

à la mémoire de Johan Pauwels.  
*Ne meurent que ceux qu'on oublie*

## VILLES AFRICAINES ET PLURALISME JURIDIQUE

(paru dans *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 42 (1998), 245-274.)

par

**Jacques Vanderlinden**

Professeur aux Universités de Bruxelles, Moncton et Paris XII

([vanderj@UMoncton.CA](mailto:vanderj@UMoncton.CA))

Lorsqu'en novembre 1962, Johan Pauwels vînt me trouver pour me demander de lui suggérer un sujet de thèse, je venais d'ouvrir mes enseignements de droit coutumier<sup>1</sup> à l'université Lovanium par une conférence publique intitulée "L'heure du droit africain". J'y soulignais l'intérêt du droit urbain, pont entre le passé et

---

<sup>1</sup> Tel était l'intitulé prévu dans le nouveau programme de la licence en droit de l'université Lovanium; il reflétait la terminologie classique adoptée par le colonisateur belge pour désigner les droits originellement africains (terminologie que j'ai proposée dans mes *Systèmes juridiques africains*, Paris, Presses universitaires de France, 1983), tels qu'ils ont évolué sous l'influence du colonisateur et ont été, en partie, recomposés par lui à sa convenance. Ce terme est aujourd'hui banni de mon langage sauf pour désigner précisément ce que je considère comme appartenant à l'histoire. L'enseignement était dispensé dans les trois années de licence et je lui avais donné, malgré son titre, un contenu plus proche de l'anthropologie juridique que du droit coutumier. Il m'était toutefois impossible d'ignorer celui-ci dans le contexte congolais de l'époque.

l'avenir<sup>2</sup>. Je venais aussi d'y donner une consultation à l'ambassade de Belgique au sujet du paiement d'une importante somme d'argent en francs belges à la famille d'un officier parachutiste congolais mort accidentellement en cours de formation en Belgique. Et j'avais fait admettre par l'ambassade la primauté de la coutume urbaine de Kinshasa favorisant la femme et les enfants de la victime sur je ne sais plus quelle coutume pré-coloniale faisant des frères du défunt ses seuls héritiers. Dès ce moment j'avais noué avec la ville africaine et le pluralisme juridique<sup>3</sup> un lien que je revivifie aujourd'hui.

Ma réponse à Johan fut immédiate : il devait consacrer sa thèse à la coutume urbaine de Kinshasa. Je passe sur les péripéties de l'exhumation des dossiers -- nous sentiers les héritiers de Carter et Carnavon découvrant le tombeau de Toutânkhamon --, sur le trésor transporté à Lovanium et sur le patient travail de Johan au cours des mois et des années qui suivirent. *Rechtskeuze en wording van een eenvormige stadsgewoonte in de inlandse rechtsbanken van Léopoldville (Kinshasa), 1926-1940*<sup>4</sup> devait en sortir cinq ans plus tard et je regretterai toujours que les convictions personnelles profondes de son auteur, convictions que non seulement je respecte mais encore j'admire, aient privé cet ouvrage du public qu'il méritait. Je regrette également que le hasard qui gouverne la mode en matière scientifique n'ait en outre pas permis d'inscrire cette thèse dans une perspective pluraliste qui nous était, à l'un comme à l'autre encore inconnue. Mais qu'importe. Me revoilà, au seuil de la retraite, au point de départ de ma carrière et face à mes

---

2 Voir "L'heure du droit africain", *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1962, 1-13.

3 Bien qu'en ce qui concerne celui-ci, je me sois trouvé dans la situation de Mr Jourdain, qui faisait de la prose sans le savoir. Je n'allais devenir conscient de l'existence de l'hypothèse pluraliste que 10 ans plus tard.

4 Tervuren, Musée royal de l'Afrique centrale, 1967.

souvenirs. Mais face aussi, j'en suis convaincu, aujourd'hui comme il y a trente-cinq ans, à l'un des lieux privilégiés de la formation des droits africains de demain et du pluralisme juridique en action.

