

LE PLURALISME ET L'ACCOMPLISSEMENT DE LA JUSTICE EN AFRIQUE

Chidi Anselm Odinkalu
Juriste Senior, Open Society Justice Initiative
Juillet 2005

Pour de nombreuses personnes en Afrique, l'absence d'un système de justice en état de fonctionnement est une question de vie ou de mort – des familles privées illégalement de leurs terres ancestrales et de leurs moyens d'existence par les riches et puissants sans annonce préalable, sans compensation ni relogement ; les veuves déshéritées par leur belle famille qui s'approprie les biens du mari décédé avec un mépris calculé de leurs obligations traditionnelles de transmission aux enfants survivants ; les institutions traditionnelles et bureaucratiques qui appauvrissent les communautés bénéficiaires en privatisant leurs responsabilités en matière de fourniture de services afin d'obtenir une contrepartie illégale, communautés forcées par une longue histoire de gouvernements incapables et insensibles à développer des mécanismes d'existence hors de portée ou de la protection de l'Etat. Chacun de ces exemples, et d'autres similaires, qui abondent dans la vie quotidienne des africains, démontrent un besoin irrésistible de réparation. La plupart de ces besoins resteront insatisfaits.

L'Etat africain a le plus souvent été incapable ou non disposé à garantir l'existence de mécanismes de justice, et d'en permettre l'accès. Pour les rares dont les besoins en terme de justice reçoivent ne serait-ce que quelque attention, la signification même de la justice est incertaine, son contenu varie d'une place à l'autre et le rendu de la justice dépend inévitablement de l'endroit où ils vivent, de leur réseau de connaissances, de leurs ressources financières, et de la mesure dont l'autorité de l'Etat s'étend en fait sur la zone dans laquelle ils se trouvent. Il est possible de dire que pour la majorité des habitants du continent, le champ assez limité de l'Etat africain effectif fait en sorte que la plupart de leurs besoins en terme de justice sont pris en charge à l'extérieur de l'Etat.

Néanmoins, quand les promoteurs d'une réforme du secteur de la justice et leurs partenaires internationaux s'engagent dans un travail de calibrage des systèmes de rendu de la justice dans les différents pays, il n'est pas certain que le package qui en résulte prenne en compte l'ensemble complexe de variables qui détermine la viabilité ou non des divers mécanismes de justice du continent, à savoir notamment les capacités limitées de l'Etat, les contextes patrimoniaux, la pauvreté étendue, et le pluralisme légal. Leur principale préoccupation est la plupart du temps la résolution efficace des litiges commerciaux impliquant des investisseurs et hommes d'affaires. Plus récemment, la réforme des systèmes formels de justice criminelle a été reconnue comme une priorité. Mais dans tous les pays les uns après les autres, la relation entre les mécanismes informels de justice et les institutions du secteur formel ou étatique est soit mal intégrée, soit simplement considérée négligeable. Ce court article démontre l'importance des systèmes informels de rendu de la justice basés sur les coutumes et la tradition, et propose des voies par lesquelles les processus de réforme du secteur de la justice prendraient plus en compte leur popularité et les adapteraient aux besoins de justice des personnes pauvres en Afrique.

Pluralisme et ses mécontentements

Un système de justice est dit plural quand il tire les règles et institutions de ses lois de deux ou plus traditions normatives. Ceci est vrai de tous les pays africains. En Egypte, par exemple, les principales sources législatives sont aussi variées que les codes napoléoniens et la charia islamique. Au Nigéria et au Soudan, un système de lois constitutionnel, statutaire et civique coexiste difficilement avec à la fois la charia islamique et des normes et institutions africaines

coutumières. La constitution Sud africaine, largement admirée comme étant peut-être la plus avancée du continent, accommode les systèmes légaux traditionnels aux principes constitutionnels supérieurs d'égalité et de non-discrimination. Les normes statutaires et civiques sont établies par des règles de droit formelles et écrites. Pareillement, la charia islamique est caractérisée par l'existence de sources formelles. Les coutumes indigènes et traditionnelles sont pour la plupart non codifiées.

