

LES GAULOIS, NOS ANCÊTRES ?
SUR LA CIRCULATION ET L'INFLUENCE DU MODELE JURIDIQUE FRANÇAIS
EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE (*)

Par

Mr. Louis-Daniel MUKA TSHIBENDE
Assistant à la Faculté de droit de l'Université Protestante au Congo-Kinshasa
Doctorant à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)
- Centre de Droit Economique -

« Du coup, on nous apprît aussi que nos ancêtres étaient les Gaulois... »
Maurice Nkouendjin Yotnda, in Recueil Penant, 1973.

SOMMAIRE

INTRODUCTION (§§ 1-3)
I. L'IMPOSITION DU MODELE DE DROIT COLONIAL : LE « DROIT-JOUG » (§§ 4-10)
A. Une circulation par voie d'autorité : un droit greffé (§§ 5-8)
B. Un maintien par défaut : un modèle incrusté (§§ 9-10)
II. LA RECEPTION DU MODELE JURIDIQUE FRANÇAIS : LE « DROIT-SOLEIL » (§§ 11-31)
A. Une réception facilitée par des filiations savantes (§§ 12-21)
1. -Le prestige du droit français (§§ 13-16)
2. -La formation des juristes africains (§§ 17-21)
B. Une réception nécessitée par des liens économiques (§§ 22-24)
C. Une réception soutenue par des canaux de coopération (§§ 25-31)
III. LA PROSPECTIVE DU MODELE RECU : UN « DROIT-FRERE » ? (§§ 32-51)
A. Une appartenance discutée à la même famille de droit (§§ 33-36)
B. Une nécessaire acculturation du modèle reçu (§§ 37-51)
1. -L'appropriation du modèle (§§ 38-40)
2. -L'adaptation du modèle (§§ 41-43)
3. -L'enrichissement du modèle (§§ 44-51)
CONCLUSION (§§ 52-53)

INTRODUCTION

1. In limine... - De la rencontre de *Marianne* et de *Lucy*, il a entre autres résulté que l'Afrique noire, « *filie aînée de la Francophonie* »¹, compte un grand nombre d'individus s'exprimant au quotidien dans la langue de Voltaire. Et cela, la cuisse de Jupiter n'y est pour rien. Certes, les antiques adorateurs de cette divinité ne s'en offusqueraient point. En quittant la botte italienne en vue de la conquête de l'ensemble du bassin méditerranéen, ils ont bien emporté avec eux leur langue, leurs lettres, et leur droit. Il en a été ainsi au fil des siècles pour bon nombre de puissances conquérantes, dites « civilisatrices ». L'empire colonial français

(*) Voy in Rev. rech. jur.-Droit prospectif, n° 2006-1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp. 379-409.

¹ Cf. pour cette expression : Montigny (G.), *La francophonie : piège ou tremplin pour les avocats francophones ?*, in *L'Afrique et le droit - Investir en Afrique* (sous la coord. de M. Abdoulaye Seck), Gaz. Pal., nov.-déc. 1995, Doctr., pp. 1215 et s.

n'a pas dérogé à la règle², puisque son droit notamment, fait partie de ces « *bienfaits de la civilisation* »³ généreusement offerts à l'Afrique.

2. En effet, la présence coloniale française en Afrique noire a laissé des empreintes dans maints domaines. Celui du droit, qui a inséré une partie du continent noir au sein de la « *jurisfrancité* »⁴ et dont la réorganisation était inéluctable⁵, en est un, fort intéressant à observer. La marque de l'influence considérable que le droit français a laissée en Afrique francophone est d'autant intéressante que cette influence s'est exercée tantôt directement, tantôt par l'intermédiaire de la Belgique⁶.

Cependant, la familiarité qui caractérise la pensée, les structures et la culture juridiques françaises pour les juristes africains s'expliquerait-elle par l'existence de quelque lien de parenté entre les peuples d'Afrique noire et les habitants actuels des terres antiquement appelées Gaule ? Dans l'affirmative, quelle serait alors la nature de cette parenté ? Ou bien, est-ce simplement dû au seul hasard, aux soubresauts de l'histoire des nations ? Il est possible de résoudre cette problématique en analysant les faits d'hier et les choix d'aujourd'hui. Cela permet de se faire une image de la prospective des rapports entre le « modèle juridique »⁷ de la France et les droits de ses anciennes colonies. A l'occasion d'une communication faite au lendemain des indépendances, M. Foyer⁸ se demandait si les droits africains allaient continuer de subir l'influence du droit français. La réponse à son propre questionnement était affirmative, affirmation sous forme de prédiction que l'auteur, comme pour en confirmer l'exactitude, va réitérer quatre décades plus tard⁹. Comment expliquer ce phénomène ?

Il est au moins deux manières d'aborder un tel sujet. Il est possible, soit, d'étudier des éléments précis de telle ou telle autre branche du droit français qui ont migré en Afrique, soit, d'analyser schématiquement et dans sa généralité la façon dont cette migration s'est faite. La présente étude procède de la seconde optique.

² Voy les développements de Bastier (J.), *L'image de Rome et le modèle du droit romain dans la construction du droit colonial français*, in *Droit romain, jus civile et droit français*, Journées organisées les 24-25-26 septembre 1998 par le Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques.

³ Voy Guy (M.), *Bâtisseurs d'empire*, J. de Gigord éditeur, 1939, p. 6. - M. Henri Lévy-Bruhl a évoqué « l'aspect juridique de la communication entre les groupes » pour désigner la circulation du droit français, de la métropole vers les colonies. Voy in *Sociologie du droit*, P.U.F., coll. "Que sais-je ?", 1961, p. 118.

⁴ L'expression sert à désigner *stricto sensu*, les pays non francophones dont les droits sont inspirés ou sont des pures traductions des codes français. Il s'agit, sur le continent africain, des anciens territoires sous administration espagnole ou portugaise ; ou encore de ceux anciennement administrés par l'Angleterre mais ayant subi une certaine influence française. Au sens large cependant, elle englobe tous les pays dont les droits sont « d'inspiration » ou « d'expression » française. - Voy not. dans les Actes de la 18^{ème} biennale de la langue française organisée à Ouagadougou, 29 oct.-1^{er} nov. 1999, sur le thème de "L'expression du droit. Le français, langue africaine et internationale. La jurisfrancité", les développements des auteurs suivants : Buffelan-Lanore (Y.), *Le langage juridique et le code civil*, p. 79 ; Jouve (E.), *La jurisfrancité et l'émergence d'une francophonie politique*, p. 120 ; Decheix (P.), *La jurisfrancité, forces et faiblesses*, p. 164.

⁵ Du fait de la rencontre de deux forces inégales (L'Afrique pré-coloniale et la France), affirme M. Jacques Binet, la réorganisation dans le domaine du droit et des institutions était voulue et obligatoire. - Cf. *Droit coutumier africain et institutions modernes*, in *Latitudes*, n° spécial, 1963, p. 102.

⁶ Le Royaume de Belgique a transposé dans ses colonies la culture juridique française. - Voy not. à ce sujet : Tercier (P.), *La recherche et la rédaction juridiques*, 3^{ème} éd., éd. Univ. Fribourg Suisse, 1999, p. 179-180, spéc. § 612 ; Sacco (R.), *La circulation du modèle juridique français. Rapport de synthèse*, Journées franco-italiennes, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIV, 1993, p. 8, § 5.

⁷ L'expression "modèle juridique" sera usitée dans la présente étude dans le sens de « système juridique pris dans son ensemble ou dans tel de ses éléments ». - Voy sur une telle compréhension : "La circulation du modèle juridique français. Notice d'orientation de la recherche", Journées franco-italiennes, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIV, 1993, p. 1.

⁸ Voy Foyer (J.), *Les destinées du droit français en Afrique*, in *Recueil Penant*, 1962, p. 1.

⁹ Du même auteur : *Le code civil est vivant. Il doit le rester !*, in *Bicentenaire du code civil* (Propos recueillis par Jacques Béguin), J.C.P. éd. G, n° 13, 2004, pp. 543 et s.

3. Annonce. - Juristes et historiens du droit s'accordent sur un fait. C'est que le rayonnement du droit français dans le monde en général - et en Afrique particulièrement - s'explique d'abord par les conquêtes et la force des armes. Cependant, si le passé colonial a légitimé en lui-même l'imposition (I) du modèle juridique métropolitain, il ne suffit cependant, par lui seul, à en expliquer la réception (II) dans les Etats africains, une fois leur indépendance politique recouvrée. De surcroît, il n'est pas superflu de se demander si quelques facteurs rendraient possible à l'avenir une relation de fraternité (III) entre le droit français et les droits d'Afrique noire.

- I -

L'IMPOSITION DU MODELE DE DROIT COLONIAL : LE « DROIT-JOUG »

4. Transposé d'autorité sur le continent africain par le pouvoir colonial, le modèle juridique français, tel un greffon plus ou moins bien reçu, s'y est maintenu. La réalité est cependant moins simple à synthétiser, et son intelligence nécessite une évocation de la technique législative de l'empire colonial (A), ainsi qu'un aperçu du contexte immédiat de la décolonisation (B).

A. Une circulation par voie d'autorité : un droit greffé

5. Au temps d'une production centralisée du droit... - La greffe en Afrique noire francophone d'un droit calqué, bien de fois trait pour trait, sur celui de la métropole s'est réalisée selon une méthode que semblaient partager, avec des nuances assez marquées, nombre de puissances colonisatrices. Deux manières de procéder ont été identifiées. Celle de l'empire britannique qui importait en bloc l'ensemble du droit anglais tel qu'il était en vigueur en Angleterre à la date de son introduction dans les colonies, et celle des autres nations européennes - dont la France - qui n'importaient en Afrique que des éléments de leur droit¹⁰. En effet, dans l'Afrique française et à Madagascar, les codes et lois de la France s'appliquaient dans la mesure où le législateur colonial - rôle en principe partagé par le législatif et l'exécutif¹¹, mais en réalité et le plus souvent, le président de la République française agissant par voie de décret¹² - avait ordonné leur application. Et, des textes de même

¹⁰ Voy sur ce constat : Vanderlinden (J.), *Les systèmes juridiques africains*, P.U.F., coll. "Que sais-je ?", 1983, pp. 44 et s. - Il semble y avoir eu sur ce point aussi, selon la formule de M. Jéol (Voy in *La réforme de la justice en Afrique noire*, thèse, Dakar, 1963, p. 31), « quelque "manche" ignorée des géographes, séparant Afrique francophone et Afrique anglophone... ».

¹¹ Sur le principe d'une compétence partagée, M. Louis Rolland écrit : « *Le parlement a seul qualité pour élaborer des décisions ayant force juridique de lois. Le chef de l'Etat, bien qu'on lui donne très fréquemment le nom de législateur colonial (...) ne peut jamais prendre que des décisions ayant la force juridique de décrets* ». - Voy *L'empire colonial*, in *La vie juridique des peuples* (sous la dir. de H. Lévy-Ullmann et B. Mirkin-Guetzévitch), t. III : *La France*, Librairie Delagrave-Paris, 1933, p. 446-447, spéc. § 10.

¹² Il a ainsi été question en doctrine de « régime des décrets » ou de « régime du chef de l'Etat législateur colonial ». Cf. en ce sens : Lampué (P.), *Le régime constitutionnel des colonies françaises*, in *Annales du droit et des sciences sociales*, n° 4, 1934, pp. 233 et s., spéc. p. 248, § 7. - Pour une application jurisprudentielle, se référer à l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 22 décembre 1934 (Arrêt Maurel et autres, C.E., 22 déc. 1934, S.1934, III, 57, note de M. Roques) : « *Le chef de l'Etat peut régler par voie de décret des questions qui, dans la métropole, ressortissent au domaine de la loi* ».

rang pouvaient prescrire l'application de mesures particulières pour certaines parties de l'empire colonial¹³.

Autrement dit, les lois et règlements émanant des autorités centrales métropolitaines ne s'appliquaient de plein droit dans les colonies qu'à la condition d'avoir été pris spécialement à l'intention de celles-ci ou d'y avoir été déclarés applicables par le pouvoir (législatif ou exécutif) qui les édictait. Dans le cas contraire, il fallait, comme dit ci-haut, une disposition spéciale. C'est le principe dit de la « *spécialité législative* », ou de la « *spécialité de la législation coloniale* »¹⁴.

6. La transposition en Afrique du modèle de droit colonial s'explique ainsi, du moins partiellement, par une certaine conception « *louisquatorzienne* » de la production du droit, et le principe susmentionné procédait de cette logique. Situé au centre de l'empire, la métropole seule, était habilitée à édicter les règles de droit applicables aux colonies. Définitivement fixé et consacré sous la révolution¹⁵, le principe sera maintenu sous diverses formulations à travers divers textes¹⁶. En effet, s'agissant de l'Afrique, ce n'est que bien après 1789 que l'on peut trouver des traces d'une « *législation coloniale* »¹⁷ applicable aux dépendances africaines. La constitution de l'an VIII disposait que le régime des colonies françaises serait déterminé par des « *lois spéciales* ». Mais devant le désintéret apparent du pouvoir législatif, c'est à l'exécutif qu'il revint d'édicter les actes administratifs indispensables, en l'occurrence des décrets. Ainsi, les autorités centrales s'étaient-elles réservées les « *pleins pouvoirs de législation* », elles légiféraient pour les colonies et s'opposaient à toute idée d'une législation coloniale propre¹⁸.

¹³ Voy en ce sens David (R.) et Jauffret-Spinosi (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10^{ème} éd., Dalloz, 1992, n° 510. - Les auteurs mentionnent qu'une situation analogue se retrouvait dans les possessions espagnoles et portugaises, ainsi qu'au Congo belge.

¹⁴ Pour un aperçu des généralités sur ce principe, voy not. Rolland (L.), *L'empire colonial*, op.cit., pp. 437 et s., spéc. § 10 ; Lampué (P.), *Le régime constitutionnel des colonies françaises*, op.cit., pp. 233 et s., spéc. p. 247, § 6.

¹⁵ Voy not. Ayrat (L.), *Organisation des gouvernements et des conseils coloniaux*, in *Du mode d'administration des possessions coloniales*, Actes du congrès des sciences politiques de 1900, soc. fr. impr. libr., 1901, pp. 47 et s., spéc. pp. 56-58.

¹⁶ Le principe de la spécialité législative se retrouve notamment dans : la charte constitutionnelle du 4 juin 1814 (art. 73 : « Les colonies seront régies par des lois et des règlements particuliers... »), la charte constitutionnelle du 14 août 1830 (art. 64 : « Les colonies sont régies par des lois particulières... »), texte sur la base duquel fut votée la loi du 24 avril 1833 sur le régime législatif des colonies), la constitution du 4 novembre 1848 (art. 109 : « Le territoire (...) et des colonies est déclaré territoire français et sera régi par des lois particulières jusqu'à ce qu'une loi spéciale les place sous le régime de la présente constitution... »), la constitution du 16 thermidor an X (art. 57 : « Le sénat règle, par un sénatus-consulte organique (...) la constitution des colonies... »), disposition en vertu de laquelle a été pris le sénatus-consulte du 3 mai 1854 sur le régime législatif des colonies ; dont l'article 18 stipulait que « les colonies sont régies par des décrets... »), la constitution du 14 janvier 1852 (art. 27 : « Le sénat règle, par un sénatus-consulte (...) la constitution des colonies... ») ; ainsi que dans les textes fondamentaux des 3^{ème}, 4^{ème} et 5^{ème} Républiques. - Sur ces données historiques, voy not. Ayrat (L.), *Organisation des gouvernements et des conseils coloniaux*, in *Du mode d'administration des possessions coloniales*, op.cit., pp. 56-58 ; Lampué (P.), *Le régime constitutionnel des colonies françaises*, op.cit., p. 250.

¹⁷ L'expression sera, à partir de 1954, remplacée par celle de « droit d'outre-mer », puisqu'avec la constitution de 1946 (art. 60), la France n'avait - au sens juridique - plus de colonies. Elle faisait partie d'une Union avec les Etats et territoires qui lui étaient associés. - Cf. not. Girault (A.), *Principes de colonisation et de législation coloniale*, t. II, 2^{ème} éd., L.S.R.G.L.A., 1904, pp. 160 et s. ; Luchaire (F.), *Droit d'outre-mer*, P.U.F., coll. "thémis", 1959, pp. 1 et s.

