« Épistémologies du Sud », *Études Rurales*, janv/juin 2011, n°187, pp. 21-50.

7. C. Oguamanam, W. Pue, « Lawyers' Professionalism, Colonialism, State Formation and National Life in Nigeria, 1900-1960: The Fighting Brigade of the People », *Social Identities*, vol. 13, n°6, 2007, pp. 769-785 ; voir le numéro spécial de la revue *Politique africaine*, 2015/2, n° 138, *Juristes, faiseurs d'État*.
8. Parmi plusieurs travaux : J-F. Chassaing, 1997, « Jurisprudence et sorciers », *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques*, pp. 18-19 ; de manière générale sur cette question, des recherches sont en cours dans le cadre de l'ANR sur l'Etat et les institutions face à la sorcellerie contemporaine : <https://einsa.hypotheses.org/category/publications> (consulté le 1er septembre 2016).
9. On pense se référer ici aux travaux de Jean-Geoffroy Bidima, Thaddeus Metz, Olufemi Taiwo, F. Okafor, J. Murungi.
10. I. Shivji, 1985, « Law in Independent Africa: Some Reflexions on the Role of Legal Ideology », *Ohio State Law Journal*, vol. 46, pp. 689-695.
11. On renverra au numéro spécial de la revue *Droit et Société*, 3/2015, P. Brunet, J-L. Halpérin, R. Nollez-Goldbach, (coord.), « Les styles judiciaires » : diversité des approches, nécessité des évolutions », *Droit et société*, 03/2015, n° 91, pp. 465-561.
12. On renverra à la proposition originale de Souleymane Bachir Diagne s'agissant de la Charte dite du « Mandé » : S. B. Diagne, « Philosophie africaine et Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », *Critique*, 2011/8, n°771-772, pp. 664-671.
13. Thaddeus Metz critiquant d'ailleurs les thèses de Claude Ake en la matière : C. Ake, 1987, « The African Context of Human Rights », *Africa Today*, vol. 34, n°1/2, 1987, pp. 5-12. Les travaux de Metz ont d'ailleurs été discutés dans le *South African Journal of Philosophy*, 2007, vol. 26, n°4 : T. Metz, « The Motivation for "Towards an

African Moral Theory" », *South African Journal of Philosophy*, vol. 26, n°4, pp. 331-335.

14. M. Bedjaoui, 1961, *La révolution algérienne et le droit*, Bruxelles : ed. De l'association internationale des juristes démocrates.
15. Par ex : C. Oguamanam, W. Pue, 2007, « Lawyers' Professionalism, Colonialism, State Formation and National Life in Nigeria, 1900-1960: The Fighting Brigade of the People », *Social Identities*, vol. 13, n°06, pp. 769-785 ; E. Brens, C. O., Adekoya, 2010, « Human Rights enforcement by People living in poverty : Access to Justice in Nigeria », *Journal of African Law*, vol. 54, n°2, p. 258-282 ; B. Ibhawoh, 2013, *Imperial Justice. Africans in Empire's Court*, Oxford : Oxford University Press.
16. I. Shivji, 2007, *Silences in NGO Discourse: NGOs in Africa*, Oxford/Nairobi : Fahamu&Pambazuka.
17. L'examen de tribunaux traditionnels tels les « Gacaca » au Rwanda pourrait permettre de se faire une première idée de la manière dont les juges africains se représentent un certain nombre de thématiques propres aux droits de l'homme.
18. Définir un tel concept permettrait d'appréhender les frontières des systèmes juridiques africains lesquelles ne peuvent se réduire à l'étendue géographique du continent. Tel est le cas du droit colonial par exemple. Sur cette question du concept d'Afrique, voir la récente thèse d'Abdelmadjid Salim, *Un concept d'Afrique*, Thèse, Université Paris Sorbonne, 2015.
19. F. U. Okafor, 1984, « Legal positivism and the African Legal Tradition », *International Philosophical Quarterly*, vol. 24, n. 2, pp. 157-164.
20. Sur cette question, on renverra en langue française à C. Grzegorzcyk, F. Michaut, M. Troper (dir.), 1993, *Le positivisme juridique*, Paris/Bruxelles, LGDJ-Story Scientia, coll. La pensée juridique moderne.