Les systèmes légal et traditionnel sont souvent considérés comme étant géographiquement et normativement séparés l'un de l'autre. Pour la plupart, cependant, leur fonctionnement est modelé par la caractère patrimonial essentiel du système étatique africain, marqué par un fort degré de pratiques de faveurs personnalisées et la diminution des notions de droit sous l'effet des réseaux de pouvoirs et de patronage formels comme informels. Cette notion de patrimonialité date des origines coloniales des systèmes légaux africains contemporains, quand l'autorité des élites locales – comme les chefs ou autres personnes aux services des administrateurs colons – était limitée au service des intérêts de la population locale dominante. Le transfert de pouvoir à l'indépendance des « maîtres » blancs aux « maîtres » noirs ne s'est pas accompagné d'une création de mécanismes assurant des responsabilités locales. A l'indépendance, les structures de pouvoirs traditionnelles se sont adaptées aux nouvelles dynamiques de pouvoir – souvent remarquablement identiques aux anciennes – et par conséquent elles ont gardé leur pertinence.

Les Etats ont l'obligation fondamentale de garantir l'existence, la disponibilité et l'effectivité de l'infrastructure du rendu de la justice. Dans une affaire de 1994 devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, la Zambie a cherché à démontrer, sans recevoir l'approbation du Comité, qu'on ne pouvait pas attendre d'un pays en voie de développement tel que la Zambie qu'il dispose des ressources nécessaires pour assurer le financement des services de justice adaptés¹. En Afrique, les infrastructures de la justice doivent être responsable non seulement des systèmes statutaires et civiques mais également des mécanismes traditionnels et informels. Les mécanismes formels ou statutaires de rendu de justice comme la police, la bureaucratie de la justice administrative et du gouvernement, les tribunaux, les avocats et les juges, sont surtout situés dans les zones urbaines. Ils sont maintenus par des dépenses de taxes publiques et de budget. En revanche, les dispositifs informels, tels que les chefs traditionnels, les membres de groupe de défense, les institutions de quartiers, religieuses et du fondées sur les catégories d'âges, sont présents dans toutes les formes d'implantations humaines en Afrique.

Quoique reconnus par l'Etat dans toute l'Afrique, les systèmes de justice traditionnelle ne doivent pas nécessairement leur existence ou leur viabilité à l'Etat. Au Ghana par exemple, un système de justice traditionnelle viable s'est maintenu malgré son abolition formelle par le régime du Président Kwame Nkrumah. Les mécanismes de justice informelle bénéficient de degrés inégaux d'intégration au sein de l'Etat. A l'extrême, ceux qui sont basés sur des institutions de chefferie sont les mieux intégrés aux structures gouvernementales. Il existe de bons exemples d'intégration de systèmes informels dans des systèmes formels dans de nombreuses parties de l'Afrique australe, dont le Botswana, le Lesotho et le Swaziland, où les cours des chefs traditionnels sont bien intégrées aux structures de pouvoir et d'autorité du gouvernement. Au Botswana, par exemple, le *Kgotla*, une cour traditionnelle, exerce une compétence statutaire considérable pour les questions criminelles, pouvant prononcer des peines d'emprisonnement allant jusqu'à quatre ans. Au Sierra Léone, les chefferies sont reconnues comme l'unité de base du pouvoir administratif et judiciaire dans l'Etat. Dans la plupart des pays africains de *common law*, l'arbitrage coutumier est reconnu comme un mécanisme de règlement judiciaire et l'intégrité de ses décisions est garantie par le système étatique formel à travers la

¹ *Lubuto c Zambia*, Affaire no. 390/1990, Vues adoptées le 31 Octobre 1995

doctrine judiciaire (*res judicata*) qui interdit un nouveau jugement des affaires qui ont déjà été réglées judiciairement.

A l'extrême opposé, les mécanismes religieux sont souvent les moins intégrés. Par exemple, dans les parties d'Afrique où l'Islam est la religion dominante, les normes et institutions d'origine religieuse et ethnique convergent au point d'être indiscernables. Ainsi, dans les régions du Sahel de l'Afrique, les *Marabouts*, les *Ulemas* et les chefs des Fraternités religieuses exercent depuis longtemps une autorité religieuse comme temporelle sans tenir compte des dispositions de l'Etat. Au Sénégal, par exemple, ce phénomène est familièrement appelé la *Wolofisation* de l'Islam.