¹⁸ Cf. not. Walcker (E.A.), *Les colonies. Passé et avenir*, éd. Nagel, 1945, p. 142 ; Gonidec (P.-F.), *Droit d'outre-mer*, t. II : *Les rapports actuels de la France métropolitaine et des pays d'outre-mer*, Monchrestien, 1960, p. 9.

7. De par son originalité, ce système de législation rendait - et rend encore dans certains domaines - malaisé l'établissement d'un inventaire des dispositions de l'héritage juridique colonial¹⁹ encore en vigueur, dans la mesure où il est difficile de dresser la liste complète des textes jadis rendus applicables dans les colonies africaines. Les conséquences en étaient notamment une grande complexité de sources législatives ainsi que de nombreuses lacunes, comblées alors par un recours au droit métropolitain à titre de raison écrite.

La consécration de ce principe a été justifiée par l'absolue nécessité d'une prise en considération des différences d'ordres économiques et sociales existant entre la métropole et les colonies, c'est-à-dire un besoin d'adaptation des normes. Mais il semble à l'évidence qu'il y ait eu davantage une pure et simple transposition des règles plutôt qu'une cohérente et lisible politique d'adaptation. L'application en a néanmoins été maintenue jusqu'aux indépendances, bien que la constitution de 1958 en vigueur en France au moment de la vague des décolonisations ne renferme aucune disposition spécifique se rapportant audit principe²⁰. La souveraineté française s'étendant dans les colonies, il ne semblait d'autant pas nécessaire de justifier ce maintien.

8. ...Et d'une domination de et par le droit. - En somme, il peut être avancé, au vu de ce qui précède, qu'il s'est donc agi pendant cette période d'une « *exportation forcée* » du modèle juridique français. L'expression sert à désigner en doctrine l'hypothèse de la contrainte comme schéma de circulation des modèles juridiques. On parle aussi de circulation « *manu militari* » ou « *jus imperii* »²¹, ou encore de « *circulation forcée* »²². Le droit colonial constituait pendant cette période, selon l'expression de M. Seroussi²³, un « *prolongement naturel de la domination politico-économique* ». C'est par ce mode que s'est faite, pendant les décennies de la colonisation, la circulation du droit entre la puissance colonisatrice française et ses dépendances africaines. Ainsi, c'est donc effectivement le droit métropolitain, élaboré en métropole et pour la métropole, qui était - d'autorité - étendu, transposé, greffé aux colonies. Pour l'essentiel, cette transposition en Afrique noire francophone se faisait en deux temps. Les textes étaient le plus souvent, dans un premier temps, déclarés applicables au Sénégal, avant d'être étendus à d'autres parties africaines de l'empire²⁴.

Cependant, pour un certain nombre de raisons, les textes ainsi transposés vont dans leur immense majorité demeurer d'application après l'accession des ex-colonies françaises à la

¹⁹ Voy particulièrement dans le domaine du droit des sociétés : Balima (M.), *Les sociétés commerciales en Afrique de l'ouest (Bénin, Côte-d'Ivoire, Guinée, Haute-Volta, Mali, Niger, Sénégal, Togo)*, thèse, Dijon, 1979, p. 10, § 9.

²⁰ En doctrine néanmoins, il a été conclu à son maintien. Comme argument de textes, il a été avancé une interprétation combinée des articles 73 et 74 de ladite constitution, et comme fondements objectifs extra-textuels, les différences notables des mœurs et de développement entre la métropole et ses colonies. - Voy pour un résumé de ces discussions : Balima (M.), *Les sociétés commerciales en Afrique de l'ouest*, op.cit., p. 24, note (1).

²¹ Watson (A.), *Legal transplants*, Edimbourg, 1974, cité par Muir Watt (H.), *Propos liminaires sur le prestige du modèle américain*, in *L'américanisation du droit*, Arch. philo. droit, t. XLV, Dalloz, 2001, p. 29.

²² Voy in 'La circulation du modèle juridique français. Notice d'orientation de la recherche', Journées franco-italiennes, op.cit., p. 1.

²³ Seroussi (R.), *Introduction au droit comparé*, 2^{ème} éd., Dunod, 2003, p. 175. - Dans un sens voisin, M. François Luchaire affirme qu'au sens classique, la colonisation n'existe que s'il y a une domination à forme juridique, c'est-à-dire, précise-t-il, une domination « *de droit* ». L'on pourrait ajouter : une domination « *par le droit* ». Voy Luchaire (F.), *Droit d'outre-mer*, op.cit., p. 16.

²⁴ Il en a été ainsi notamment des textes déclarés applicables au Sénégal, avant d'être successivement étendus aux autres territoires de l'Afrique occidentale française ou A.O.F. (décrets du 11 mai 1892, 26 juillet 1914, 16 décembre 1896 et 6 août 1901), au Congo (décret du 27 mars 1903), et de là à l'ensemble de l'Afrique équatoriale française (A.E.F.). - Voy not. Luchaire (F.), *Droit d'outre-mer*, op.cit., p. 400 ; Lampué (P.), *Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone*, in Recueil Penant, R.D.P.A., 1979, pp. 245 et s., spéc. p. 247, § 1 ; Gonidec (P.-F.), *Les droits africains. Evolutions et sources*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1976, p. 203.

souveraineté internationale. Le droit de la colonisation survivant à celle-ci en Afrique ... faute de substitut.

B. Un maintien par défaut : un modèle incrusté

9. Le (non-) choix des nouveaux Etats. - A l'accession à l'indépendance des colonies françaises d'Afrique noire, la réforme de l'ensemble juridique construit par le colonisateur n'était point à l'ordre du jour, une « réforme-révolution » brutale faisant *tabula rasa* du droit positif n'étant, au demeurant, jamais opportune²⁵. D'un côté, les nouveaux pouvoirs proclamaient par pragmatisme la survivance en l'état de l'essentiel de l'héritage juridique colonial. Qu'ils aient opté pour la voie constitutionnelle ou pour des dispositions d'une autre nature²⁶, il s'agissait pour les nouveaux Etats d'éviter le chaos et surtout le vide législatif qui seraient résultés d'une abrogation immédiate et peu réfléchie du droit colonial dès l'accession à l'indépendance. A ce titre, la première constitution de la république du Sénégal de 1959 disposait déjà : « *A moins que les autorités de la république du Sénégal n'en ait décidé autrement, les lois et règlements actuellement en vigueur continueront à avoir leur plein effet en tout ce qu'ils n'ont pas de contraire à la présente constitution* ». Le modèle juridique du colonisateur ne pouvait être évacué.

Il est tout autant possible, avec le doyen Ripert²⁷, d'y voir, du moins dans une certaine mesure, une application du principe de continuité de l'Etat, les jeunes Etats succédant à l'administration et à l'Etat colonial dans ses engagements et héritant de ce fait de son ordonnancement juridique ; puisque la continuité de l'Etat, soutient l'auteur, entraîne - en principe - une continuité du droit. Pour l'ensemble de ces Etats, l'attitude tenue vis-à-vis de la législation coloniale était celle d'une réception, tantôt globale, tantôt partielle, mais toujours dans la continuité²⁸.

La jurisprudence a, en certaines occasions, eu à réaffirmer non sans force le maintien de règles juridiques édictées par le législateur colonial. Ainsi d'un célèbre arrêt de la Cour d'appel de Libreville dans lequel, pour faire échec à l'argumentaire d'une partie qui soutenait, pour plaider sa cause, la désuétude du droit colonial, la Cour de céans avait statué que « *l'indépendance du Gabon n'a pas eu pour conséquence de remettre en cause les textes promulgués lors de la souveraineté française, mais de les nationaliser au sens gabonais* »²⁹. La formule à laquelle la Cour a eu recours avait pour but évident de déterminer l'ordre juridique en vigueur, en l'occurrence, l'ordre juridique colonial tel que maintenu.

Les éléments du système juridique français greffés sur les droits africains semblaient bien incrustés et fixés dans la durée. *Vicissitudes de la colonisation*, diraient peut-être certains, *quand vous nous tenez...*

²⁵ Pour des commentaires sur cette absence de quelque volonté de réaliser une « *révolution législative* », voy not. Gonidec (P.-F.), *Les droits africains. Evolution et sources*, op.cit., p. 205 ; Agostini (E.), *La circulation des modèles juridiques*, in Rev. int. dr. comp., n° 2, 1990, p. 466.

²⁶ A titre exemplatif, il sied de relever que le Bénin (art. 76 de la const. du 26 nov. 1960), le Burkina-Faso (art. 76 de la const. du 30 nov. 1960), la Côte-d'Ivoire (art. 76 de la const. du 3 nov. 1960), le Mali (art. 51 de la const. du 22 sept. 1960), le Niger (art. 76 de la const. du 8 nov. 1960), le Sénégal (art. 70 de la const. du 26 août 1960) et le Togo (art. 60 de la const. du 15 avril 1960) figurent parmi les pays qui avaient expressément consacré le principe du maintien du droit colonial dans leurs premières constitutions ; tandis que la Guinée (ord. n° 1 du 3 sept. 1958) avait opté pour un texte réglementaire. - Sur ces données (commentées), voy not. Balima (M.), op.cit., p. 17, note (2) ; Lavroff (D.G.) et Peiser (G.), *Les constitutions africaines*, éd. Pedone, Paris, 1961 ; Vanderlinden (J.), *Les systèmes juridiques africains*, op.cit., pp. 57 et s.

²⁷ Ripert (G.), *Le déclin du droit. Etude sur la législation contemporaine*, L.G.D.J., 1949, p. 125, spéc. § 41.

²⁸ Voy Vanderlinden (J.), *Les systèmes juridiques africains*, op.cit., p. 57.

²⁹ Arrêt C.A. Libreville, 8 janvier 1963, aff. Bikey c/ Izouret, in Recueil Penant, 1963, pp. 548 et s., note de M. Pierre Lampué.

D'un autre côté, l'absence d'une élite nationale initiée à la science du droit rendait impossible une quelconque entreprise de remise en cause, si toutefois elle avait été projetée.

10. Le poids du vide. - Un auteur, éminent comparatiste, a, avec perspicacité, saisi et décrit cette situation en parlant d'une « *Afrique où il n'existe, en dehors des grands centres, qu'un nombre très réduit, parfois insignifiant, de juristes* », ou encore d'une « *Afrique dans laquelle est déplorée une pénurie de juristes* »³⁰. Pour palier à cette pénurie, ces jeunes Etats eurent presque systématiquement recours au lendemain des indépendances à des experts majoritairement français - fonctionnaires, enseignants ou autres conseillers techniques - dont la grande influence permet d'expliquer, du moins en partie, la persistance du droit français³¹. Aussi, le droit du colonisateur était-il condamné ou appelé, c'est selon, non seulement à connaître des difficultés d'application, mais aussi à se maintenir, comme en s'incrétant, dans tous les domaines où son abrogation n'avait pas été explicitement prononcée ou implicitement constatée.

C'est donc bien un besoin de stabilité et, dans une certaine mesure, l'absence de compétences nationales, qui justifiaient le *statu quo*. La *raison*, primant là sur l'*émotion*, si toutefois une paraphrase *a contrario* de M. Léopold S. Senghor peut être permise, était bien africaine. Passé les années du maintien par défaut d'un modèle français imposé sous la colonisation, et le besoin de réformes adaptatives se faisant sentir, les pays d'Afrique noire vont se tourner vers le droit de la France tel qu'il avait évolué et l'adopter comme modèle de référence. La promptitude avec laquelle les nouveaux législateurs africains se tournaient vers le modèle français semblait illustrer la survivance d'une ancienne conception selon laquelle, « *dans une colonie, le progrès immédiat consiste à se modeler sur la métropole, comme sur le meilleur type de société...* »³².

Ainsi, ce « *droit-joug* », instrument de la tutelle coloniale, devint le « *droit-soleil* », repère premier et naturel des pouvoirs publics, comme de la majorité des juristes d'Afrique noire francophone.

- II -

LA RECEPTION DU MODELE JURIDIQUE FRANÇAIS : LE « DROIT-SOLEIL »

11. Les systèmes de droit africains fournissent un champ idéal pour l'étude de la réception des droits étrangers³³. Celle du modèle de droit français dans l'Afrique noire post-coloniale est le fait autant de l'existence de certaines filiations scientifiques (A), que des données liées aux rouages de l'économie (B) et, dans une moindre mesure, de quelques canaux politiques de coopération entre Etats, organismes ou institutions relevant d'Etats différents (C).

³⁰ Voy David (R.), *Le droit comparé. Droits d'hier, droits de demain*, Economica, coll. "Etudes juridiques comparatives", 1982, p. 254. - Sur la même observation, cf. not. Vanderlinden (J.), *Les systèmes juridiques africains*, op.cit., p. 59.

³¹ Voy not. Vanderlinden (J.), *loc.cit.* ; Foyer (J.), *Les destinées du droit français en Afrique*, op.cit., p. 3.

³² Cf. Hilaire (J.), *Nos ancêtres les Gaulois*, in *Annales africaines de l'Université de Dakar*, 1964, éd. Pédone, Paris, pp. 7 et s., spéc. p. 17 ; Duval (J.), *Les colonies et la politique coloniale de la France*, Arthus Bertrand éditeur, 1864, p. 473.

³³ Voy Séroussi (R.), *Introduction au droit comparé*, Dunod, 2000, p. 173. - Il sied de préciser que la "réception" est différente de "l'imposition", puisqu'elle est le fait d'Etats indépendants. En ce sens, voy Vanderlinden (J.), *Les systèmes juridiques africains*, op.cit., p. 57.

A. Une réception facilitée par des filiations savantes

12. Des liens de parenté intellectuelle existent à l'évidence entre les milieux savants français et africains. Ces liens dépassent les cercles d'érudition des penseurs du droit, pour atteindre ceux qui en sont les faiseurs, les diseurs et les praticiens. Tous, comme rassurés par le prestige du modèle français (1), et étant, pour la plupart, passés dans le moule de la formation juridique sus évoquée (2), contribuent à en assurer la réception et la pérennité.

1.- Le prestige du droit français

13. **Des mille et un lauriers.** - Le prestige dont jouit le droit français en Afrique noire n'est pas des moindres. Il sied de relever qu'il s'agit tout de même du système de droit de l'ex-puissance coloniale, de l'ordre juridique qui entretient le rapport de proximité le plus étroit avec les différentes législations nationales post-coloniales, enfin du droit du pays qui a offert à l'Afrique noire francophone sa « *langue du droit* ». Si la diversité des langues fut, comme l'admet sous condition M. Gutteridge³⁴, la première cause de division parmi les hommes, la communauté de langue peut, *a contrario*, être vue comme une cause d'union, de fusion, de rapprochement ou d'osmose ; facilitant la circulation des créations des sociétés humaines. Parmi celles-ci, figure le droit³⁵.

Pour les juristes africains, le langage juridique français n'est point empreint d'ésotérisme. Ils en ont une commune habitude, et sont par là prédisposés à l'étude et à la connaissance du droit français³⁶. Ainsi, pour M. Bézard³⁷, le prestige du droit français, en Afrique notamment, est aussi dû à ce que ce droit est « *véhiculé par une langue de qualité* », offrant aux jeunes Etats les attributs devant nécessairement caractériser leurs droits, tels la clarté et la précision. L'importance de la langue de Portalis dans la cristallisation du prestige international du droit français est davantage mise en évidence dans un rapport du Conseil d'Etat dans lequel il est affirmé : « *La défense du français comme langue de travail au sein des organisations et juridictions internationales aussi bien qu'au travers de la Francophonie représente une nécessité pour le rayonnement de notre droit* »³⁸. De même, en évoquant la langue comme condition majeure de tout emprunt (de droit prétorien en l'occurrence) à un système de droit

³⁴ Gutteridge (H.C.), *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1953, p. 153.