Un mot au sujet de ce dernier est d'ailleurs de mise pour éviter les confusions. Comme le montre par ailleurs ce volume, l'hypothèse pluraliste est tout d'abord vigoureusement combattue par certains, ensuite protéiforme dans la mesure où ses adeptes ne s'entendent pas sur son contenu, enfin souvent confondue avec des phénomènes évidents de la vie juridique qui résultent de l'application de termes identiques à des réalités différentes en raison de l'imprécision propre à notre langage propre. L'intitulé qui préside à ce volume se garde d'ailleurs bien d'y faire référence, si ce n'est indirectement en parlant de champs normatifs, vocabulaire emprunté à l'un des pionniers en la matière et repris par nombre d'auteurs depuis lors.

J'ai rencontré le pluralisme juridique sans l'avoir voulu en 1970 à l'occasion d'un colloque international organisé par le Centre d'histoire du droit et d'anthropologie juridique de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles. À ce moment, la démarche du promoteur de l'entreprise, J. Gilissen, était plus intuitive qu'articulée. À l'issue du colloque, il me confia le soin d'en élaborer la synthèse et c'est en compagnie de l'*Ordinamento giuridico* de Santi Romano que je partis à la découverte de la notion et préparai cette synthèse<sup>5</sup>. Conforté par l'accueil favorable fait à la définition que j'en proposais<sup>6</sup>, je n'y pensai plus jusqu'à

---

<sup>5</sup>footnote\* "Le pluralisme juridique, Essai de synthèse", *Études sur le pluralisme juridique*, Bruxelles Éditions de l'Institut de Sociologie 1972, 19-56.

<sup>6</sup> Notamment à travers une lettre, très aimable quoique critique, de J. Carbonnier et à travers le fait d'en retrouver les éléments essentiels dans le *Dictionnaire* d'Arnaud, sous la plume de J.G. Belley et N. Rouland, respectivement aux pp. ??? et ???.

ce que deux invitations à Leiden<sup>7</sup>, puis à Aix-en-Provence<sup>8</sup> m'encouragent, en deux temps, à remettre ce que je tenais pour acquis radicalement en question<sup>9</sup>. Aussi m'apparaît-il indispensable de régler le problème des champs normatifs et, partant, du pluralisme, avant d'aborder les villes africaines.

## I. À PROPOS DES CHAMPS NORMATIFS

En guise de hors d'oeuvre, disposons immédiatement des simples confusions de langage et particulièrement de celle que contribuent à entretenir les textes d'Adelman et, de manière plus ou moins claire selon les endroits, celui de ??? (je n'ai aucune indication quant à l'auteur du texte relatif à l'île Maurice).

Dans le langage des constitutionalistes, comme Adelman et ??? en particulier, le glissement est constant entre pluralisme juridique et pluralisme politique (celui-ci se réfétant dans un pluralisme constitutionnel), ces deux derniers mots constituant le plus souvent la manifestation par excellence de l'idéal démocratique; celui-ci, à son tour, s'inscrit le plus souvent jusqu'à présent dans ce qu'Adelman appelle la

---

<sup>7</sup> "Return to Legal Pluralism - Twenty Years Later", *Journal of Legal Pluralism*, (28) 1991, 149-157.

<sup>8</sup> "Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique", *Revue de la Recherche juridique - Droit prospectif*, 1993, 573-583, qui est, malgré ses imperfections que j'espère un jour corriger, le seul texte que j'accepte aujourd'hui comme représentatif de ma position sur ce problème. Celui de 1972 et, dans une mesure moindre, celui de 1992 sont dépassés par celui de 1993.

<sup>9</sup> Mes derniers commentaires sur ce point apparaissent dans "En guise de synthèse générale - Propos décousus d'un Ingénu égaré au sein des théoriciens du droit ou rêveries d'un promeneur solitaire face à la théorie du droit", ???, Montréal, Thémis, 1997.

perspective constitutionnelle libérale<sup>10</sup>. Malgré l'adhésion que l'on peut éventuellement apporter à certaines de ses thèses, elles ne présentent que peu de rapports d'une part avec le pluralisme juridique, d'autre part avec les villes africaines. En outre, au-delà de cette différence de prémisses, dans le cas de l'Afrique du Sud, comme dans celui de Maurice, je plaiderais pour une référence à la pluralité<sup>11</sup> plutôt qu'au pluralisme et je parlerais de systèmes politiques ou constitutionnels pluraux (ou non) plutôt que pluralistes. Ceci peut sembler une simple querelle de mots, mais les ambiguïtés que véhiculent constamment l'imprécision et la confusion des termes me paraît hautement préjudiciable à tout dialogue fructueux.