Ceux fonctionnant au sein d'un système de justice formel ou statutaire désignent le système informel ou non étatique selon diverses appellations : droit coutumier, traditionnel ou religieux, selon le lieu. A plusieurs endroits, la séparation entre droit traditionnel et droit religieux est incertaine en terme législatif. Au Nigeria, par exemple, l'application des normes coutumières ethniques ou celle de la charia est soumis à un test de rejet, dont les origines sont fondées sur des notions obsolètes de la jurisprudence impériale de l'époque victorienne.

Des expressions comme droit « coutumier » ou « traditionnel » sont seulement des appellations commodes pour des ensembles de règles très complexes en réalité, qui ont acquis avec le temps, dans certaines localités, la force de l'habitude, avec le soutien des mécanismes de coercition sociale et, dans la plupart des cas également, de la puissance étatique. Alors que des principes communs ou convergents peuvent être dégagés en comparant ces règles à travers les différentes communautés, la façon dont elles sont constituées, leur contenu, et les mécanismes de leur mise en œuvre varient souvent d'une place à l'autre.

Mythes populaires à propos du droit coutumier

Mahmood Mamdani démontre dans son *Citoyens et sujets: Afrique contemporaine et Héritage du colonialisme récent (1996)*, que le système appelé droit coutumier dans les pays de *common law*, ou *droit du coutumier* dans les pays de droit civil, est en fait un ensemble de règles, normes et institutions d'origine suspecte, incluant des règles d'origine jurisprudentielle, des mutations à partir de pratiques héritées de l'époque coloniale, et des valeurs et pratiques indigènes de diverses communautés africaines ayant évolué au cours des décennies, voire des siècles, sous l'effet de migrations entre les communautés, et en interagissant entre les unes avec les autres. La jurisprudence, dans ce contexte, consiste notamment en la reconnaissance du droit coutumier par les cours formelles à travers la notion de *notice judiciaire*, par laquelle la doctrine de *common law* du précédent judiciaire fournit un moyen de secours pour permettre aux juges de se référer aux coutumes applicables à un endroit, pour les appliquer à une autre localité où elles ont souvent peu, voire aucune pertinence.

Il est largement prétendu que le *droit du coutumier* est étranger aux systèmes homogènes de justice formalisés de l'Afrique de droit civil. Ceci s'expliquerait par la politique d'*Assimilation* de l'administration coloniale française, car celle-ci autorisait seulement la suprématie des traditions légales égalitaires post-Révolutionnaires françaises, sans aucune place pour des normes ou institutions indigènes intruses. La réalité est quelque peu moins catégorique. Dans de nombreux pays d'Afrique de l'Ouest francophones, comme le Sénégal et la Guinée (Conakry), les *Marabouts* traditionnels et *Serignes* exercent une autorité civique, adjudicative et spirituelle considérable, fondée sur un mélange unique d'identité ethnique et d'attaches religieuses. Au Rwanda, le gouvernement de cet ancien territoire belge déterra une institution coutumière très ancienne en instaurant les *Gacaca*, pour répondre à une crise de la justice sans précédent après l'élimination du personnel de justice formelle du pays au cours du génocide de 1994. Au Gabon,

la plus haute Cour a jugé qu'au sein du clan Nkodje de ce pays, une coutume appelée *Ntoumou* interdit les mariages civils entre les membres du clan, même si aucune consanguinité ou affinité entre les deux personnes n'est établie. Ces exemples tendent à démontrer que les normes et institutions coutumières conservent une pertinence considérable, même en Afrique du droit civil.