³⁵ A propos de la communauté de langue entre la France et l'Afrique noire francophone comme facteur de circulation du droit français dans les Etats africains, voy not. « *L'influence internationale du droit français* », Rapport au 1^{er} ministre, La doc. fr., coll. « les études du Conseil d'Etat », 2001, p. 63 ; « *La circulation du modèle juridique français. Notice d'orientation de la recherche* », Journées franco-italiennes, op.cit., p. 2 ; Lévy-Bruhl (H.), *Sociologie du droit*, op.cit., p. 116 ; Séroussi (R.), *Introduction au droit comparé*, Dunod, 2000, p. 11. - Par contre, sur la langue perçue comme obstacle à la connaissance et par voie de conséquence à la réception des droits étrangers, et sur la capacité d'entente intrinsèquement limitée des langues, cf. not. Agondjo-Okawe (P.L.), *La notion d'espace juridictionnel en droit Bantu*, in *Droit et cultures*, n° 1, 1981, pp. 23 et s. ; Müller (F.), *Discours de la méthode juridique*, Léviathan/P.U.F., 1993, p. 26 ; Tallon (D.), *L'harmonisation des règles de droit privé entre pays de droit civil et de common law*, in *Rev. int. dr. comp.*, n° 2, 1990, pp. 513 et s., spéc. p. 515.

³⁶ En ce sens, voy not. Tahita (J.-C.), *La réception du langage juridique français au Burkina Faso*, in *L'expression du droit. Le français, langue africaine et internationale. La jurisfrancité*, Actes de la 18^{ème} biennale de la langue française organisée à Ouagadougou, 29 oct.-1^{er} nov. 1999, éd. Fr.V.M. (Paris), 2000, pp. 61 et s. ; Montigny (G.), *La francophonie : piège ou tremplin pour les avocats francophones ?*, op.cit., pp. 1215 et s. ; Tunc (A.), *Cours de grands systèmes de droit contemporain*, Licence 4^{ème} année, Paris, coll. « les cours de droit », 1969-1970, p. 56.

³⁷ Bézard (P.), *Le droit français est-il encore exportable ?*, in *Propos impertinents de droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Christian Galvada, Dalloz, 2001, pp. 43 et s., spéc. p. 49.

³⁸ Cf. « *L'influence internationale du droit français* », Rapport au 1^{er} ministre, op.cit., p. 107.

étranger, M. Sacco³⁹ écrit : « *Une imitation globale et directe de la jurisprudence française n'est possible que là où la langue française est couramment pratiquée (...) ou là où, le code étant français, l'on se croit en devoir de l'interpréter à la française* ».

En sus de la langue, certaines caractéristiques propres au droit français concourent également à en assurer le prestige sur le continent africain.

14. En effet, après la décolonisation, les Etats africains, parce qu'aspirant à se moderniser, se sont donné, ou du moins efforcé de se donner, des codes et lois calqués sur les modèles occidentaux et en utilisant les techniques en honneur sur le continent européen. Pour les pays francophones, la chose allant de soi, c'est auprès de la France - pays dont le système juridique offre des techniques et mécanismes permettant de régler de manière satisfaisante bon nombre des questions posées par de nombreuses opérations internationales -⁴⁰ qu'a été trouvé le modèle, l'exemple dont ils sont enclins à s'inspirer en vue de leur développement⁴¹. Il a ainsi été avancé en doctrine que, « *les pays ayant accédé à l'indépendance, les pays désirant se moderniser ou souhaitant la rencontre avec l'occident trouvent dans le droit français un modèle facile à comprendre, facile à assimiler, facile à appliquer* »⁴² ; ou encore, s'agissant du modèle de codification à la française, qu'elle permettait l'établissement « *de règles abstraites, assez précises pour servir de guide au juge en même temps que de (moyen de) défense au citoyen contre l'arbitraire du juge, mais assez générales pour permettre une adaptation de la norme aux cas particuliers et, souvent même une adaptation rendue nécessaire par l'évolution des faits* »⁴³.

La renommée internationale de la technique de la codification, quelque fois érigée en dogme, le mode de raisonnement juridique afférent, ainsi que son caractère de droit écrit et donc *a priori* plus facilement transplantable, renforcent le prestige du modèle dont question dans les pays francophones d'Afrique noire où il n'est quasiment concurrencé par aucun autre système juridique occidental.

15. Point d'ombre ! - A peine a-t-on entendu dans les anciennes colonies belges d'Afrique⁴⁴, que le droit légué par les colonisateurs wallons et flamands était une référence de choix. Mais là encore, particulièrement dans l'ex-Congo belge, il est largement admis que le droit national a, dans moult embranchements, pour père le droit belge, et pour grand-père le droit français. La raison en est que le législateur colonial a bien souvent rendu applicable dans ses colonies d'Afrique centrale et des Grands-lacs des institutions, certes de son droit, mais somme toute préalablement empruntées au grand voisin français. Aussi, convient-il d'inclure ces pays dans ce qu'il fût juste d'appeler « *l'Afrique des codes napoléoniens* ». Le droit français y est également le système de référence. Le grand-père n'est-il pas bien souvent le père idéal ?

16. Le droit français jouit ainsi dans l'ensemble de ces pays d'un prestige certain et indiscutable. Ce prestige n'en est pas pour autant le seul facteur de circulation du modèle juridique français dans les Etats en question. Il y a certes de la fascination, l'hypothèse de la

³⁹ Sacco (R.), *La circulation du modèle juridique français. Rapport de synthèse*, op.cit., p. 9, spéc. § 7.

⁴⁰ Cf. Sainte Fare Garnot (R.), *Entreprise industrielle*, in *L'entreprise et le droit comparé*, Actes du colloque du 25 novembre 1994, Société de législation comparée, 1995, p. 47.

⁴¹ Voy David (R.), *Le droit comparé. Droits d'hier, droits de demain*, op. cit., p. 247, 254.

⁴² Voy Sacco (R.), *La circulation du modèle juridique français. Rapport de synthèse*, op.cit., p. 12, spéc. § 11.

⁴³ Voy Houin (R.), *L'évolution du droit civil et les projets de révision du code civil français*, in Travaux du 1^{er} congrès de droit privé comparé Maurice-La Réunion, Institut d'études juridiques, économiques et politiques de Saint Denis de la Réunion, 1965, p. 1-2.

⁴⁴ Il s'agit des trois pays francophones de la sous-région des Grands-lacs africains. Soit, la République démocratique du Congo, le Burundi et le Rwanda.

séduction, chère à M. Alan Watson⁴⁵, qui suppose l'accueil (plus ou moins) volontaire d'institutions isolées ou de pans entiers d'un droit jugé désirable, étant ici confirmée. Mais il est de bon aloi d'admettre avec cet auteur que le vrai prestige est celui qui s'exerce au-delà d'un cercle de proximité ou d'affinités culturelles ou historiques. Il soutient de ce fait : « *qu'un système colonisé devenu indépendant continue à puiser à la source du droit colonial n'est pas forcément le signe de prestige de ce dernier, mais de pesanteurs d'une autre nature* ». Quoique vraie, cette analyse n'en dément pas moins la véracité de l'image de marque dont bénéficie le modèle juridique français en Afrique francophone.

Ainsi, parce qu'initiés à un si prestigieux droit, les juristes africains, particulièrement ceux qui assurent l'enseignement de la science juridique, l'adoptent sans toujours l'adapter, et la répandent dans leurs pays, en servant par là-même de relais de circulation du modèle français. La formation des concernés en France ou « à la française », dans les universités françaises ou même africaines, en est pareillement une des causes.

2.- La formation des juristes africains

17. De la plupart, comme de chacun. - Les incidences d'une formation juridique des élites africaines axées exclusivement sur les modèles européens en général ont été mises en exergue par nombre d'auteurs. M. Vanderlinden⁴⁶ en apporte une description en ces termes : « *...des juristes africains rendus orphelins de leur culture et des éléments les plus authentiques de la discipline qui doit être la leur. Il n'est guère étonnant dans ces circonstances que (...) après les indépendances, nombre d'entre eux raisonnent davantage comme les juristes (...) français (...) qui les ont formés et soient ainsi incapables de développer des droits authentiquement africains réalisant la symbiose la mieux adaptée possible entre les exigences du développement et les caractères spécifiques de la réalité africaine* ». Il évoque outre part, une formation « *qui les imprègnent du droit de l'Etat dans lequel ils étudient, (plus) que de leur droit national* ». Quant à M. Foyer⁴⁷, invoquant une imprégnation technique des droits africains par le droit français, il soutient : « *Nous vous avons communiqué et nos concepts, et notre technologie, et nos habitudes de rédaction, et nos méthodes de construction juridique, et tout cela, il est vraisemblable que vous n'en perdrez pas l'habitude de si tôt...* ». Pour sa part, M. Schaeffer⁴⁸, épinglant particulièrement les Etats d'Afrique noire, parle d'une « *élite (...) impressionnée par l'organisation des sociétés économiquement avancées, et donc par leur droit qu'elle a le plus souvent étudié (et qu'elle pense pouvoir) importer comme on importe une nouvelle technologie* ».

Ces incidences semblent s'étendre à l'ensemble des acteurs du monde du droit. La connaissance qu'ils - universitaires, législateurs, juges et praticiens - ont du droit français, rend possible sa reproduction dans leurs pays d'origine.

18. Des chercheurs en droit. - Nombre d'enseignants et chercheurs des universités africaines, dont le rôle est crucial dans la création et la transmission de la culture juridique, comptent leurs « maîtres » dans le corps professoral français. Aussi, n'est-il guère surprenant de trouver dans la littérature juridique des hommages appuyés de la part d'auteurs africains, tel un : « *...merci à l'Université de (...), cette source féconde, cette brillante pépinière de juristes qui après m'avoir formé, a formé mes frères (...), merci à l'Université*

⁴⁵ Voy Watson (A.), *Legal transplants*, loc.cit.

⁴⁶ Vanderlinden (J.), *Les systèmes juridiques africains*, op.cit., pp. 48-49, 60.

⁴⁷ Foyer (J.), *Les destinées du droit français en Afrique*, op.cit., p. 3-4.

⁴⁸ Schaeffer (E.), *Aliénation-réception-authenticité. Réflexions sur le droit du développement*, in Recueil Penant, R.D.P.A., 1974, pp. 311 et s., spéc. §§ 1-2.

française... »⁴⁹. Imprégnés de la culture juridique française, ils la lèguent à leur tour à des générations d'étudiants, lesquels, à leur tour, héritent sans toujours en être conscients.

En sus du contenu du droit, le mode de son enseignement - enseignement de masse, magistral, favorisant la mémorisation et laissant peu de place à la discussion, descendant de haut en bas⁵⁰, en somme, du « *Magister dixit* » - sert cette emprise intellectuelle. Il en découle que si des efforts sont quelque fois fournis en Afrique en vue, comme le préconisait judicieusement M. René David, de « *répandre l'enseignement du droit, de publier des recueils de lois ou de jurisprudence et d'assurer leur conservation, d'écrire des manuels juridiques et de faciliter la documentation en matière de législation et de réglementation africaines* »⁵¹, le corpus juridique véhiculé est lui bel et bien de forte inspiration française ; lorsqu'il n'en est pas carrément la copie. De plus, les auteurs qui, selon la formule de M. Jézéquel⁵², « *ont influencé l'esprit de la loi et les raisonnements de droit des juristes (africains) sont essentiellement français* », la doctrine française étant considérée en Afrique comme la « *voix de la ratio scripta* »⁵³.

Formé « *dans le style et le langage juridique français* »⁵⁴, et donc aux mêmes valeurs, sources et modes de raisonnement, le juriste africain partage de ce fait avec son homologue français la même langue et les mêmes concepts juridiques. Lorsqu'il doit procéder ou participer à la création du droit, c'est naturellement qu'il s'y réfère.

19. Des faiseurs de droit. - Consultés par les différents législateurs nationaux, parce que constituant une force de proposition dans le domaine du droit, des éminents membres issus de ces milieux savants africains reproduisent ainsi tout naturellement des institutions du droit français. Evoquant le cas du code sénégalais des obligations élaboré après l'indépendance, un auteur anglo-saxon constatait : « *...il est à peine surprenant que le nouveau code sénégalais ait été largement inspiré par le droit français, qu'il ait le style et la terminologie du code civil français. Les juristes sénégalais sont rompus aux techniques du droit français ; les membres de la commission de codification étaient tous de tradition française* »⁵⁵. M. Decottignies met, lui, l'accent sur une « *rédaction des textes marquée par un esprit d'imitation du droit européen* »⁵⁶. La formation juridique du législateur africain a ainsi pu être perçue comme facteur de maintien de l'influence du modèle français⁵⁷, la création du droit en Afrique étant le fait d'une élite, ou, tel que le souligne M. Vanderlinden⁵⁸, « *d'un corps (...) solidement formé à notre image* ».

Le droit français fait dès lors office de « *droit-miroir* » dans lequel le législateur africain projette son regard pour se faire une opinion sur le caractère actuel ou dépassé, moderne ou

⁴⁹ Voy Abdoul Aziz Dièye (S.), préface à Dièye (A.), *Régime juridique des sociétés commerciales et du G.I.E. issu des réformes initiées dans le cadre de l'O.H.A.D.A. : le cas du Sénégal*, Agence de la Francophonie/ACCT, 2^{ème} éd., 2000.

⁵⁰ Cf. Audit (B.), *L'américanisation du droit. Introduction*, in Arch. philo. droit, t. XLV, Dalloz, 2001, pp. 7 et s.

⁵¹ Voy David (R.) et Jauffret-Spinozi (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., p. 469.

⁵² Voy Jézéquel (M.), *Le droit, miroir de sa littérature*, in *Regards sur le droit*, Journal du Barreau québécois, Vol. 36, n° 11, 15 juin 2004.

⁵³ Sacco (R.), *La circulation du modèle juridique français. Rapport de synthèse*, op.cit., p. 9, § 7.

⁵⁴ Tahita (J.-C.), *La réception du langage juridique français au Burkina Faso*, op.cit., p. 65.

⁵⁵ Farnsworth (A.), *Le nouveau code des obligations du Sénégal*, in *Annales africaines de l'Université de Dakar*, éd. pédone, Paris, 1963, pp. 73 et s., spéc. p. 77.

⁵⁶ Decottignies (R.), *L'apport européen dans l'élaboration du droit privé sénégalais*, in *Annales africaines de l'Université de Dakar*, éd. pédone, Paris, 1964, pp. 79 et s., spéc. p. 101.

⁵⁷ Cf. Alibert (J.), *Le problème de la protection et des garanties juridiques des sociétés exerçant des activités outre-mer (Afrique noire et Madagascar)*, in *Marchés tropicaux*, 22 avril 1967, p. 1188, cité par Balima (M.), op.cit., p. 463, § 487.

⁵⁸ Vanderlinden (J.), *A propos de la création du droit en Afrique. Regards d'un absent*, in *La création du droit en Afrique* (sous la dir. de Dominique Darbon et Jean du Bois de Gaudusson), Khartala, 1997, pp. 11 et s., spéc. p. 24.

obsolète de son arsenal juridique. Il est certes dans l'air du temps, du fait de la mondialisation, que certaines législations étrangères inspirent des réformes législatives hors des limites spatiales de leur empire⁵⁹. Il est même affirmé en doctrine « *qu'il n'est plus guère de grande réforme législative (...) qui ne soit pour divers motifs précédée maintenant d'une enquête de droit comparé* », ou encore que « *ce n'est point une nouveauté que le droit comparé soit intégré dans l'activité législative* »⁶⁰. Les Etats africains présentent néanmoins cette singularité que leurs dirigeants ou décideurs sont souvent amenés, en raison de la hâte avec laquelle ils doivent légiférer ou par simple facilité, à copier dans leurs lois et règlements des modèles européens, et à avoir, en l'occurrence dans les pays francophones, le droit français comme seul repère⁶¹.

Or, un législateur sous l'influence de sources de droit étrangères ne peut que produire, selon M. Foyer, un « *droit dominé* »⁶². Il semble en aller de même des juges africains face à la jurisprudence française.

20. Des diseurs de droit. - D'autre part, le recours quelques fois excessif et souvent instinctif à la jurisprudence française par les magistrats africains en vue de solutionner des différends à eux soumis participe à cette atmosphère ambiante⁶³. Cette tendance remonte à la colonisation. Ainsi, M. De Soto évoquait-il jadis, une « *jurisprudence bien connue et parfois maladroite consistant à appliquer, sinon certains textes (métropolitains), du moins des solutions qu'ils donnent, à titre de raison écrite* »⁶⁴. Cependant, l'on en retrouve encore des illustrations plus récentes. Ainsi de l'arrêt n° 31 de la Cour suprême du Congo-Brazzaville en date du 25 juillet 1980, dans lequel il peut être lu : « *... attendu que le législateur congolais ne s'est pas encore prononcé sur la règle de (...); que devant ce silence, et en raison de (...), la Cour de céans estime, conformément à la pratique suivie en cas de vide juridique manifeste, que le droit français doit servir de base tant que raison écrite* »⁶⁵. Il semble donc que les jurisprudences africaines aient été globalement « *maintenues dans la ligne de la jurisprudence française* »⁶⁶. Il n'y a donc pas eu de rupture, du point de vue de la jurisprudence, entre les droits africains et le droit français ; les juges africains ayant mis leurs pas dans ceux des juges coloniaux, et continuant aujourd'hui encore dans la même démarche.