Ceci dit, dans sa réaction au texte d'Adelman, De Boeck s'inscrit, sans ambiguïté encore que sans s'y référer explicitement, dans une perspective pluraliste qui dépasse effectivement la dualité simpliste (et fort peu pluraliste) au niveau des producteurs du droit entre État et société civile, ou encore entre droit officiel et non officiel, voire droit et non droit. Lorsqu'il écrit que "l'implosion de l'État conduit à la création d'un nouveau modèle dynamique d'interaction, dont les contours sont jusqu'à présent seulement vaguement définis, entre espaces et groupes socio-politiques et culturels, multiples et dialectiquement interdépendants, unis les uns aux autres en des hiérarchies en constant mouvement et définies par les stratégies personnelles des acteurs sociaux au niveau local et global", il décrit, à l'adjectif près, le contexte de pluralisme juridique tel que je l'envisage.

Particulièrement intéressante dans cette perspective est sa référence aux stratégies personnelles des acteurs. Elle rejoint directement l'insistance que je mets

---

10 C'est fort justement qu'il se réfère aux travaux de J.C.N. Paul, auprès duquel j'ai enseigné pendant cinq ans en Éthiopie, comme constituant une référence en la matière.

11 Que ??? utilise d'ailleurs occasionnellement comme synonyme de pluralisme, ce qui ne me paraît pas adéquat, sauf à décider la synonymie des deux termes.

sur le marchandage de droit et de for ouvert aux sujets de droit<sup>S12</sup>, donc l'indétermination des solutions, qui est l'une des caractéristiques essentielles, selon moi, du pluralisme juridique. Ma seule hésitation à la lecture de la phrase de De Boeck est sa référence aux "espaces [d'autres diraient aux champs] socio-politiques et culturels" dans la mesure où je me demande si celle-ci est encore nécessaire dès lors que l'accent est mis sur l'individu et les groupes dans lesquels il inscrit son action deviennent le référent premier de l'analyse. Je préférerais l'éliminer dans la mesure où elle risque de maintenir chez certains une ambiguïté quant à l'abandon de la référence à l'État laquelle est étroitement liée à un champ d'action, en l'occurrence le territoire. C'est pourquoi sans nier l'existence de champs d'action, je préfère les ramener à une dimension purement géographique dans laquelle se meuvent des réseaux sociaux, de même que je favorise la référence à des réseaux semi-autonomes, et surtout autonomes, comme je le montrerai dans un instant.

Tout aussi intéressante est la référence de De Boeck à l'existence de circuits - je dirais les réseaux cette fois encore -- qui, précisément, se meuvent en dehors du champ des territoires nationaux, celui propre aux droits étatiques et traditionnellement considéré comme étant celui du pluralisme. Il vise en l'occurrence ceux, internationaux, de l'économie informelle qui échappent au contrôle de l'État africain. De ce point de vue d'ailleurs, il rejoint Adelman, lorsque celui-ci dénonce d'autres réseaux, ceux du libéralisme constitutionnel soutenu par les organisations financières et monétaires internationales. Enfin, ni l'un ni l'autre n'ont rien inventé dans la mesure où depuis plus d'un siècle d'autres réseaux extérieurs au continent jouent un rôle capital dans les orientations de celui-ci - en ce compris au niveau du pluralisme juridique; je veux parler de celui des

---

<sup>12</sup> La capitalisation en gras de la lettre finale S a été adoptée par moi dans tous mes écrits pour souligner qu'il n'est plus question, comme dans la théorie positiviste classique, du sujet de droit inscrivant son action dans le cadre d'un droit et un seul, celui de l'État, voire dans celui des ordres normatifs semi-autonomes dépendant étroitement de lui dans la mesure où il en reconnaît la validité.

différentes confessions religieuses européennes et de l'islam. Chaïbou en témoigne lorsqu'il met en avant les tensions entre courants modernistes et intégristes, ces derniers faisant partie d'un mouvement à l'échelle mondiale, dont on ne peut dire qu'il soit particulier à l'espace géographique nigérien.