Toute généralisation hâtive en ce qui concerne la relation entre le droit civil et le droit et les institutions coutumiers ou traditionnels en Afrique est en général malavisée. Trois grandes tendances, cependant, viennent naturellement à l'esprit. D'abord, il y a les pays, principalement des pays anglophones avec des traditions formelles de *common law* ou de droit romain-hollandais (en Afrique australe) dominantes, où l'existence d'un droit coutumier ou traditionnel est expressément reconnue mais dont l'une application est limitée aux matières civiles, notamment au statut personnel et à la succession. Même dans cette catégorie de pays, la nature des relations entre le droit coutumier et le droit civil varie. Au Zimbabwe et en Sierra Leone par exemple, l'interdiction constitutionnelle de discrimination ne s'étend pas au droit coutumier. Cette disposition constitutionnelle a permis à la Cour Suprême zimbabwéenne, dans l'affaire *Magaya*, à juger qu'une règle de droit coutumier sur la succession du peuple Shona, qui favorisait prétendument les héritiers mâles par rapport aux femmes, ne violait pas l'interdiction de discrimination consacrée dans l'article 23 de la constitution zimbabwéenne, dans la mesure où les sous articles 23(3) (a) et (b) excluent les dispositions liées à la dévolution de propriété à la mort et à l'application du droit coutumier². En plaçant ainsi le droit coutumier au dessus de la constitution, les constitutions de ces pays créent en fait deux catégories de citoyens, l'une (la minorité riche) pouvant bénéficier à la fois du droit coutumier et du droit civil, et l'autre (la minorité pauvre) emprisonnée dans les injustices du système coutumier.

Un tel résultat serait impensable en Afrique du Sud, où l'application du droit coutumier est sujette aux clauses constitutionnelles relatives à l'égalité et à la non-discrimination. Au Nigeria, la situation se situe entre ces deux cas de figure. La constitution nigérienne interdit expressément la discrimination sur plusieurs fondements, dont le sexe et le statut. Comme une large partie de la matière du statut personnel est soumise au droit coutumier, et que la discrimination sexuelle est très présente en droit coutumier, les outils d'interprétation et d'application de la constitution suffisent à assurer que l'interdiction constitutionnelle de la discrimination s'étende à la discrimination basée sur le droit coutumier.

Dans une deuxième catégorie de pays, le meilleur exemple en étant le Botswana, l'application du droit coutumier s'étend aux affaires criminelles. En Mauritanie et au Nigeria, parmi un faible nombre de pays africains, l'application de la charia islamique s'étend aux crimes de *Huddud* ou, schématiquement, la morale religieuse régulée par la théologie islamique dont l'application en tant que droit criminel est légalisée par l'Etat. Dans une troisième catégorie d'Etat se trouvent de nombreux pays de droit civil où, comme dans les exemples précités, les systèmes de justice coutumiers font en pratique partie de la vie des gens ordinaires, quoique le contraire soit affirmé.

Il est habituellement considéré que la frontière entre le droit coutumier et le droit civil/statutaire suit la séparation entre les zones rurales et urbaines en Afrique, avec pour résultat l'application du droit coutumier dans les zones rurales et celle du droit civil dans les zones urbaines. Là encore, ceci simplifie trop la réalité à de nombreux égards. En premier lieu, comme beaucoup de villes africaines s'étendent à leurs marges dans la brousse et les quartiers pauvres rustiques, les zones urbaines et rurales sont très perméables. Deuxièmement, la distinction entre les formes de vie rurale et urbaine, dans le contexte africain, ne renvoie souvent pas à une séparation

² *Magaya vs. Magaya* [1999] 3 *Law Reports of the Commonwealth*, 35

géographique mais consiste plutôt en une référence abrégée aux différents degrés d'acceptation d'occidentalisation des divers niveaux de structures des élites. Dans ce sens les peuples sont des composantes d'à la fois le rural et l'urbain, et la différence entre rural et urbain est simplement situationnelle. Loin d'être absolue, elle est une question de degré. Troisièmement, le droit coutumier, en tant que régime de statut personnel, d'identité et d'indigénat, suit ceux pour qui il est applicable partout où ils se trouvent, et ainsi sur dans les régions urbaines comme rurales.

Une fois tous ces facteurs compris, il est nécessaire et possible de re-conceptualiser les fonctions centrales de la coutume dans les systèmes africains de justice africains contemporains. Fondé tel qu'il est sur des notions d'indigénat et d'identités locales le système de justice de droit coutumier africain reflète l'équilibre des pouvoirs postcolonial, quand les élites indigènes ont remplacé une minorité étrangère en tant que le pouvoir de décision dominant. Dans ce contexte, le droit coutumier contemporain est devenu essentiellement un des mécanismes visant à l'indigénisation d'un pouvoir d'élites irresponsables, largement semblables aux systèmes d'Etat formel dans ses fonctions et ses résultats. Contrairement à la machinerie administrative, cependant, le droit coutumier est un système dont l'application est conditionnée à la race, son exclusivité n'étant pas étendue aux personnes perçues comme des « colons », comme les membres des communautés asiatiques ou caucasiennes en Afrique. L'Assemblée Constitutionnelle qui a négocié la constitution de l'Uganda de 1995, par exemple, a rejeté la requête de la forte communauté asiatique de l'Uganda visant à être reconnue comme un groupe ethnique, ce qui aurait signifié, entre autre, la reconnaissance formelle des normes et institutions coutumières de cette communauté.