Outre leur formation, d'autres facteurs, notamment leur faible créativité, permettent de fournir un début d'explication à cette attitude des magistrats africains. En effet, les grands

⁵⁹ Voy Fromont (M.), *Grands systèmes de droit étrangers*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1994, p. 2.

⁶⁰ Voy Sacco (R.) et alii, *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Ouvrage collectif, Societé de législation comparée, 2000, p. 12, 107.

⁶¹ Voy David (R.), *Le droit comparé. Droits d'hier, droits de demain*, op.cit., p. 252 ; Arbachi (D.), *Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit*, in Recueil Penant, R.T.D.A., n° 842, 2003, pp. 88 et s., spéc. p. 92.

⁶² Foyer (J.), *Le code civil est vivant. Il doit le demeurer !*, op.cit., p. 545. - L'auteur emploie cette expression en évoquant la situation du législateur français par rapport au droit communautaire européen.

⁶³ Sur cette tendance, voy not. Demba Sy, *Le juge sénégalais et la création du droit administratif*, in *La création du droit en Afrique* (sous la dir. de Dominique Darbon et Jean du Bois de Gaudusson), Khartala, 1997, pp. 395 et s., spéc. p. 403 ; Vanderlinden (J.), *Enseigner sans reproduire-innover sans tout détruire : propos hétérodoxes au départ de quelques constats élémentaires*, in Revue électronique Afrilex, Bordeaux IV (CERDRADI-CEAN), n° 3, 2003, pp. 1 et s. ; ainsi que Madlener (K.), *Droit pénal : rapport de synthèse*, in *Les cours suprêmes en Afrique* (sous la dir. de G. Conac), t. IV, Economica, 1990, pp. 175 et s. - Ce dernier auteur cite particulièrement le rapport sur le Sénégal établi par Mme Michelet qui affirme : « *Les magistrats cherchent la solution des problèmes juridiques dans la jurisprudence française (...), le droit se fait en France (...), il s'élabore trop peu en Afrique* ». Cf. spéc. p. 177.

⁶⁴ De Soto (J.), préface à Gaston-Jean Bouvenet, *Recueil annoté des textes de procédure civile et commerciale applicables en Afrique occidentale française*, éd. de l'Union française, 1954, p. 5.

⁶⁵ Voy pour des commentaires : M. Patrick Demay de Goustine, *Rapport sur le Congo-Brazzaville*, in *Les Cours suprêmes en Afrique* (sous la dir. de G. Conac), t. IV, Economica, 1990, p. 177.

⁶⁶ En ce sens, voy Gonidec (P.-F.), *Les droits africains. Evolution et sources*, op.cit., p. 205.

principes de droit d'origine jurisprudentielle enseignés dans les facultés de droit et les écoles de formation des magistrats (en France, naturellement, mais aussi en Afrique) sont ceux dégagés par la jurisprudence française. De plus, celle-ci, régulièrement publiée et commentée, leur est plus accessible que les décisions des juridictions nationales⁶⁷. La jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat français, en particulier, rayonne fortement dans ces pays. L'on peut y voir tour à tour une certaine et compréhensible forme d'hommage rendu à l'un des systèmes clés de l'univers romano-germanique, mais aussi une moins noble quête de caution morale à leurs décisions par les juges, ainsi que les reliquats du tant décrié « complexe du colonisé ». Pour une partie de la doctrine, la très forte influence exercée par la jurisprudence française porterait atteinte au rôle créateur des juges africains⁶⁸ ; lesquels semblent y être liés, comme par *suivismes*⁶⁹, non pas juridiquement, mais plutôt subjectivement. Une autre frange d'auteurs voit dans la faiblesse de l'activité juridictionnelle (nombre peu élevé de litiges, et donc de décisions, longueur des délais pour statuer, etc) un autre facteur limitant la capacité de juge africain à être créatif⁷⁰.

Il peut sans aucun doute s'avérer intéressant, tentant et même enrichissant pour tout système de droit que certaines jurisprudences étrangères servent de modèles à ses juges ; le droit comparé ne pouvant nullement être considéré comme étant hors du domaine du juge⁷¹. Il est toutefois un piège qui se retrouve parfois le long des sentiers battus. C'est celui consistant pour le juge à faire fi du principe selon lequel, à une identité de textes peut correspondre une multiplicité d'interprétations ; et de ce fait, à recourir imprudemment à la jurisprudence étrangère⁷². C'est ce qu'exprime notamment M. Agostini en affirmant que, « *même lorsque les textes applicables à une question donnée sont identiques (...), les interprétations peuvent diverger de pays à pays* »⁷³. Les juges africains s'en gardent-ils ? Rien n'est moins sûr.

21. ...Comme des praticiens du droit. - Enfin, les différents praticiens du droit - avocats, juristes d'entreprises, notaires, etc - contribuent, dans l'exercice de leur art, à faire vivre des créations de la pratique et du droit français. La pratique du droit semble en effet, parce qu'elle a parfaitement intégré en elle la comparaison juridique, avoir une grande faculté d'imitation et contribue de ce fait de manière considérable à la circulation des modèles. Les avocats en particulier, sont amenés à faire du droit comparé de sorte à tirer parti des techniques juridiques étrangères - principalement françaises - et à en faire bénéficier leur clientèle⁷⁴.

Il convient cependant de ne point perdre de vue que la pratique naît des faits, et que ceux-ci ne sont *a priori* que fort rarement les mêmes d'un pays à un autre. Les transplantations des

⁶⁷ Voy not. Gonidec (P.-F.), *op.cit.*, p. 208 ; Nkouendjin Yotnda (M.), *Le rôle de la jurisprudence dans les nouveaux Etats d'Afrique francophone*, in Recueil Penant, R.D.P.A., 1973, pp. 11 et s., spéc. p. 21-22.

⁶⁸ Not. Gonidec (P.-F.), *loc.cit.*

⁶⁹ Idem, *Cours d'institutions publiques africaines et malgaches*, Licence 4^{ème} année, coll. "les cours de droit", Paris, 1965-1966, p. 257-258.

⁷⁰ Not. Sy (D.), *Le juge sénégalais et la création du droit administratif*, *op.cit.*, p. 397.

⁷¹ Voy not. en ce sens Fromont (M.), *Grands systèmes de droit étrangers*, *op.cit.*, p. 2 ; Sacco (R.) et alii, *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, *op.cit.*, pp. 12, 108-109 ; Muir Watt (H.), *La fonction subversive du droit comparé*, in Rev. int. dr. comp., n° 3, 2000, p. 526, §§ 34-35 ; Gutteridge (H.C.), *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, *op.cit.*, pp. 60-64.

⁷² Sur la nécessité d'une grande prudence dans le recours à des décisions de justice étrangères, voy not. Gutteridge (H.C.), *op.cit.*, p. 120 ; Lévy-Bruhl (H.), *Sociologie du droit*, *op.cit.*, pp. 65 et s.

⁷³ Cf. Agostini (E.), *Droit comparé*, P.U.F., coll. "Droit fondamental", 1988, p. 14.

⁷⁴ Sur le rôle des avocats et des praticiens du droit en général dans la circulation internationale des modèles juridiques, voy not. "L'influence internationale du droit français", Rapport au 1^{er} ministre, *op.cit.*, p. 45 ; Lamoureux (M.) et alii, *Prospective et pratique de l'avocat d'affaires*, in *Quel droit pour le 21^{ème} siècle ?*, Actes du colloque de l'école doctorale des sciences juridiques et politiques de l'Université d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2003, pp. 107 et s. ; Rodière (R.), *Introduction au droit comparé*, Dalloz, 1979, p. 147 ; Sacco (R.) et alii, *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, *op.cit.*, p. 12, 112.

émanations de la pratique du droit hexagonal devraient être plus réfléchies. Les praticiens africains du droit sont appelés à faire preuve de plus de rigorisme, aussi bien dans leurs créations qu'à l'occasion d'emprunts aux droits étrangers en général, et au système français en particulier. C'est peut-être bien là le prix de la reconnaissance d'un génie juridique spécifiquement africain, et de l'émergence d'un droit savant africain, œuvre d'une communauté de chercheurs et interprètes qualifiés.

A elle seule, cette parenté intellectuelle entre les juristes de France et d'Afrique noire francophone ne suffit à rendre intelligible la circulation du modèle juridique français et sa réception dans les pays susvisés. Le statut de « *primo-investisseur* » qui est celui de la France dans la plupart de ces économies contribue au phénomène.

B. Une réception nécessitée par des liens économiques

22. Il est fort utile, lorsque l'on cherche à comprendre l'ordonnement juridique du continent africain, de considérer au moins au même titre que d'autres facteurs, le « *poids juridico-économique* »⁷⁵ conservé par les ex-puissances colonisatrices. Le poids économique de la France, premier investisseur et pourvoyeur en capitaux dans la majorité des pays d'Afrique noire francophone contribue à y faire du droit français - parce que le plus familier des investisseurs - le modèle de référence, le gyroscope ; et cela, par pure nécessité.

23. Les droits africains atteints. - Ce phénomène s'observe particulièrement dans le domaine des règles de droit s'appliquant aux activités économiques. Parce que régissant la production et la circulation des richesses, le droit économique est l'objet d'une vive compétition juridique internationale. La puissance économique et financière constitue un facteur de circulation du droit, et « *servir de modèle pour l'adoption ou la réforme d'une législation d'un autre Etat ou des règles de fonctionnement d'une organisation internationale, c'est, pour un Etat, donner un avantage aux entreprises qui connaissent et pratiquent le modèle, et donc favoriser les entreprises nationales* »⁷⁶. Une explication peut en être donnée par plusieurs éléments. En effet, déjà sous la colonisation, les compagnies coloniales influençaient notablement le contenu de la législation sur les sociétés applicables aux territoires d'outre-mer. Il était normalement inconcevable d'envisager l'élaboration de la législation coloniale en matière économique sans une prise en compte des sociétés métropolitaines, lesquelles contribuaient à la mise en valeur et à la rentabilisation des colonies⁷⁷.

Aujourd'hui encore, la politique législative des Etats africains est, dans une certaine mesure, influencée par le poids des sociétés étrangères, françaises pour une bonne part, dans leurs économies⁷⁸. Le droit y est souvent conçu pour éviter à ces investisseurs un « *dépassement juridique* »⁷⁹, situation dont s'accommodent tant bien que mal les pouvoirs publics africains⁸⁰. Des voix se sont ainsi élevées pour soutenir que le nouveau droit uniforme

⁷⁵ L'expression est empruntée à M. Roland Séroussi, in *Introduction au droit comparé*, Dunod, 2000, p. 173.

⁷⁶ Voy in « *L'influence internationale du droit français* », Rapport au 1^{er} ministre, op.cit., pp. 14-15, 61.

⁷⁷ Voy Ngomo (A.F.), *Le projet de code des sociétés de l'U.D.E.A.C. (Etude d'une réforme)*, thèse, Paris II, 1989, p. 8. - Sur les grandes « compagnies privilégiées » de la colonisation, leur poids dans l'économie coloniale et les privilèges juridiques qui étaient les leurs, voy not. Girault (A.), *Principes de colonisation et de législation coloniale*, t. I, op.cit., pp. 134 et s., et t. II, pp. 202 et s., spéc. p. 259 ; Boyer (R.), *Les impôts coloniaux. Condition juridique et régime fiscal des sociétés coloniales*, Librairie Larose, 1930, pp. 259 et s.

⁷⁸ M. Michel Balima voit en cela un frein à l'audace des législateurs africains. Voy in *Les sociétés commerciales en Afrique de l'ouest*, op.cit., p. 11, § 10 et p. 18, § 17.

⁷⁹ Cf. Ngomo (A.F.), *Le projet de code des sociétés de l'U.D.E.A.C. (Etude d'une réforme)*, op.cit., p. 12.

⁸⁰ Impuissance, ou réalisme ? En tout cas, il semble en aller de même du législateur comme des praticiens. Une illustration de ce que les gouvernements perçoivent parfaitement le phénomène peut être donnée par le 2^{ème} paragraphe de l'exposé de motifs du projet de code des sociétés de l'U.D.E.A.C. dans lequel il peut être lu :

africain des affaires, élaboré dans le cadre de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (O.H.A.D.A.)⁸¹, était « *moins celui des africains que des investisseurs* ». En outre, parce que fortement inspiré du droit français et vu le poids économique de la France dans les pays membres, il a été déduit que ce droit était particulièrement destiné aux investisseurs français⁸². L'inspiration française du droit O.H.A.D.A. est présentée comme étant une résultante, ou une traduction en termes juridiques du poids économique et financier de la France dans ces pays⁸³.

Bien que le phénomène soit observé en Afrique, « *terre d'élection privilégiée des phénomènes d'imitation* »⁸⁴, il n'est cependant pas spécifiquement africain.

24. Le droit français concerné. - Les incidences de la configuration des rapports de force entre Etats au plan économique, rapports envisagés comme facteur de circulation des droits, s'observent également sur le continent européen. Un parallèle peut, en effet, être fait avec le constat opéré en France selon lequel le poids économique des Etats-Unis d'Amérique y a induit une forte influence culturelle américaine et, dans le domaine du droit, l'implantation des pratiques « *made in U.S.A.* ». C'est que, la pénétration du droit américain s'est faite, à tout le moins en partie, avec le développement des investissements américains en France. Les investisseurs institutionnels américains représentant environ quarante pour-cent de la capitalisation boursière française importent avec eux leurs pratiques et leurs normes, incitant les entreprises françaises à adapter leur organisation comme leur fonctionnement pour répondre à leurs critères⁸⁵.

Ce serait ainsi une lapalissade que d'affirmer, un peu comme le fabuliste, que le droit du plus fort - économiquement - est souvent le meilleur.

Participe également comme facteur catalytique à la circulation du modèle juridique hexagonal en Afrique francophone, l'existence de rapports plus ou moins étroits de coopération entre la France et les Etats francophones d'Afrique noire.

C. Une réception soutenue par des canaux de coopération

« *...bon gré, malgré, les investisseurs étrangers comme les hommes d'affaires nationaux ont introduit, souvent sans discernement ou sans adaptation, des corps entiers de règles juridiques de provenance étrangère, de France notamment ; l'intention n'en étant pas toujours louable* ».

⁸¹ Sur le droit de l'O.H.A.D.A., se reporter principalement aux ressources internet de l'Association pour l'unification du droit en Afrique (Ress.Int.-U.N.I.D.A. : www.ohada.com), ainsi qu'à la bibliographie actualisée qui y est présentée.

⁸² En ce sens, voy not. Binaki (P.I.) et Banzouzi Malonga (J.), *Le traité O.H.A.D.A. : intérêt pour les juristes et les managers d'entreprises*, in Ress.Int.-U.N.I.D.A., m.à.j. au 6 déc. 2002, p. 1 ; Ipanda (F.), *Le traité O.H.A.D.A. et la loi nationale. Brève contribution à la lecture constructive du traité O.H.A.D.A. et des actes uniformes*, in Revue camerounaise du droit des affaires, n° 1, nov.-déc. 1999, pp. 3 et s. ; Mokoko (F.C.), *Et si on parlait de l'O.H.A.D.A....*, in Bulletin Ohada, n° 4, févr. 2001.

⁸³ Voy in "L'influence internationale du droit français", Rapport au 1^{er} ministre, op.cit., p. 69. - L'incidence de l'ampleur des relations commerciales avec la France sur la politique législative des Etats africains peut être illustrée par le code des obligations sénégalais évoqué plus haut et au sujet duquel M. Allan Farnsworth écrivait en 1963 : « *...ce code basé sur son homologue français met le droit sénégalais en harmonie avec celui de son principal partenaire commercial* ». Cf. *Le nouveau code des obligations du Sénégal*, op.cit., p. 77.