Mais je m'engage progressivement sur le fond en oubliant que mon point de départ était simplement de clarifier un point de langage et d'éliminer de mon propos les références au pluralisme constitutionnel. Je poursuis donc dans la ligne des clarifications pour aborder le sens à conférer au mot coutume.

Lorsqu'un État africain comme le Niger -- et il n'est pas le seul -- reconnaît, même sous conditions, la coutume comme source de droit positif -- le seul que l'État connaisse --, il incorpore le peuple -- il serait plus exact de dire les peuples -- vivant dans ses limites géographiques parmi les producteurs de droit. Ceci peut sembler une évidence et le temps est définitivement dépassé où un comparatiste de la réputation de René David se risquait à écrire que l'Éthiopie, pendant des siècles, n'avait pas connu de droit, mais seulement "des coutumes". Cette observation serait sans doute inutile si, dans sa glose du texte de Chaïbou, Otto ne semblait vouloir persister dans cette voie lorsqu'il écrit que "la vie coutumière fournit abondance de normes qui peuvent être cueillies par le législateur ou le juge de manière à en faire dériver une règle juridique". Et il enchaîne : "Mais, même si 100% d'une communauté suit des normes coutumières plutôt que des normes prescrites par le droit, ceci ne nous oblige pas à changer l'étiquette de 'coutume' en 'droit'" Le lieu n'est pas d'engager ici une polémique sur ce point. Je souhaiterais seulement préciser qu'à mes yeux -- et j'en suis convaincu aux yeux des juges qui composent le siège des juridictions nigériennes en cause comme aux yeux de Chaïbou (tant qu'à gloser sur ses propos, glosons!) -- la coutume, dont il est question dans le texte de ce dernier, est une source de droit au sens plein et entier du terme au même titre que la loi, la jurisprudence, la doctrine ou la révélation. Le seul fait de la reconnaissance par la Cour d'État de son pouvoir de contrôle sur cette coutume l'inscrit dans le

champ juridique; s'il en était autrement, elle lui échapperait Tout le reste est littérature<sup>13</sup>.

Abordons maintenant le fond du problème : la multiplicité des champs normatifs et son corollaire (à moins que se manifeste un ordonnancement qui les transcende), le pluralisme juridique.

En guise d'introduction, je souhaiterais l'exemple, sommairement évoqué, de la veuve du lieutenant parachutiste. Celle-ci se trouvait dans une situation où deux ordres juridiques distincts étaient susceptibles de la régir : d'une part sa coutume d'origine, qui était également celle de son mari défunt et d'autre part celle que depuis des années les tribunaux de la ville de Léopoldville avaient contribué à cerner en tant que s'appliquant à cette classe se situant à l'articulation de deux mondes, les évolués. Se conformer à sa coutume d'origine aurait eu pour effet l'abandon de l'indemnité de décès à la famille de son mari et aussi sa réintégration plus ou moins poussée dans celle-ci, sa belle-famille et ses beaux-frères (ou l'un d'entre eux) assumant désormais à son égard et à celui de ses enfants les responsabilités de leur parent défunt. Telle était, en tout cas leur perception, de la solution à donner au problème et elle était parfaitement conforme à leur coutume, dont je rappelle qu'elle était aussi celle d'origine de la veuve. Celle-ci, qui avait une profession -- si mes souvenirs sont bons, elle était infirmière--, leur opposait sur ce point -- et pas nécessairement sur d'autres -- la manière dont elle avait vécu depuis son mariage (la coutume n'est-elle pas, avant toutes choses, comportement<sup>14</sup>), le mode de vie qu'elle

---

<sup>13</sup>footnote\* Pour ceux que celle-ci intéresse néanmoins, je renvoie, pour une explicitation de mon point de vue à ma "Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, 69-84 et, plus généralement, mon *Comparer les droits*, Bruxelles, Kluwer, 1995.