Une seconde conséquence découle nécessairement de ce qui précède : le droit coutumier offre aux élites indigènes dominantes d'Afrique une mobilité en terme de forum judiciaire et de situation géographique pour la satisfaction de leurs besoins de justice, une mobilité qui n'est pas disponible pour l'écrasante majorité des peuples pauvres du continent. Assez souvent, le facteur déterminant pour la résolution de plaintes concurrentes fondées sur le droit coutumier est un calcul de la puissance relative des parties et de ce qui est pratique pour les demandeurs. Il est évident que les hommes puissants sont susceptibles de faire appliquer le droit coutumier, et ont en pratique intérêt à le faire. C'est particulièrement le cas dans les litiges concernant le statut personnel, les droits maritaux en droit coutumier, et les terres ancestrales. Ceci rend possible pour les riches de jouir des bénéfices du droit statutaire de la propriété pour leurs propriétés urbaines personnelles, alors que simultanément ils utilisent les mécanismes du droit coutumier pour s'approprier des terres ancestrales dans les communautés rurales. Ces terres rurales sont alors exclues du droit statutaire par une manipulation cynique des règles de conflit de lois complexes qui sont inintelligibles pour la population locale faiblement équipée pour se défendre sur le terrain de la loi contre les abus de pouvoir.

Pour les puissants, le droit coutumier offre une liberté de choix à la fois en terme de juridiction et de loi selon leur situation. Quand cela les arrange, ils s'adressent aux tribunaux, à la police et à l'attirail étatique ; quand ils calculent que c'est plus favorable, ils peuvent se tourner vers les normes et institutions de la région du pays d'où ils viennent. D'autre part, il leur est aussi possible d'utiliser un croisement des normes coutumières dans le système légal formel à travers une jurisprudence coûteuse que seuls les riches peuvent s'offrir. Juxtaposées ainsi au système de justice formel, le droit coutumier peut être décrit comme une partie d'un système composite d'éthiques publiques juxtaposées qui peut rendre possible des situations invraisemblables comme par exemple, celle d'un homme puissant qui peut accepter l'égalité face au mariage (en droit civil) tout en rejetant l'égalité des sexes (par application du droit coutumier) sans rencontrer de problème (car le système patrimonial l'autorise). Ce système d'éthiques publiques juxtaposées

crée une crise de crédibilité pour le système de justice dans son ensemble et renforce la marginalisation de l'Africain moyen en marge de l'espace légitime de l'Etat civil.

Conclusion : Quand le droit vient au village...

Une majorité d'Africains font l'expérience du droit coutumier. Ses normes et institutions déterminent le destin d'une proportion significative de la population du continent. L'Etat africain a facilité cet état de fait sans l'avoir nécessairement créé. En réalité, pour la plupart des habitants du continent, les obstacles rencontrés dans le cadre d'un recours auprès des structures formelles de rendu de la justice sont accablants. Dans plusieurs pays, les mécanismes formels de rendu de la justice ont été détruits par une succession de gouvernements vénaux ou par la guerre. Quand ces mécanismes existent, ils présentent des dysfonctionnements, sont inaccessibles ou manquent de crédibilité. Les avocats sont trop peu nombreux, les tribunaux de justice sont situés pour la plupart dans la capitale et d'autres zones métropolitaines, les procédures judiciaires sont très techniques et financées de façon insuffisante. Il y a une pénétration insuffisante des structures et du personnel de rendu de la justice formelle dans les communautés isolées, du fait de leur caractère rural, désertique ou semi désertique, montagneux ou bordés par les eaux. Les transports publics sont trop mal adaptés pour assurer l'accès aux portes présumées de la justice. Avec une pauvreté absolue indiscutable – plus de 70% dans beaucoup de pays africains – trop peu de personnes peuvent se permettre d'utiliser les systèmes de justice formelle. Les réseaux sociaux familiaux et communautaires découragent le renvoi des litiges des réseaux familiaux paternalistes et intrusifs vers le système anonyme de la justice formelle. Quand tous ces obstacles ont été franchis par les rares persévérants qui en avaient les moyens, la plupart des gouvernements et leurs officiels africains continuent de choisir librement à quelles décisions judiciaires ils obéissent et lesquelles ils ignorent.