⁸⁴ Voy Du Bois de Gaudusson (J.), *Le juriste français et l'institution des autorités administratives indépendantes en Afrique*, in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, Dalloz, 2003, p. 69.

⁸⁵ Voy in "L'influence internationale du droit français", Rapport au 1^{er} ministre, op.cit., pp. 15 et s. - De même, dans le tome XLV des Archives de philosophie du droit sur "L'américanisation du droit", voy not. les rapports suivants : Freedman (D.), *L'américanisation du droit français par la vie économique*, pp. 207 et s. ; Magendie (J.-C.), *L'américanisation du droit ou la création d'un mythe*, p. 18-19 ; Audit (B.), *Introduction*, p. 7.

25. La part du volontarisme des Etats. - A l'ère du tout compétitif, la circulation et la réception des modèles juridiques ne découlent plus de la seule nature propre ni des qualités intrinsèques de ceux-ci. Elles sont voulues par les Etats, dont certaines émanations participent à cette dynamique d'influence. C'est dans cette optique que le 1^{er} ministre a demandé au Conseil d'Etat une étude censée permettre, « à partir d'un constat des forces en présence, d'éclairer le gouvernement sur les moyens de renforcer cette influence et (...) d'accroître le rayonnement international du droit français, tant dans les enceintes internationales (...) qu'auprès des Etats »⁸⁶. La plupart des pays francophones africains - essentiellement du fait de leur passé colonial - font partie ou participent à des structures de coopération mises en place par ou avec la France, lesquelles soutiennent activement l'importation et la réception du droit français dans leur ordonnancement juridique. La coopération juridique participant, comme le souligne M. Bézard⁸⁷, à une dynamique de « *distribution des produits juridiques français* ».

26. La réception du modèle français en Afrique est ainsi également rendue possible par une impulsion forte venant du politique. La grande majorité de ces pays entretiennent avec l'ancienne métropole des rapports dits privilégiés, et même passionnels. D'aucuns ont parlé de pré-carré français ou de zone d'influence plus ou moins exclusivement française. L'influence du modèle hexagonal, tantôt se maintient, tantôt se revigore, en prolongement de l'influence politique française sur le continent. Cela trouve à s'expliquer par le fait que la rude compétition que se livrent les grands Etats sur la scène internationale, a de plus en plus un caractère total, parce qu'englobant aussi bien le politique que l'économique, le culturel, le juridique, etc⁸⁸. S'il est vrai que des outils politiques peuvent être mis au service de l'influence juridique, il est tout aussi exact que des outils juridiques puissent être mis au service de l'influence politique. Le droit du « meilleur ami » - envisagé du point de vue des équilibres de puissances et d'influences sur plan international - servant de modèle de référence.

Des illustrations sur le rôle de ces canaux de coopération dans la circulation du modèle juridique français peuvent être données dans deux domaines, ceux correspondant à la *summa divisio*. En droit public, les illustrations portent sur le droit constitutionnel et le droit fiscal, tandis qu'en droit privé, elles se rapportent au droit des affaires en général.

27. Une illustration dans le droit en général. - De prime abord, si l'on considère le domaine du droit en général et sans distinction des matières, il peut être cité l'exemple des rencontres organisées dans le cadre de l'I.D.E.F.⁸⁹ entre les juristes des pays dont les droits ont été ou demeurent sous l'influence du droit français. L'idée première était de regrouper sous une forme associative les juristes africains et ceux qui avaient été leurs professeurs ou qui avaient servi dans leurs pays comme magistrats. L'Institut servira ensuite de cadre à de nombreuses rencontres scientifiques internationales sur divers thèmes, et dans son cadre, seront élaborés sur le modèle du droit français, des textes destinés à être appliqués dans certains Etats d'Afrique noire francophone. Ainsi, le projet de loi uniforme sur la société anonyme du Bureau africain et mauricien de recherches législatives (B.A.M.R.E.L.) a été élaboré dans le cadre des activités de l'Institut avant d'être transmis pour examen aux Etats

⁸⁶ Cf. « *L'influence internationale du droit français* », Rapport au 1^{er} ministre, op.cit., pp. 11, 13 et s. - Sur le rôle actif dévolu aux ministères de la justice et des affaires étrangères, voy pp. 72 et s.

⁸⁷ Bézard (P.), *Le droit français est-il encore exportable ?*, op.cit., pp. 53-56.

⁸⁸ Voy not. Jouve (E.), *La jurisfrancité et l'émergence d'une francophonie politique*, et Decheix (P.), *La jurisfrancité, forces et faiblesses*, in Actes de la 18^{ème} Biennale de la langue française, op.cit., p. 120 et p. 168.

⁸⁹ L'Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises (I.D.E.F.) a été créé en 1964 par M. Raymond Cassin sur l'initiative de M. Alain Plantley, à l'époque conseiller technique du général De Gaulle (Voy sur www.juriscope.org/idef).

membres de la défunte Organisation commune africaine, mauricienne et malgache (O.C.A.M.)⁹⁰.

28. Des exemples en droit public. - Il est aussi possible de mentionner dans le domaine de la « branche la plus politisée du droit »⁹¹, c'est-à-dire, le droit constitutionnel, l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, créée à Paris le 9 avril 1997 et dont l'article 2 des statuts fixe, comme moyen d'atteindre les objectifs poursuivis, « *le développement des relations entre les institutions (...) dans les pays ayant en commun l'usage du français* ». Il peut être observé que la plupart des pays d'Afrique noire francophone sont, ou ont été, à un moment ou un autre de leur histoire, indépendamment du caractère plus ou moins démocratique des régimes politiques en place, régis par des constitutions plus ou moins largement inspirées de la loi fondamentale et des institutions de la cinquième république française⁹². En effet, les Etats-nations africains de langue française ont été, dans leur immense majorité, construits sur la base du modèle français⁹³. La constitution française de 1958 a très tôt exercé une forte attraction sur les hommes politiques africains. La conséquence en a été une reprise dans les constitutions des Etats d'Afrique noire francophone des dispositions de la constitution française, ainsi qu'un recours fréquent à la pratique constitutionnelle française⁹⁴. Au moment des indépendances, les régimes étaient en majorité de type parlementaire, avant de glisser par la suite vers des régimes de type présidentieliste⁹⁵.

29. En droit fiscal, il est permis de faire référence au Centre de rencontres et d'études des directeurs des administrations fiscales des pays francophones (C.R.E.D.A.F.) auquel participe la Direction générale des impôts française dont la cellule "coopération internationale", chargée de conduire la politique de coopération technique internationale auprès des administrations fiscales étrangères, « *développe son activité en valorisant les points forts de l'administration française...* »⁹⁶. Ce cadre a rendu possible une relative harmonisation ou convergence, sur la base du modèle français de la Direction générale des impôts et de la législation fiscale, des structures administratives et des lois fiscales de certains Etats. L'observation a ainsi été faite en doctrine que : « *In general, many areas of the tax legislation*

⁹⁰ Cf. Balima (M.), *Les sociétés commerciales en Afrique de l'ouest*, op.cit., p. 523, §§ 544 et s. - L'O.C.A.M. a été créée en juin 1966. Ce sont ses Etats membres qui, par un accord du 9 septembre 1977 décidèrent de la création du Bureau (B.A.M.R.E.L.), avec comme objectif d'élaborer des lois-types qui serviraient de modèles aux Etats membres dans l'optique d'une harmonisation de leurs législations.

⁹¹ Voy Muir Watt (H.), *La fonction subversive du droit comparé*, op.cit., p. 514, spéc. § 14.

⁹² Voy en ce sens, Tahita (J.-C.), *La réception du langage juridique français au Burkina Faso*, op.cit., p. 64.

⁹³ Pour des développements sur cet aspect, voy in "L'influence internationale du droit français", Rapport au 1^{er} ministre, op.cit., p. 59.

⁹⁴ L'exemple a été plus d'une fois donné de l'article 55 de la constitution française de 1958 qui organise la réception du droit international dans l'ordonnancement juridiquement interne, et qui est repris, mot à mot, dans nombre de constitutions africaines. - Voy not. Gonidec (P.-F.), *Cours d'institutions publiques africaines et malgaches*, op.cit., pp. 74 et s., *Droit international et droit interne en Afrique*, in Recueil Penant, R.D.P.A., 1996, pp. 241 et s., spéc. p. 246 ; Hilaire (J.), *Nos ancêtres les Gaulois*, op.cit., p. 9, 21.

⁹⁵ A ce propos, voy not. Dubouis (L.), *Le régime constitutionnel dans les nouvelles constitutions des Etats africains d'expression française*, in Recueil Penant, 1962, pp. 218 et s. ; Foyer (J.), *Les destinées du droit français en Afrique*, op.cit., p. 5.

⁹⁶ Le C.R.E.D.A.F. est né du développement de la coopération fiscale dans la zone africaine francophone. Les premières rencontres des directeurs des administrations fiscales ont toutes eu lieu entre 1972 et 1978 à Paris, et regroupaient des pays « *liés par des systèmes fiscaux quasiment semblables et battis sur des principes communs...* », le plus souvent inspirés ou hérités de la France. - Il est juste de relever que l'Ecole nationale des impôts (E.N.I.) et plus récemment l'Université de Paris IX participent aussi à la formation des agents et responsables des administrations financières étrangères. (Cf. www.finances.gouv.fr/pole_ecofin/).

of the (O.H.A.D.A.) member States are often similar to the corresponding french tax legislation »⁹⁷.

Le cadre dont question a notamment été à la base, en République Démocratique du Congo, du redimensionnement interne de la Direction générale des contributions, rebaptisée à l'occasion Direction générale des impôts, et dotée d'une direction chargée du traitement des grandes entreprises, ainsi que des études qui sont censées déboucher sur l'instauration d'une taxe sur la valeur ajoutée ; mesures inspirées de la législation fiscale française.

30. Un cas illustratif en droit privé. - L'on peut enfin, et sans prétention à l'exhaustivité, évoquer en droit des affaires, l'O.H.A.D.A., dont le Traité fondateur a été adopté en marge d'un sommet de la Francophonie. Elle constitue probablement l'illustration la plus patente du constat ci-dessus opéré⁹⁸. En doctrine, en effet, de nombreux auteurs mettent en évidence, quelque fois d'une manière passionnelle, le rôle de la France et/ou des juristes français dans l'initiation⁹⁹, le financement¹⁰⁰, et l'élaboration¹⁰¹ des règles du droit africain des affaires.

L'uniformisation du droit des affaires en Afrique noire francophone a permis une « *refrancisation* » à grande échelle des droits africains. Il s'est opéré au travers des Actes uniformes de l'O.H.A.D.A. une remise en cause des législations qui avaient fait s'éloigner les différents droits nationaux des pays membres du modèle originel de type hexagonal. Il en est ainsi notamment des différentes législations nationales portant sur les sociétés d'Etat, lesquelles sont, depuis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, soumises aux mêmes règles que les entreprises privées. René David et Camille Jauffret-Spinosi font, sur la période antérieure à

⁹⁷ Martor (B.) et alii, *Business law in Africa. O.H.A.D.A. and the harmonization process*, Kogan Page, London, 2002, p. 303.

⁹⁸ Sur le soutien apporté par l'Organisation internationale de la Francophonie à la dynamique de l'O.H.A.D.A., cf. not. Abdou Diouf, Secrétaire général de l'O.I.F., *Discours prononcé à l'occasion du bicentenaire du code civil français*, Marrakech, Maroc, 20 mai 2004. - M. J.-L. Castelneau emploie les expressions « *droit unifié dans l'espace francophone* » et « *francophonie juridique* » pour désigner l'O.H.A.D.A. Voy in *O.H.A.D.A. A la recherche de financements* (propos recueillis par Bénédicte Châtel), in *Marchés tropicaux*, n° 3046, 2004, p. 645.

⁹⁹ Sont ainsi notamment mis en exergue, le rôle de la Conférence des chefs d'Etat de France et d'Afrique réunie à Libreville en octobre 1992, du sommet de la Francophonie organisé à Maurice en 1993, ainsi que la composition du directoire mis en place pour étudier la faisabilité de l'harmonisation et pour en ébaucher le Traité. Cette instance comprenait trois membres, dont un africain, en la personne du sénégalais Kéba Mbaye, et deux haut-magistrats français : M. Martin Kirsch, conseiller honoraire à la Cour de cassation, et M. Michel Gentot, conseiller d'Etat. - Voy not. « *L'influence internationale du droit français* », Rapport au 1^{er} ministre, op.cit., p. 38 ; Tiger (Ph.), *Le droit des affaires en Afrique*, 3^{ème} éd., P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 2001, pp. 3, 23 et s. ; Baud (M.-F.), *Droit des affaires. Union en vue*, in *Jeune Afrique*, n° 1985, 1999, p. 66 ; Possenne (A.P.), *O.H.A.D.A. : comment en est-on arrivé là ?*, in *Bulletin Ohada*, n° spécial (00), juin 2000 ; Cayet (J.), *Prospectives pour un développement durable : quelle politique de coopération avec les pays de l'U.E.M.O.A. ?*, Avis et conseils du Conseil économique et social, Les éd. des J.O., 1999, p. II-45 ; Likillimba (G.-A.), *Où en est-on avec le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique ?*, in *Dalloz Affaires*, n° 27, 1997, pp. 844 et s., spéc. note (2) ; Savadogo (L.), *Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, in *Annuaire français de droit international*, 1994, pp. 823 et s.

¹⁰⁰ Voy not. Issa-Sayegh (J.) et Lohoues-Oble (J.), *O.H.A.D.A. Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, coll. « droit uniforme africain », 2002, p. 108 ; Houngbedji-Rauch (D.), *L'O.H.A.D.A. : après deux ans et avant l'échéance du 31 décembre 1999*, in *Marchés tropicaux*, n° 2877, déc. 2000, p. 2720 ; Castelneau (J.-L.), *O.H.A.D.A. A la recherche de financements* (propos recueillis par Bénédicte Châtel), op.cit., p. 645. - La France est souvent présentée comme l'un des principaux bailleurs de fonds de l'O.H.A.D.A.

¹⁰¹ Sur le rôle des cabinets d'avocats français dans l'élaboration des Actes uniformes de l'O.H.A.D.A., voy not. « *Le droit des affaires se refait une virginité* », in *Les Echos*, n° 17827, févr. 2000, pp. 67 et s. - Il convient de relever que d'autres juristes non africains, mais tous francophones et originaires de pays qui ont connu l'influence juridique française, ont activement participé à l'élaboration de certains textes de l'O.H.A.D.A. Ainsi d'un juriste belge pour le projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats, d'un juriste canadien pour l'Acte uniforme relatif au droit des transports ; et d'un autre canadien pour l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit de la vente aux consommateurs.

l'O.H.A.D.A., le constat que globalement, « *par l'effet d'un double développement, législatif et jurisprudentiel, le droit des pays d'Afrique était venu ainsi à se différencier, parfois considérablement, de celui qui, à une certaine date, avait été proclamé applicable en principe* »¹⁰². C'est également cette thèse que défend M. Mamadou Koné qui soutient que « *la parenté entre les ordres juridiques des pays de la zone Franc et l'ordre juridique français, qui s'était progressivement affaiblie depuis les indépendances, est considérablement renforcée par le droit O.H.A.D.A.* »¹⁰³.

Dans la chaîne d'édification ou de fabrication de ce droit, la coopération - vivement souhaitée¹⁰⁴ - entre juristes universitaires africains semble le plus souvent n'intervenir qu'en aval, une fois les règles confectionnées et qu'il est question d'en assurer la vulgarisation. Les premières moutures de la plupart des textes O.H.A.D.A. ont, en effet, été élaborées par des experts français. Ceci n'est toutefois pas un mal en soi, ces deux conditions au moins devant être vérifiées : « *qu'ils soient suffisamment consciencieux pour prendre en compte les besoins des pays qui ont recours à eux et qu'ils aient assez de bon sens pour ne pas leur proposer la loi qui, dans leur pays d'origine, comblerait leurs vœux de théoriciens* »¹⁰⁵.

Cependant, étant donné le contexte et les circonstances qui ont caractérisé la genèse du droit uniforme en question, il est normal que ce droit reprenne les principes de base des lois et de la jurisprudence françaises, et qu'il soit, sans doute abusivement, mais avec un fond de vérité, qualifié « *d'excroissance du droit français* »¹⁰⁶.