<sup>14</sup> Voir mon *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1996.



avait partagé avec son défunt mari et de nombreux autres couples résidant, comme eux, en milieu urbain. À ce titre et, j'insiste sur ce point, dans ce cas particulier de conflit entre sa coutume d'origine et ce qu'elle estimait être devenu sa "nouvelle"<sup>15</sup> coutume, elle estimait, sans pour autant vouloir rompre totalement avec la première, devoir faire prévaloir la seconde. Confrontée à deux ordres juridiques ayant vocation à gouverner son comportement, donc sujet de droitS, elle devait effectuer un choix et elle l'avait fait. C'est là un parfait exemple de pluralisme comme je l'entends, c'est-à-dire d'une situation dans laquelle un individu, se trouve au carrefour de plusieurs ordres juridiques et oriente par son choix la solution à donner à un conflit éventuel tant du point de vue du for compétent que du droit applicable.

De cette notion, il découle que le sujet de droitS, au contraire de son homonyme, le sujet de droit, est l'un des participants actifs à la définition du contenu de sa vie juridique. Comprenons-nous bien. Je ne dis pas qu'il est seul à déterminer l'orientation de celle-ci. Le poids des réseaux normatifs multiples qui l'enserrent est à l'évidence fondamental, puisque c'est dans le contexte de l'un d'entre eux que le sujet de droitS choisit d'inscrire son action. Et je postule non seulement qu'ils sont de nature juridique (car autrement nous n'aurions aucune raison de parler de pluralisme **juridique**), mais encore autonomes (car autrement il n'y aurait pas pluralisme, mais monisme). Mon sujet de droitS n'est donc pas un animal asocial, libre de déterminer son comportement à sa guise. Quel que soit le choix qu'il fasse, il risque d'entrer en conflit avec l'un, voire plusieurs, des réseaux dont il aura refusé de reconnaître le prescrit. Tel sera certainement le cas de la veuve de l'officier parachutiste dont les relations avec sa belle-famille étaient jusque là sans nuages. Ce conflit pourra fort bien conduire cette dernière à lui refuser le bénéfice d'un droit prévu dans sa coutume d'origine et dont la veuve se prévaudrait

---

<sup>15</sup> Les tribunaux du centre extra-coutumier parlaient de coutume "évoluée", ce qui n'était pas sans rapports avec l'appellation donnée aux Africains dont le mode de vie se rapprochait de celui des Européens.

ultérieurement. Indéniablement. Mais c'est là le revers de la médaille dans une situation de pluralisme.

Ceci dit, comment cette perception du pluralisme se positionne-t-elle face à certaines des conceptions de Greenhouse, Roberts et Woodman ?<sup>16</sup>

Greenhouse d'abord.

## **II. À PROPOS DES VILLES AFRICAINES**

Les textes de Chaïbou, Hesseling, Ladley, Otto, Rodriguez-Torres et Salamone, sans oublier celui de Johan, présentent un large éventail d'enseignements quant aux droits susceptibles d'exister dans les villes africaines et, éventuellement aux situations de pluralisme juridique susceptibles de s'y présenter. Je souhaiterais en mettre en particulière évidence ???.

DROIT OU NON DROIT RODRIGUEZ

QUEL DROIT ? QUELS PRODUCTEURS DE DROIT ?

CRÉÉ À LA BASE OU AU SOMMET

UNIFORME OU MULTIFORME

---

<sup>16</sup>footnote\* Mon propos sur ce point sera forcément limité. Aborder de manière complète et systématique les écrits de mes collègues m'engagerait dans un exposé théorique qui dépasserait les limites imparties à cette synthèse.

## GÉNÉRALISÉ OU OCCASIONNEL

le dernier = dans un contexte pluraliste ou non d'où la transition vers II.

1. De la **diversité des droits urbains africains** et du danger de supposer qu'à des situations comparables, voire identiques correspondent des solutions identiques, même lorsqu'il s'agit d'influences exogènes réputées "modernisatrices". C'est donc à juste titre que les organisateurs de cette rencontre en avaient caractérisé l'objet comme étant pluriel. Approfondissant leur propos, on constate que cette diversité tient à toutes espèces de facteurs, dont certains échappent parfois à notre légitime désir de comprendre et, partant, d'expliquer.