Enfin, un système judiciaire n'est bon que dans la mesure où il est capable de répondre aux demandes qui lui sont faites. Etant donné que la plupart des Africains s'appuient sur les systèmes traditionnels ou informels, les efforts de réforme doivent être concentrés sur ces systèmes. Quelques changements fondamentaux sont requis pour encourager les personnes à leur adresser des requêtes à ces systèmes et à donner à ces derniers la capacité de satisfaire les besoins de justice de leurs nombreux destinataires. Si nous obtenons ceci, ces modifications transformeront la justice coutumière à la fois dans son contenu normatif et dans son application.

Pour commencer, le droit coutumier ne doit pas être placé au dessus des principes constitutionnels reconnus, en fait comme en droit. Etant donné que tous les pays africains disposent d'une *charte des droits*, ceci peut être réalisé en éliminant les vieux examens doctrinaux conduisant à l'ignorer, pour les remplacer par un test unifié de compatibilité des normes de droit coutumier avec la constitution. Deuxièmement, tous les administrateurs des mécanismes de justice coutumière – quelles que soient leurs appellations – devraient être tenus de suivre des formations essentielles et régulières sur les principes constitutionnels de base. Les curriculums pertinents devraient être développés, à la fois dans les langues officielles et les langues africaines. Des versions vulgarisées des constitutions nationales, avec des exemples sur la façon dont la constitution a autorité sur les questions coutumières des quartiers, devraient être produites dans ce but. Des moyens électroniques de diffusion à travers la radio et la télévision porteront ce message dans les villages et dans la campagne. Troisièmement, il est nécessaire de réagir à la trop grande confiance accordée par le droit coutumier aux traditions ancestrales – souvent seulement supposées – transmises par voie orale. Sans nécessairement porter atteinte au contenu des normes coutumières en tant que telles, il est sûrement possible et nécessaire de créer un système pour enregistrer les preuves des avantages fondés sur le droit coutumier. Pourraient être créés des systèmes d'enregistrement et de notification des mariages scellés par la coutume,



des avantages sur les terres ancestrales, et des décisions arbitrales coutumières, pour ne citer que trois exemples. De tels systèmes ne devraient pas requérir la présence d'un avocat. Ils pourraient être mis en pratique par des personnes de profession para légale, des enseignants locaux et autres personnes profanes. Enfin, des mécanismes peuvent être créés pour surveiller l'application du droit coutumier. Dans ce but, des services légaux communautaires doivent être institutionnalisés, à travers des partenariats semi publics et semi privés visant la formation et le déploiement de personnel para légal issu de la communauté. Ces professionnels para légaux permettront à toute personnes d'adresser leurs demandes au système et d'assurer une surveillance adéquate des mauvaises conduites des administrateurs du système de justice coutumière.

Il existe des inclinaisons politiques et philosophiques diverses en ce qui concerne la relation entre le droit coutumier et le droit civil et formel. Les abolitionnistes veulent que le droit coutumier soit éliminé en faveur du dictat étatique. Le droit coutumier a survécu à plusieurs politiques législatives visant son abandon, dont certains des meilleurs exemples sont ceux de l'administration coloniale française et de la tentative du président Nkruma au Ghana après l'indépendance. L'hybridation a aussi été tentée dans des lieux comme le Soudan, avec des conséquences malheureuses. Ayant connaissance de la résistance des modes de vie locaux, la politique coloniale britannique préféra intégrer le droit coutumier au système étatique, avec sa variante de la doctrine « séparés mais égaux », fondée sur l'administration indirecte. Cette tendance, comme Mamdani l'explique vigoureusement, a en fin de compte décentralisé le despotisme. Une réforme visera à maintenir cette décentralisation tout en éliminant le despotisme. Accomplir ceci demande un ensemble de mesures qui reconstruisent activement les règles de droit coutumier en transformant les mécanismes auxquels ils sont appliqués de façon favorable.