31. Dans ces différents cadres de coopération et d'échanges, qui constituent autant de structures de l'influence juridique internationale de la France, le droit français brille en « *droit-phare* » vers lequel les autres droits, particulièrement ceux de l'Afrique francophone, tendent, et par rapport auquel les législateurs nationaux s'orientent. Le nombre en est grand. Et sous le vocable « *d'institutions au service de la jurisfrancité* », et donc de l'influence juridique française, c'est-à-dire des structures participant à une dynamique d'inspiration et d'expression françaises des droits étrangers, M. Jouve¹⁰⁷ cite notamment la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement ayant le français en partage ainsi que ses émanations, la Conférence des ministres de l'éducation des pays ayant le français en partage, l'Agence de la francophonie, l'Agence universitaire de la francophonie, l'Assemblée parlementaire de la francophonie, l'Organisation internationale de la francophonie, etc.

Et puisqu'à trop fixer le soleil sans précaution aucune, l'on risque la cécité, est-il néanmoins possible à l'avenir, et dans l'affirmative, sous quelles conditions, que ces rapports se meuvent en des liens de partage et de fraternité entre le modèle de droit reçu de la France et ceux des pays francophones d'Afrique noire ? En d'autres termes, ce « *droit-soleil* » peut-il dans le futur se muer en « *droit-frère* » ? Appliquée à l'évolution des rapports entre les ordres juridiques, la futurologie permet de fournir quelques éléments de réponse.

¹⁰² Voy in *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10^{ème} éd., Dalloz, 1992, p. 458. Les auteurs font remonter ce phénomène d'éloignement - qui est à relativiser, tant son ampleur est minime - à la période antérieure à la décolonisation.

¹⁰³ Cf. Koné (M.), *Le nouveau droit commercial des pays de la zone O.H.A.D.A. Comparaisons avec le droit français*, thèse, L.G.D.J., 2003 - Se reporter particulièrement au résumé présenté en fin de thèse.

¹⁰⁴ Voy David (J.), Avant-propos à Issa-Sayegh (J.), Pougoué (P.-G.) et Sawadogo (F.M.), *Traité et actes uniformes annotés et annotés O.H.A.D.A.*, juriscopes, 1999, p. 9.

¹⁰⁵ Voy David (R.) et Jauffret-Spinozi (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, op.cit., p. 471.

¹⁰⁶ Voy not. Massamba (J.I.), *Lettre aux juristes congolais*, in Ress.Int.-U.N.I.D.A., m.à.j. au 6 déc. 2002, p. 1. - Dans un sens voisin, voy Paquin (J.), *L'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Le projet de l'O.H.A.D.A.*, in *Revue du Barreau de Montréal*, Vol. 33, n° 15, 2003, www.barreau.qc.ca.

¹⁰⁷ Jouve (E.), *La jurisfrancité et l'émergence d'une francophonie politique*, op.cit., p. 120.

Si la *jurifiction* ou prospective du droit n'est pas un exercice aisé, l'on peut néanmoins s'interroger, avancer des idées, créer l'étincelle et frayer un chemin pour des réflexions ultérieures.

- III -

LA PROSPECTIVE DU MODELE RECU : UN « DROIT-FRERE » ?

32. Quel est l'avenir du modèle de droit français en Afrique noire francophone, ou comment vont évoluer les rapports entre celui-ci et les droits résultant de sa réception là-bas ? La question pourrait bien valoir son pesant d'or lorsqu'on la considère au travers de la problématique de l'appartenance à une même famille de droit (A) et de l'impératif d'une acculturation du modèle importé (B).

A. Une appartenance discutée à la même famille de droit

33. A la recherche de liens de famille. - Pour décrire succinctement l'état des rapports existant entre les droits des pays africains et ceux de leurs anciennes puissances tutélaires, ce n'est point une nouveauté d'affirmer que ces droits sont souvent restés très près du système juridique des anciens colonisateurs¹⁰⁸. Il s'est néanmoins, de bonne heure et avec un cortège de difficultés, posé la question de savoir comment situer les droits de ces nouveaux Etats dans les classifications des grandes familles de droits. S'agissant de l'Afrique ex-française, il ressort clairement que le droit français entretient avec les droits des pays d'Afrique noire francophone des liens de parenté dont la nature, l'ampleur et les conséquences ne peuvent être occultées par des discussions doctrinales. Certains auteurs en effet, classent les droits africains dans la famille romano-germanique, tandis que d'autres en font une famille de droit à part entière¹⁰⁹. Ces deux visions semblent assez réductrices, dans la mesure où elles ne prennent pas suffisamment en compte le besoin de faire dans les droits africains, le distinguo entre leurs deux versants, c'est-à-dire, le moderne et le traditionnel.

34. C'est que, ce qui est communément qualifié de versant ou couche de droit moderne des droits africains est principalement constitué par un droit d'inspiration occidentale¹¹⁰. M.

¹⁰⁸ Voy Ancel (M.), *Utilité et méthodes du droit comparé*, éd. Ides et calendes, Neuchâtel, 1971, p. 50.

¹⁰⁹ Cf. Koné (M.), *Le nouveau droit commercial des pays de la zone O.H.A.D.A. Comparaisons avec le droit français*, thèse, L.G.D.J., 2003, p. 14. - L'auteur cite pour la première opinion M. Lepointe (E.), *De l'histoire du droit au droit comparé. L'exemple du droit commercial applicable au Gabon*, in Recueil Penant, R.D.P.A., 1991, n° 806, pp. 204 et s., n° 807, pp. 343 et s. ; tandis que pour la seconde il mentionne David (R.) et Jauffret-Spinosi (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, op.cit., n° 24 et 500, et Fromont (M.), *Grands systèmes de droit étrangers*, op.cit., pp. 8 et s. Il importe de relever que René David et Camille Jauffret-Spinosi nuancent leur opinion lorsqu'ils écrivent dans le même ouvrage cité (p. 58, § 57) : « L'évolution à venir donne à penser que (...) les droits de l'Afrique noire devront être considérés comme constituant un ou plusieurs groupes autonomes **au sein** de la famille romano-germanique ou **en dehors** d'elle ». - M. Lévy-Bruhl et M. Verdier épousent également la seconde thèse, en parlant, pour le premier de « famille du droit primitif », et pour le second, de « systèmes juridiques négro-africains ». Voy Lévy-Bruhl (H.), *Sociologie du droit*, op.cit., p. 116 ; Verdier (R.), *Ethnologie et droits africains*, in Journal de la société des africanistes, t. XXXIII, fascicule I, 1963, pp. 105 et s.

¹¹⁰ Voy Fromont (M.), *Grands systèmes de droit étrangers*, op.cit., p. 8. - Dans un sens voisin, voy Sandouly (P.), *L'Afrique, mode d'emploi*, in *Economia*, juillet 2001 ; Decottignies (R.), *L'apport européen dans l'élaboration du droit privé sénégalais*, op.cit., p. 81.

Vanderlinden¹¹¹ en parle comme d'un droit qui, « ...en Afrique, a été transplanté, reçu (...), s'intègre aux droits africains dont il constitue l'une des composantes (...), tombé sur l'Afrique comme un météore venu d'une autre planète pendant la période coloniale ». Il a été importé par le colonisateur pour régenter toutes les situations créées par le passage à la modernité, situations auxquelles les coutumes traditionnelles n'offraient pas de solutions pratiquement utilisables¹¹². En effet, vu la vision que les puissances coloniales avaient de leurs colonies et de leur mission civilisatrice, il ne pouvait que très difficilement être question d'investir en temps et en travaux pour l'élaboration d'un ordre juridique adapté au milieu. Il fallait encourager l'exploitation, la rentabilisation et une mise en valeur rapide des colonies par le moyen de capitaux et de sociétés de la métropole, et donc logiquement, grâce à des règles juridiques familières à celles-ci. De pans entiers de branches du droit métropolitain ont ainsi été importés pour constituer en Afrique le droit commercial, le droit des sociétés, le droit maritime, le droit des contrats, des effets de commerce, etc¹¹³.

Cela étant, le positionnement des droits des pays d'Afrique noire francophone au sein de la *civil law* n'est faisable que si l'on ne considère que cet aspect, en excluant arbitrairement les plus authentiquement africaines des normes constituant ces systèmes, en l'occurrence, celles dites traditionnelles.

35. Le droit dit traditionnel ou coutumier embrassait à l'origine la totalité de la vie sociale (activités politiques, économiques, rapports inter-familles ou inter-individus, règles processuelles et pénales...). Il va connaître du fait de la colonisation et d'autres influences¹¹⁴ une relative transformation, que l'attitude du pouvoir colonial permet, en partie, d'expliquer. Elle a d'abord consisté en une méfiance. M. Seroussi¹¹⁵ écrit à ce sujet : « *Au début de l'ère coloniale, les droits coutumiers n'ont été ni admis ni tolérés par les puissances européennes, pour qui ils constituaient des entraves au bon développement centralisateur et unificateur des colonies* ». M. Robert¹¹⁶ affirme pour sa part que « *l'idée même d'un droit coutumier africain effectif n'a effleuré que tardivement l'esprit des colonisateurs français* ». Ce n'est donc que bien plus tard que le principe du maintien des coutumes va s'imposer, par réalisme, au colonisateur¹¹⁷.

Comme transformation subie, ce droit a notamment vu son domaine restreint à cause entre autres de l'extension du domaine du droit moderne et de sa propre codification¹¹⁸. Le droit

¹¹¹ Vanderlinden (J.), *A propos de la création du droit en Afrique. Regards d'un absent*, op.cit., p. 11.

¹¹² L'idée était que, l'Afrique ne disposant pas alors d'une législation des affaires propre capable de régir les structures du commerce moderne, et ces structures ayant été importées, les règles gouvernant leur fonctionnement ne pouvaient, elles aussi, qu'être importées. - Voy en ce sens, Arbachi (D.), *Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme comme méthode de construction du droit*, op.cit., p. 95.

¹¹³ Voy David (R.) et Jauffret-Spinosi (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, op.cit., p. 454-455. - Sur le fait que des visées mercantilistes étaient au cœur des conquêtes coloniales et influençaient les législations élaborées par la suite, voy not. Lebon (A.), *Du mode d'administration des possessions coloniales. Rapport général*, in Actes du congrès des sciences politiques de 1900, Soc. fr. impr. libr., 1901, pp. 1 et s., spéc. p. 4 ; Duval (J.), *Les colonies et la politique coloniale de la France*, op.cit., pp. 343 et s.

¹¹⁴ Il est quelque fois fait mention de l'influence de l'islam, et de celle des droits asiatiques. Voy not. Fromont (M.), *loc.cit.* ; Durand (B.), *Droit musulman et jurisprudence des cours suprêmes d'Afrique noire*, in *Les cours suprêmes en Afrique* (sous la dir. de G. Conac), t. IV, Economica, 1990, pp. 121 et s.

¹¹⁵ Séroussi (R.), *Introduction au droit comparé*, op.cit., p. 175.

¹¹⁶ Robert (A.-P.), *L'attitude du législateur français en face du droit coutumier d'Afrique noire*, in *Rev. jur. pol. de l'Union française*, n° 4, oct.-déc. 1955, pp. 743 et s.

¹¹⁷ Voy sur ce principe : Vanderlinden (J.), *Les systèmes juridiques africains*, op.cit., p. 87 ; Robert (A.-P.), *op.cit.*, pp. 745 et s.

¹¹⁸ Cf. not. David (R.) et Jauffret-Spinosi (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, op.cit., pp. 456 et s. ; David (R.), *Le droit comparé. Droits d'hier, droits de demain*, op.cit., pp. 249 et s. - La restriction du domaine de ce droit était notamment dû à ce qu'il apparaissait comme inadapté à l'ampleur des problèmes posés par l'industrialisation. En ce sens, voy Tiger (Ph.), *Le droit des affaires en Afrique*, op.cit., pp. 13 et s.

moderne, en effet, avait vocation à remplacer les structures et les règles juridiques qui sous-tendaient les relations économiques dans l'Afrique pré-coloniale¹¹⁹. Son mode d'élaboration et d'exposition, c'est-à-dire, la codification, a été, par la volonté du colonisateur, et plus tard des jeunes Etats indépendants, étendu - du moins en théorie - à la coutume. La thèse d'une codification « à la française » des droits coutumiers africains a compté, en Afrique comme en France, de nombreux défenseurs¹²⁰. Si certains Etats africains ont consacré des dispositions constitutionnelles ou législatives se rapportant à la coutume et contribuant à en réduire le domaine¹²¹, aucun n'a cependant à ce jour conçu, à proprement parler, un code unificateur des coutumes. La tendance générale, du reste, est celle d'une affirmation de la supériorité du droit dit moderne sur celui dit traditionnel, et d'une abrogation partielle des droits traditionnels par le moyen des notions « d'ordre public »¹²² ou « coutume évoluée »¹²³.

Nonobstant cette évolution, le droit traditionnel a conservé sa vivacité ainsi que la grande originalité qu'elle accusait par rapport au droit moderne, et donc au modèle français, ainsi que ces « singularités que l'on ne retrouve pas souvent dans la pensée rationaliste moderne »¹²⁴. Cet état de fait peut servir d'argument pour justifier le fait que les droits de ces Etats constituent une famille de droits relativement autonome en dehors de la famille des droits romanistes. Ces droits constitueraient alors des ordres juridiques ayant une certaine mixité comme caractéristique principale. Le droit coutumier y est un droit vivant. Il a préexisté à la colonisation, lui a survécu, et, sauf à sombrer dans un positivisme étatique naïf¹²⁵, il serait inapproprié de soutenir que ce droit tire sa vie, sa force et sa juridicité d'une autorité étatique, législateur ou juge. Il a autant à prendre qu'à apporter au droit moderne.

36. Le constat d'une demi-parenté. - La parenté entre le droit français et les droits africains semble ainsi se limiter à la partie dite « moderne » de ceux-ci et à la partie codifiée du volet qualifié de « traditionnel ». Ces droits étant, en effet, marqués par un pluralisme foncier, une mixité dans laquelle quelques îlots de modernisme cottoient un océan de traditionalisme. Elle n'en est pour autant pas moins une réalité. Cependant, sa toute relativité,

¹¹⁹ Voy en ce sens, Vanderlinden (J.), *Les systèmes juridiques africains*, op.cit., p. 17-18.

¹²⁰ Not. Viero (J.), *La codification des coutumes indigènes*, Conférences des élèves de l'école coloniale, 1944, VII (2 févr. 1944), pp. 1 et s ; David (R.), *La refonte du code civil dans les Etats africains*, in Recueil Penant, 1962, p. 352, 362 ; Hilaire (J.), *Nos ancêtres les Gaulois*, op.cit., p. 70 ; Seïd (J.-I.), *Adaptation du droit coutumier africain aux techniques juridiques occidentales*, in Revue jur. pol.-Indép. coop., n° 1, janv.-mars 1966, pp. 8 et s.

¹²¹ C'est notamment le cas, pour les dispositions constitutionnelles, du Bénin (art. 46), de la Haute-Volta (art. 61), et du Gabon (art. 40). Et pour des règles législatives, le Niger (art. 51 de la loi du 16 mars 1962) et le Tchad (art. 72 de la loi du 21 mars 1967). Voy pour des développements : Hilaire (J.), *Nos ancêtres les Gaulois*, op.cit., pp. 10 et s. ; Pougoué (P.-G.), *Considérations sur le droit "traditionnel" devant la Cour suprême du Cameroun*, in *Les cours suprêmes en Afrique* (sous la dir. de G. Conac), t. IV, Economica, 1990, pp. 26 et s., spéc. §§ 21 et s.

¹²² Une coutume contraire à l'ordre public est supposée abrogée.

¹²³ Une coutume non semblable au droit d'origine occidentale est supposée être non-évoluée, et donc abrogée. - Cette conception remonte à la colonisation, période pendant laquelle le droit (textuel et jurisprudentiel) était perçu comme un moyen de « civilisation par assimilation ». Voy not. Lampué (P.), *Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone*, op.cit., p. 252, § 8, et p. 255, §§ 11 et s. ; Nkouendjin Yotnda (M.), *Le rôle de la jurisprudence dans les nouveaux Etats d'Afrique francophone*, in Recueil Penant, R.D.P.A., 1973, pp. 11 et s.