Lorsque Johan Pauwels aborde la coutume urbaine de Léopoldville en 1962, il se trouve devant un objet qu'il n'a aucune peine à qualifier d'uniforme<sup>17</sup>. Il se trouve en effet devant les résultats d'un effort concerté, vieux de 35 ans, de l'administration belge et des juges du Centre extra-coutumier afin d'aboutir à cette coutume, commune dans l'écrasante majorité des matières de droit privé, à tous les habitants de la capitale. Mais il est également vrai que ne s'est pas créé un véritable statut de "bourgeois", au sens médiéval d'habitant de la ville, distinct de celui des habitants des campagnes et comparable, par exemple, à celui que conférait éventuellement l'immatriculation. Il en résulte que, malgré l'uniformité de la grande majorité des solutions retenues et peut-être davantage que ne le mettait en

---

<sup>17</sup> Pour la facilité du lecteur, je renverrai à l'article de Johan, "Le droit urbain de Kinshasa", reproduit dans le présent volume et à sa pagination d'origine, soit, en l'occurrence, 241.

évidence Johan, des situations caractérisées par un conflit de droits entre coutumes continuent à être portées devant les tribunaux.

Ainsi de l'espèce qu' examine Chaïbou. Elle concerne une garde d'enfants et une tutelle et la Cour d'État du Niger n'hésite pas à y faire intervenir la notion de coutume urbaine, alors que Johan fait précisément observer qu'à Kinshasa semblable question serait réglée par les coutumes d'origine des parties sans qu'il soit fait appel à la coutume uniforme de Kinshasa, coutume urbaine s'il en fût!<sup>18</sup> Certains pourraient être enclins à dire que la différence entre les deux attitudes est peut-être, tout simplement, une question d'écoulement du temps et d'évolution corrélative et inéluctable dans un schéma de progrès linéaire constant des moeurs vers la "modernité"<sup>19</sup>. Cela me paraît un peu simple, voire simpliste. En effet, si nous nous plaçons du point de vue de la modernisation et du développement urbain, j'ai le sentiment qu'entre la ville nigérienne des années 80 et le Kinshasa des années 60 il y a peut-être moins de différences qu'on pourrait être tenté de la croire. Au moment où Johan écrit, la capitale du Congo doit compter un demi-million d'habitants et les influences "modernisatrices" qui s'y font sentir depuis des décennies à travers la politique judiciaire de l'administration sont considérables. La pression en direction du "changement" doit donc y être aussi forte, voire plus forte, que dans le Niger contemporain. Et cependant, la notion passe-partout -- utilisée par la Cour d'État et a priori séduisante aux yeux des fonctionnaires belges -- de "l'intérêt de l'enfant" n'apparaît pas à Kinshasa, sans que je puisse immédiatement en discerner la raison. Serait-ce parce qu'en droit belge, à l'époque, cet intérêt n'était pas encore devenu le principe directeur en la matière, alors qu'il l'est devenu en droit français des années 80 ? C'est possible, encore que je répugne à accepter

---

18 247.

19

Ce que la Cour d'État du Niger appellerait "l'évolution générale du pays".

trop facilement pareille explication dont la première caractéristique est son exogénéité.

2. De **l'intérêt de la jurisprudence comme source de droit** et donc du juge comme producteur de droit dans l'Afrique contemporaine. La place n'est pas ici de débattre des mérites respectifs des systèmes juridiques à dominante législative ou à dominante jurisprudentielle. Mais de mettre en lumière la souplesse et la malléabilité du processus jurisprudentiel dans les situations de transformation culturelle, économique et sociale qui sont celles des villes africaines. La Belgique, pays de système législatif, l'avait compris dans les villes de sa colonie; le législateur nigérien l'a compris aujourd'hui alors que ses homologues de tant de pays voisins se sont abandonnés à l'illusion que la loi pouvait transformer la société au départ des recettes de l'ingénierie juridique. Hesseling, relayant Le Roy, en fournit un exemple particulièrement éloquent emprunté à l'un des États de l'Afrique de l'ouest qui s'est le plus volontiers abandonné à cette fièvre modernisatrice. Sans doute le texte de Chaïbou peut-il donner à penser que ce n'est que contre son gré, en raison des "contradictions entre le courant réformiste qui prône un droit unifié d'inspiration occidentale et le courant islamiste qui réclame l'application stricte du droit musulman" que le législateur nigérien a renoncé à codifier son droit de la famille. Mais cette "immobilité" forcée permet précisément une responsabilisation du pouvoir judiciaire nigérien qui rejoint son voisin du Burkina Faso, lequel fait appel depuis longtemps déjà, à la notion de coutume évoluée, mais ne lui laisse guère de place depuis la promulgation de son code de la famille. Personnellement mon siège est fait et depuis longtemps. Je reprends à mon compte, en le généralisant, le dictum de Chaïbou selon lequel "seule la jurisprudence reste un instrument susceptible d'exercer une action souhaitable sur l'adaptation de la norme [juridique] aux réalités [africaines] actuelles".

3. Sur **le rôle croissant des concepts flous** dans des situations que certains n'hésiteront pas à appeler post-modernes dans la mesure où l'incertitude les

gouverne davantage que les certitudes. En cela “l'évolution générale du pays” à laquelle se réfère le juge nigérien ne se distingue guère d'autres formulations appliquées en d'autres lieux; je pense, en particulier, aux “principes directeurs d'une société juste et démocratique” auxquels se réfère la Charte canadienne des droits et libertés. Et il est clair le double risque, que souligne Chaïbou, d'insécurité juridique et de dénaturation de la coutume est partagé de ce côté de l'Atlantique, si ce n'est que la common law *lato sensu*, c'est-à-dire en tant que système juridique, se sent menacée plutôt que la coutume. Mais celle-ci n'est-elle pas, à son tour, comme pendant toute la période coloniale, constamment sous la menace de l'ordre public, notion tout aussi floue que les précédentes.

Chaïbou voit dans la rigueur de la motivation des jugements le plus sûr garde-fou contre d'éventuelles dérives résultant du champ ouvert aux juges par les concepts flous. Je puis en convenir, mais cette rigueur ne dépend-t-elle pas à son tour de la formation des producteurs de droit, donc des magistrats. Et celle-ci n'est-elle, tous comptes faits, pas l'essentiel. Lorsque Johan Pauwels m'a suivi dans l'ensemble des enseignements de droit dit coutumier à Kinshasa, il était encore possible d'espérer sensibiliser les jeunes juristes congolais aux aspects positifs des droits précoloniaux. La fusion des enseignements de droit dit écrit et de droit dit coutumier par matières d'abord, la progressive disparition de la dimension coutumière ensuite ont eu pour effet que souvent, aujourd'hui, seul le texte des codes ou des lois est encore enseigné et que la dimension authentiquement africaine du droit a complètement disparu des cycles de formation. La néo-colonisation des esprits a réussi là où le colonisateur avait laissé subsister un espace, dénaturé peut-être, mais un espace quand même à l'authenticité africaine.

Ceci dit la sensibilisation à la dimension authentiquement africaine des droits du continent, comme au rôle qu'y jouent des droits exogènes plus ou moins assimilés, ne suffit sans doute pas, à elle seule, à assurer la sécurité juridique ou encore cette “efficacité”, cette “compétence” ou l'absence de corruption auxquelles se réfère Otto. La tâche est infiniment plus vaste et tient au climat économique,

politique et social qui prévaut actuellement en de nombreux points du continent. Le producteur de droit, qu'il s'agisse du chef, du juge, du sachant, du peuple ou du dieu, n'opère pas dans un vide total. Produire le droit est, sauf pour le dieu, entreprise humaine et à ce titre souvent plus faillible qu'on ne le souhaiterait. Peut-être d'ailleurs dans ce contexte faudrait-il, de temps à autre, penser de temps à autre à revenir à la base du processus de production du droit, au peuple et à la coutume<sup>20</sup>

4.

À cheval sur ville et campagne la veuve du parachutiste + Hesseling, dans son analyse de l'application du droit foncier urbain à Ziguinchor,

Mais, si la ville est "l'un des lieux privilégiés de la formation des droits africains de demain et du pluralisme juridique en action", comme je l'écrivais ci-dessus, elle est loin d'en être le seul. Les textes d'Uwazie devrait suffire à nus en convaincre. Mais il en est d'autres exemples (Jahrbuch)

## CONCLUSION

---

<sup>20</sup>footnote\* Voir mon "Rendre la production du droit au peuple" *Politique africaine*, 1996, ??-??.

---