¹²⁴ Voy not. Seroussi (R.), *Introduction au droit comparé*, Dunod, 2000, p. 179 ; de même que David (R.), *loc.cit.* - Sur la vigueur conservée par le droit coutumier, voy not. Gonidec (P.-F.), *Les relations internationales africaines*, L.G.D.J., 1996, p. 191 ; Pauwels (J.M.), *Répertoire de droit coutumier congolais. Jurisprudence et doctrine. 1954-1967*, O.N.R.D.-Kinshasa, 1970 ; Mignot (A.), *Droit coutumier et anthropologie juridique (ou réflexions sur les études de droit coutumier)*, in Recueil Penant, R.D.P.A., 1977, pp. 352 et s.

¹²⁵ L'expression est empruntée à M. Pierre Mayer, in *Introduction à l'étude du droit burkinabé*, éd. André Boland, Namur, 1988, p. 132, note (96), cité par Zemba (O.P.), *Droits coutumiers africains, source de droit étatique ?*, in *L'expression du droit. Le français, langue africaine et internationale. La jurisfrancité*, Actes de la 18^{ème} Biennale de la langue française organisée à Ouagadougou, 29 oct.-1^{er} nov. 1999, éd. Fr.V.M. (Paris), 2000, p. 104.

couplée au particularisme sus décrit des systèmes africains, implique la nécessité d'une acculturation du modèle reçu de la France. Elle fait de même relever du faisable un apport à celui-ci de principes caractéristiques des droits africains. La doctrine met en exergue le fait qu'il ne s'agit bien que d'une demi-parenté, le droit moderne n'étant guère en Afrique le résultat d'une évolution des droits traditionnels, et donc ne pouvant être compris que par référence ou par le moyen d'un recours au droit du pays exportateur, en l'occurrence, la France. M. Hilaire écrit à ce sujet que « *ce n'est pas l'étude des coutumes (...) qui permettra aux étudiants africains de pénétrer l'esprit de leur droit moderne* »¹²⁶.

Cet état des faits conduit à une interrogation. Puisqu'elle est nécessaire, par quelles voies ladite acculturation se fera-t-elle, et quelles doivent en être les conditions ?

B. Une nécessaire acculturation du modèle reçu

37. Le processus d'acculturation suppose de la part des juristes francophones africains une appropriation (1), une adaptation (2) et un enrichissement (3) du modèle juridique reçu de la France.

1.- L'appropriation du modèle

38. Les peines de l'esprit. - L'une des tendances qui se dégagent de l'observation des rapports que les hommes de lois et de droit entretiennent avec le droit reçu en héritage du colonialisme est celle d'une incapacité à faire leur ledit modèle. En effet, continuer de regarder comme français, et donc étranger, un modèle familial depuis plus d'un siècle ne peut être autrement interprété. Cette attitude constitue un obstacle intellectuel expliquant partiellement le penchant des concernés et la prédisposition de leur esprit à se tourner systématiquement vers la doctrine et la jurisprudence françaises pour une compréhension du sens et de la portée des règles consacrées dans leurs législations ; s'offrant par là même une coupable économie de créativité et d'innovation. Il n'est donc pas étonnant de lire bien souvent dans la littérature juridique d'Afrique noire francophone des formules-types du genre : « *...l'article X du code (...) équivalant ou équipollent à (...) ou encore qui trouve son pendant dans (...) l'article Y du code (...) français...* » ; ou bien d'autres encore. Selon M. Sacco¹²⁷, « *un modèle n'est pas français s'il n'a jamais existé en France* ». Et, logiquement, conclut-il, « *un modèle qui vit en France est français, peu importe où il est né* ». Ce raisonnement peut être appliqué au modèle français importé sur le continent africain. Il est bon qu'il soit réalisé là-bas que, adopter une solution étrangère ou un droit étranger, c'est le faire sien, c'est-à-dire, se l'approprier.

39. La résistance de l'âme ? - De la part des masses populaires, profanes du droit moderne, le refus d'appropriation est bien plus fort, s'il ne relève simplement du réflexe. C'est là le constat qui a été opéré en Afrique d'un « *éloignement psychologique* »¹²⁸ entre le droit moderne importé et ceux qui en sont les sujets (les populations), ou même les artisans (les juristes). La doctrine l'évoque en termes de « *problème sérieux pour les pays en voie de développement* »¹²⁹, de « *choc de la modernité, et cause de schizophrénie ou de*

¹²⁶ Hilaire (J.), *Nos ancêtres les Gaulois*, op.cit., p. 70.

¹²⁷ Sacco (R.), *La circulation du modèle juridique français. Rapport de synthèse*, op.cit., p. 6, § 4.

¹²⁸ Voy en ce sens, Tahita (J.-C.), *La réception du langage juridique français au Burkina Faso*, op.cit., p. 66 ; Sy (D.), *Le juge sénégalais et la création du droit administratif*, op.cit., p. 404 ; Gonidec (P.-F.), *Cours d'institutions publiques africaines et malgaches*, op.cit., pp. 263 et s.

¹²⁹ Ramangasoavina (A.), *Du droit coutumier aux codes modernes malgaches*, in Recueil Penant, 1962, pp. 327 et s., spéc. p. 347.

déravage »¹³⁰, de « *facteur de rupture entre les sujets du droit et le système qui les régit (...)* ou de *fracture entre les masses profanes et les populations africaines occidentalisées* »¹³¹. La principale différence entre ces masses profanes et les juristes initiés à ce droit est que, les premières sont justement dans l'ignorance, tandis que les seconds en détiennent la connaissance. Cependant, et fort probablement parce que ceux-ci sont issus de celles-là, ces deux catégories semblent être toutes psychologiquement éloignées du modèle juridique français importé dans leur cosmos, et dont elles ont du mal à prendre possession en leur âme.

40. Or, il est évident qu'une institution ou des règles tirant leur genèse d'un système juridique étranger peuvent survivre - sous réserve d'un éventuel rejet - en dehors de leur milieu d'origine. Ainsi sont faites les créations du droit. Elles naissent, circulent, mutent, se travestissent parfois, et quelque fois disparaissent, cela au gré des circonstances, dans le temps et dans l'espace. Le droit, en effet, est dynamique, il change sans cesse et circule¹³², et comme toute œuvre humaine, les créations du droit vieillissent¹³³. Ainsi, une règle de droit inspirée ou empruntée au patrimoine juridique français cesse d'être française dès lors qu'elle est adoptée par un législateur africain. Encore faudrait-il que les juristes africains se l'approprient, en modifiant sur le plan psychologique leur rapport à elle. Cette norme doit y vivre une nouvelle vie, dans son nouveau cosmos.

Il appartient donc au législateur, à la doctrine et à la jurisprudence africaines de lui donner un sens, un contenu propre, en harmonie avec l'esprit du lieu, c'est-à-dire, les données locales. Une fois appropriée, il importe que le modèle reçu soit adapté à son nouvel élément.

2.- *L'adaptation du modèle*

41. *Ubi societas, ibi jus.* - La question de l'adaptation ne peut évidemment se poser qu'après celle de l'appropriation. En effet, du point de vue de la lettre ou de l'esprit, on ne peut adapter, et donc éventuellement modifier, que ce que l'on considère comme étant sien, ce dont on a pris possession. Cela étant, il est admis en théorie générale du droit et en droit comparé que les règles juridiques constituent le reflet et le modèle de l'ordre social¹³⁴, à un lieu et un moment donnés. Il pourrait autrement être dit que le droit est une résultante des données sociologiques¹³⁵. C'est ainsi qu'avec Montesquieu¹³⁶ il a été admis que « *les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui découlent de la nature des choses* ». Et dans ses *Odes*, le poète latin Horace pouvait à juste titre s'écrier : « *Que valent les lois, lorsque les mœurs sont contraires ?* » ; les mœurs n'étant ici considérées que comme un élément des réalités propres à chaque ordre sociétal. Cela emporte comme conséquence que, préalablement à tout emprunt d'une expérience ou d'une institution étrangère, il faille, sauf à s'exposer à un échec certain, en étudier la faisabilité¹³⁷ et en assurer l'adaptation¹³⁸. Il devrait en être ainsi du modèle juridique français dans les pays d'Afrique

¹³⁰ Agostini (E.), *La circulation des modèles juridiques*, op.cit., p. 467.

¹³¹ Vanderlinden (J.), *Les systèmes juridiques africains*, op.cit., pp. 47-48, 96 et s.

¹³² Cf. Rodière (R.), *Approche d'un phénomène : les migrations des systèmes juridiques*, in *Mélanges Marty*, Toulouse, 1978, pp. 947 et s., cité par Sacco (R.), *La circulation du modèle juridique français. Rapport de synthèse*, op.cit., p. 5, § 1.

¹³³ Voy Ripert (G.), *Le déclin du droit. Etude sur la législation contemporaine*, op.cit., p. 3-4, § 1.

¹³⁴ Cf. Agostini (E.), *Droit comparé*, op.cit., p. 9.

¹³⁵ Voy Lévy-Ullmann (H.) et Mirkine-Guetzévitch (B.), préface à « *La vie juridique des peuples, t. III : la France* », op.cit., pp. V-VIII.

¹³⁶ Voy in *De l'esprit des lois*, 1^{ère} partie, livre I, chapitre 1^{er}.

¹³⁷ En ce sens, voy Robert (J.), *Le droit comparé aujourd'hui et demain : introduction*, Actes du colloque du 1^{er} décembre 1995, Société de législation comparée, 1996, p. 11.

¹³⁸ Sur le besoin d'une adaptation des normes importées, voy not. Foyer (J.), *Les destinées du droit français en Afrique*, op.cit., p. 4. L'auteur affirmait : « *l'héritage que nous vous laissons (...)* n'est pas toujours adapté à vos

noire francophone. Il doit toutefois s'agir d'une véritable adaptation, car il ne suffit pas d'emprunter au droit français des textes, auxquels on ferait subir un toilettage superficiel et quelque fois défigurant¹³⁹, pour obtenir un droit « à l'africaine ».

En effet, quitte à emprunter, autant le bien faire, selon les règles de l'art. L'exercice serait bien aisé s'il existait une voie par excellence. Ce qui n'est pas le cas.

42. Le comment de l'œuvre. - Il n'est en effet point de schéma universel d'adaptation des règles de droit, si ce n'est celui de la sagesse préconisant une prise en compte d'un certain nombre de principes nécessaires d'une part, pour impulser l'évolution sociale dans le sens souhaité par les pouvoirs publics, et d'autre part, pour assurer la satisfaction des besoins locaux. Du reste, de nombreuses études mettent en évidence la dangerosité des transplantations ne répondant pas aux besoins des pays receveurs¹⁴⁰. Pour les Etats africains, ces principes peuvent être nombreux, mais le plus important semble être celui qui postule le primat de l'idée de développement. Un courant doctrinal important soutient que le droit doit être repensé en Afrique pour être mis au service du développement, toutes autres considérations devenant secondaires par rapport à cet objectif principal¹⁴¹. En effet, un droit qui, dès sa conception, était ajusté pour assurer l'extension des intérêts autres que ceux des colonies était appelé, une fois les rapports de souveraineté modifiés, à être nécessairement adapté en fonction de l'objectif de développement de ces entités émancipées. L'incidence sur le plan conceptuel en est une perception du droit comme « *droit-outil* », mis au service d'un but prédéterminé.

Il découle de ce qui précède le besoin d'une prise de conscience dans le chef des différents acteurs concourant à adapter le droit au réel.

43. Pour qui la tâche ? - L'adaptation des règles et institutions empruntées à la France par les pays africains francophones doit être à un premier degré l'œuvre du législateur et de toute autre autorité dotée du pouvoir d'édicter des règles de droit et de leur conférer l'imperium de l'Etat ou d'une communauté d'Etats. Doivent de ce fait être vaincues toutes les pesanteurs qui ont le plus souvent conduit le législateur à avoir en Afrique la main trop lourde et à se contenter de ce qui a été légué par le colonisateur. Il doit de même être remédié à l'attitude consistant pour les législateurs africains, chaque fois qu'il est question de réforme ou de modernisation du cadre juridique, à penser automatiquement au droit de l'ancienne métropole¹⁴². A un second degré, cette adaptation peut être l'œuvre du juge, usant de son

nécessités et à vos besoins... ». - Voy de même : Vanderlinden (J.), *Les systèmes juridiques africains*, op.cit., p. 6 ; ainsi que Decottignies (R.), *L'apport européen dans l'élaboration du droit privé sénégalais*, op.cit., p. 82 ; pour qui « *l'application sans aménagements aux pays d'Afrique d'un droit né sous d'autres cieux (...) serait une politique vouée à l'échec* ».

¹³⁹ Allusion est faite ici aux emprunts partiels de dispositions des textes de droit français, avec omission de certains alinéas, articles ou phrases. Ce qui a pour conséquence de rendre ces textes, dans leur nouvel environnement, parfaitement inintelligibles.

¹⁴⁰ Voy entre autres Sacco (R.) et alii, *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, op.cit., p. 12 ; mais aussi David (R.) et Jauffret-Spinozi (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, op.cit., p. 471. - A la parfaite connaissance des besoins locaux comme préalable à toute imitation, s'ajoute celle du modèle à imiter, de la façon de le mettre en œuvre et des facteurs conditionnant l'application des lois dans le système receveur. Voy en ce sens David (R.), *Le droit comparé. Droits d'hier, droits de demain*, op.cit., p. 248 ; ainsi que Sacco (R.), *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, op.cit., pp. 6 et s. ; Schwarz-Liebermann Von Wahlendorff (H.A.), *Droit comparé. Théorie générale et principes*, L.G.D.J., 1978, p. 198.

¹⁴¹ Voy not. David (R.) et Jauffret-Spinozi (C.), op.cit., p. 470. Il paraît utile de préciser que, s'étendre sur les aspects métaphysiques dudit développement et donc discuter sur la place - trivialement centrale - que doivent occuper l'homme lui-même ainsi que les valeurs morales, n'est pas dans l'optique de la présente étude.

¹⁴² Cf. Arbachi (D.), *Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme comme méthode de construction du droit*, op.cit., p. 88 ; Vanderlinden (J.), *Les systèmes juridiques africains*, op.cit., p. 8.

pouvoir d'interprétation¹⁴³. Il lui appartient, « *chaque fois que le législateur ne serait pas intervenu (...) de procéder à une adaptation heureuse des textes (...) aux circonstances économiques et sociales de l'Afrique contemporaine* »¹⁴⁴. En effet, puisqu'il s'observe jusqu'ici que les instances d'élaboration et de promulgation des textes juridiques peinent à concevoir un droit africain adapté, cela condamne le juge à la créativité et à une interprétation circonstanciée des règles importées¹⁴⁵. En troisième et dernier lieu, doivent participer à l'adaptation, les doctrinaires et les praticiens dont les études, travaux et autres activités font vivre le droit au quotidien et doivent être pris en compte dans les deux premiers degrés.

A ces trois niveaux, la primauté de l'idée du développement économique a vocation à servir de boussole à tout œuvre de création, d'interprétation ou d'application des normes. Cette adaptation doit se faire en tenant compte des réalités locales, notamment des mœurs et du niveau de développement.

Adaptées de la sorte pour s'appliquer *ic et nunc* à différentes situations que saisit le droit, les règles importées peuvent être enrichies par des apports d'origines diverses, y compris ceux de certains principes du droit que l'on a un peu trop hâtivement qualifié de traditionnel, voire passéiste.

3.- L'enrichissement du modèle

44. Le modèle juridique français reçu en Afrique noire francophone peut y être enrichi par des créations d'autres systèmes de droit, comme par des ressources principielles propres aux droits autochtones.

45. **L'enrichissement par autrui.** - Il est abondamment évoqué en doctrine les avantages d'un recours au droit comparé pour les Etats qui décident de réformer certains aspects de leurs droits¹⁴⁶. S'agissant particulièrement des Etats africains, une telle démarche devrait se déployer en fonction de deux considérations. La première postule un élargissement du champs des systèmes juridiques auxquels se référer. La seconde postule de procéder selon un schéma logique pour retenir dans le spectre ainsi élargi les systèmes auxquels éventuellement emprunter. Il faudrait alors faire le *distinguo* entre d'une part, les règles se rapportant aux activités économiques, pour lesquels les emprunts pourraient s'effectuer auprès des pays qui ont connu une forte influence juridique française et qui ont par la suite acquis une relative autonomie par rapport au droit français, ainsi qu'auprès des pays émergents qui ont plus ou moins bien réussi une symbiose entre un droit économique importé et leur droit local ; et d'autre part, les règles touchant les rapports au foncier et le statut de la personne. Dans cette dernière hypothèse, les références et les emprunts ne peuvent avoir lieu qu'avec les pays dans

¹⁴³ M. Marc Ancel cite à titre exemplatif l'article 1384 du Code Napoléon de 1804, auquel la jurisprudence belge donne une interprétation en tous points différente de celle qui a prévalu en France. Voy in *Utilité et méthodes du droit comparé*, op.cit., p. 91.

¹⁴⁴ Voy Balima (M.), *op.cit.*, p. 60, §§ 62 et s. - Le constat fait par l'auteur dans le domaine de la législation sur les sociétés commerciales vaut pour toute autre branche du volet dit moderne des droits africains.

¹⁴⁵ Voy not. Gonidec (P.-F.), *Les droits africains. Evolution et sources*, op.cit., p. 208. - Cet effort permettra du reste une coordination jurisprudentielle en souplesse des deux versants (moderne et traditionnel) des droits africains. Voy not. en ce sens, Pougoué (P.-G.), *Considérations sur le droit "traditionnel" devant la Cour suprême du Cameroun*, op.cit., p. 26, § 1 ; Nguini (M.), *Droit moderne et droit traditionnel*, in Recueil Penant, R.D.P.A., 1973, pp. 1 et s., spéc. p. 9.

¹⁴⁶ Voy not. Séroussi (R.), *Introduction au droit comparé*, op.cit., p. 2 ; Agostini (E.), *Droit comparé*, op.cit., p. 23, § 11 ; Rodière (R.), *Introduction au droit comparé*, op.cit., p. 36, § 22, et p. 50, § 30 ; Gutteridge (H.C.), *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, op.cit., pp. 20, 58-59 ; Schwarz-Liebermann Von Wahlendorf (H.A.), *Droit comparé. Théorie générale et principes*, op.cit., p. 17 ; Sacco (R.), *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, op.cit., p. 5, 10 ; Constantinesco (L.-J.), *Traité de droit comparé, t. II : la méthode comparative*, L.G.D.J., 1974, p. 42.

les systèmes juridiques desquels la coutume occupe ou a occupé une place importante. Soit, essentiellement des Etats négro-africains¹⁴⁷.

46. Une telle approche, prudente et équilibrée, prônant une ouverture à l'altérité, est en porte-à-faux envers toute tentation de l'isolationnisme juridique ou de l'éthnocentrisme, convictions selon lesquelles les catégories et les concepts nationaux sont les seuls envisageables. Un auteur¹⁴⁸ exprime ainsi cette attitude : « ...regardons ailleurs, comparons, interrogeons-nous sur les alternatives (...) pour élargir la perspective traditionnelle, enrichir le discours juridique et lutter contre les habitudes de pensée sclérosantes. Ce n'est qu'au prix de cet enrichissement que l'on peut apprendre à comprendre l'autre, et, à terme, se comprendre soi-même ». Cela est d'autant vrai et utile pour le juriste africain qui, « situé au carrefour de plusieurs mondes (...), a, plus que tout autre, vocation naturelle au droit comparé »¹⁴⁹.

47. **L'enrichissement par soi-même.** - Il semble que l'on ait, un peu prématurément, prononcé l'oraison funèbre des principes qui régissaient, dans l'Afrique pré-coloniale, les relations communautaires. Ils mériteraient un nouvel intérêt, une redécouverte, et si nécessaire une actualisation. Il s'agirait, comme le préconisait Saint Paul¹⁵⁰, « d'examiner toutes choses, et de retenir ce qui est bon ». C'est que, les droits dits traditionnels renferment des principes de droit aussi bien matériel que processuel, lesquels, pour certains, sont proches du droit moderne importé et du droit positif français ; et donc aptes à régir le vécu actuel. Dans le domaine du droit processuel, le professeur Gluckman¹⁵¹ résumait ainsi ses travaux : « J'ai étudié le fonctionnement des tribunaux africains (...), et j'ai constaté qu'ils se servent des mêmes doctrines de base que nos tribunaux. Les systèmes juridiques africains, comme tous les systèmes juridiques, sont fondés sur les principes de la responsabilité de l'homme, de la négligence, des preuves directes ou indirectes, etc (...), les juges et juristes africains appliquent ces principes avec habileté et logique à une grande diversité de situations, dans le but de rendre la justice ». Et, comme par échos, M. Lévy-Bruhl¹⁵², avec le vocabulaire qui était parfois le sien, affirmait : « ...certaines institutions des 'primitifs' peuvent éclairer certains traits des nôtres, et réciproquement, notre expérience peut nous aider à comprendre quelques traits de leurs comportements juridiques ».

Il en est ainsi aussi, de nombreux principes du droit dit traditionnel ou coutumier, porteurs d'un grand potentiel éthique et moral, tels ceux de conciliation, de solidarité¹⁵³ ou du victimocentrisme, qui peuvent, dans le cadre de tout effort visant à établir une harmonie entre les règles importées de la France et adaptées pour la circonstance et leur nouveau milieu de vie, servir à enrichir le modèle juridique reçu. Cela illustre à suffisance le fait qu'en Afrique,

¹⁴⁷ Il semble important que des études de droit comparé soient développées autour des thèmes tels ceux de la place du droit coutumier dans l'ordonnement juridique interne, les tentatives de codification des coutumes, ou encore celui de la coutume comme source du droit étatique. - Sur les multiples intérêts d'une connaissance meilleure et systématique dans ce domaine, voy not. Pauwels (J.M.), *Répertoire de droit coutumier congolais. Jurisprudence et doctrine. 1954-1967*, op.cit., p. 4.

¹⁴⁸ Muir Watt (H.), *La fonction subversive du droit comparé*, op.cit., p. 506, § 4.

¹⁴⁹ Voy Vanderlinden (J.), *Les systèmes juridiques africains*, op.cit., p. 6.

¹⁵⁰ Voy in *La Bible* (nouveau testament), 1^{ère} épître aux Thésaloniciens, chapitre 5, verset 21.

¹⁵¹ Voy in "Lettre à *The Observer*", 15 juillet 1951, cité par Olawale Elias (T.), *La nature du droit coutumier africain*, éd. présence africaine, 1961, p. 46.

¹⁵² Lévy-Bruhl (H.), *Sociologie du droit*, op.cit., p. 115.

¹⁵³ Voy not. David (R.), *Le droit comparé. Droits d'hier, droits de demain*, op.cit., p. 249 ; Seroussi (R.), *Introduction au droit comparé*, op.cit., p. 3 ; Tunc (A.), *Cours de grands systèmes de droit contemporains*, Licence 4^{ème} année, coll. "les cours de droit", Paris, 1969-1970, pp. 13-15. - Selon M. René David, la prise en compte des principes coutumiers sera d'autant plus impérative pour toute action des législateurs portant sur le statut personnel. Cf. ouvrage cité, op.cit., p. 250.

il y a suffisamment de « *matière première* » pour permettre, en cas de besoin, une prise de distances par rapport à des solutions étrangères¹⁵⁴.

48. En effet, s'agissant des principes sus évoqués, la *conciliation* ou *médiation* comme moyen de régulation de la vie en communauté et de règlement des conflits de préférence à un recours quasi-systématique aux tribunaux est, depuis des siècles, connue et pratiquée en Afrique. Nombre d'auteurs, mettant en exergue l'importance de la paix sociale, ont illustré cette réalité. Ainsi, M. Vanderlinden¹⁵⁵ souligne-t-il la primauté de la conciliation en affirmant que « *le procès africain est originellement d'abord et dans la quasi-totalité des cas, une tentative d'arbitrage* » et que dans ce contexte, « *un mauvais (et de préférence bon) compromis vaut donc mieux qu'une bonne (et à fortiori mauvaise) décision* ». M. Verdier¹⁵⁶ pour sa part, relève que « *le procès (y) est la principale méthode pour la création de la solidarité et pour sa reconstruction quand elle est détruite* ».

Cela a le plus souvent pris la forme de palabres, au cours desquels les deux fonctions de régulation des rapports et de règlement des différends étaient indissociables. Dans l'Occident moderne, notamment en France et aux Etats-Unis, le concept semble révéler ses vertus, mais beaucoup plus dans sa seconde fonction que dans la première¹⁵⁷. Ainsi par exemple, lorsque l'on considère l'office du juge, cette différence de conception entre l'Afrique et l'Occident transparaît de ce que, en cas d'apparition d'un *nœud de discorde*, le rôle du juge en Occident sera de le « trancher », tandis qu'en Afrique, il s'agira plutôt de le « dénouer ». Or, le fait de trancher peut en-soi apparaître comme un acte violent, blessant et diviseur, dressant une *muraille de chine* entre un vainqueur d'une part, et un vaincu de l'autre ; situation qui porte en elle-même des germes nourrissant le ressentiment et la conflictualité au sein du corps social, en posant les bases des confrontations futures.

49. Il en est de même du principe de la *solidarité* ou de fusion des intérêts, de mise actuellement dans les rapports d'ordre contractuel ou encore sociétaire, comme il l'est depuis toujours dans les rapports inter-personnes ou inter-groupes au sein des entités traditionnelles africaines. Dans la théorie du gouvernement d'entreprise ou *corporate governance* par exemple, la notion de « *stakeholders* », qui prône une considération, dans le cadre du fonctionnement des sociétés commerciales, de tous les intérêts en présence, c'est-à-dire les intérêts de l'ensemble des parties prenantes à l'entreprise, semble en être une traduction moderne. Cela n'est point une nouveauté sous le soleil du juriste africain, observateur attentif de son environnement sociologique.

50. Enfin, le caractère victimocentrique des droits dits traditionnels africains peut servir de référence au droit de type français. Le *victimocentrisme* consiste, lorsqu'il y a commission d'un acte incriminé par les règles de la vie en communauté et qui a causé préjudice à un ou plusieurs individus, à privilégier la réparation du dommage causé plutôt que la punition de l'auteur. Dans le domaine du droit répressif, il s'agit d'un instrument permettant d'assurer la paix sociale en réduisant le caractère conflictuel marqué des sociétés modernes post-industrielles et de faciliter, par exemple, lorsqu'il est couplé à d'autres mesures, le désengorgement des milieux carcéraux et la réinsertion sociale des personnes fautives. L'ethnologue Colin Turnbull¹⁵⁸ soutenait à ce propos que « *les juristes occidentaux semblent*

¹⁵⁴ Cf. Baud (M.-F.), *Droit des affaires : union en vue*, in Jeune Afrique, n° 1985, 1999, p. 66.

¹⁵⁵ Vanderlinden (J.), *Les systèmes juridiques africains*, op.cit., p. 21-22.

¹⁵⁶ Verdier (R.), *Ethnologie et droits africains*, op.cit., p. 115.

¹⁵⁷ Voy Magendie (J.-C.), *L'américanisation du droit ou la création d'un mythe*, op.cit., p. 19.

¹⁵⁸ Voy Turnbull (C.), in *L'africain désemparé*, p. 165, cité par Gonidec (P.-F.), *Cours d'institutions publiques africaines et malgaches*, op.cit., p. 264.

avoir rarement, sinon jamais, compris que l'africain (...) considère que la fonction d'une Cour n'est pas de condamner et de punir, mais d'essayer de trouver une solution au problème qui lui est soumis ». Dans le même sens, M. Verdier¹⁵⁹ observait que « le droit (y) vise essentiellement (...) à maintenir l'équilibre social, (...) il tend moins à punir qu'à réparer, moins à réprimer qu'à compenser ».

51. Pour intéressants qu'ils soient, ces principes doivent néanmoins être revisités et exposés. Une mise en relation doit de même être opérée avec les réalités des temps actuels de sorte à mettre en évidence leur aptitude à satisfaire aux besoins et impératifs du moment. Alors seulement, pourront-ils circuler, enrichir en en relifant en permanence le visage le modèle juridique importé et se faire une place dans le forum du donner et du recevoir voulu par la globalisation du droit. En effet, il est difficile de discerner ce qui est près, lorsque le regard porte systématiquement loin de soi. En ne regardant qu'ailleurs, le juriste africain ne trouvera que matière à importer. Mais en redécouvrant ce qui est sien, il peut trouver matière à partager.

CONCLUSION

52. Un bel héritage. - Si tant est que l'héritage colonial du droit français constitue une richesse et un atout pour les pays d'Afrique noire francophone, il ne l'est que dans la mesure où il constitue un point de départ et non une fin acquise ou un but atteint à défendre à tout prix. C'est qu'en effet, ce tronc commun légué par la France peut servir de point de départ à des entreprises ou processus d'intégration juridique et économique. Rome a légué à l'Europe le *jus commune*, la France a donné à l'Afrique noire francophone un précieux fonds commun de règles, les juristes de ces pays partageant, en plus de la même langue, des modes de raisonnement similaires en droit. L'O.H.A.D.A., dont les textes sont élaborés sur la base de ce fonds et en référence au modèle français, est souvent citée en exemple. L'émancipation juridique des pays, observe un auteur¹⁶⁰, n'est pas chose facile, surtout lorsqu'ils ont reçu et intégré les valeurs des familles de droit dominantes.

53. Pour demain... - Ces pays ne peuvent cependant faire l'économie d'une volonté de définir des normes typiquement africaines, ni d'un effort d'adaptation des règles empruntées à la France ou à d'autres ordres juridiques, ni d'un recours au droit comparé en général, en s'enrichissant, dans la mesure de leur compatibilité des structures d'autres droits. Il importe, et il ne peut en être autrement, que les droits africains, sans rompre totalement avec la souche originelle¹⁶¹, suivent - du fait de la spécificité de leurs besoins - une évolution qui leur soit spécifique ; en prenant leur place dans ce « *chœur a capella qu'ils pourraient constituer avec les autres ordres juridiques* »¹⁶², de sorte à pouvoir aller « *par le droit français, mais au-delà du droit français* »¹⁶³. La conséquence de cette évolution pourrait être une séparation sans

¹⁵⁹ Verdier (R.), *Ethnologie et droits africains*, op.cit., p. 116-117.

¹⁶⁰ Voy Séroussi (R.), *Introduction au droit comparé*, op.cit., p. 179. - Rares sont, en effet, les éléments du droit français à ne pas avoir été reçus dans les droits des pays d'Afrique noire francophone. Il peut être cité : les règles législatives, les solutions jurisprudentielles, la pratique juridique, les sources du droit (notamment le rôle de la jurisprudence), les méthodes (notamment la codification), la terminologie, etc. Cf. « *La circulation du modèle juridique français. Notice d'orientation de la recherche* », Journées franco-italiennes, op.cit., p. 1-2.

¹⁶¹ Il est, en doctrine, suggéré à ces pays de ne pas, dans le développement de leurs droits, s'éloigner de ce qui est la tradition des pays romanistes, parce que la dynamique du progrès n'en serait alors que facilitée. Voy David (R.) et Jauffret-Spinozi (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, op.cit., p. 472.

¹⁶² Vanderlinden (J.), *A propos de la création du droit en Afrique. Regards d'un absent*, op.cit., p. 40.

¹⁶³ Foyer (J.), *Les destinées du droit français en Afrique*, op.cit., p. 6.

rupture, les droits africains suivant un chemin à eux propre, tout en gardant des liens et des ressemblances avec le droit français, à l'image des rapports qu'entretiennent actuellement le droit anglais et le droit des Etats-Unis d'Amérique ; ou encore de ceux qu'a avec le droit français le droit du Québec, ce dernier ayant acquis une relative autonomie¹⁶⁴. En fin de compte, la confrontation Nord-Sud des systèmes qu'évoquait M. Marc Ancel¹⁶⁵ ne semble pas être à l'ordre du jour, et encore moins pour un proche avenir.

Ainsi, en Afrique noire francophone, et seulement ainsi, le modèle juridique français, « *droit-joug* » hier, « *droit-soleil* » aujourd'hui, sera peut-être demain ... un « *droit-frère* ».

Mr. Louis-Daniel MUKA TSHIBENDE

louisdany@yahoo.fr – louisdaniel@ohada.com

¹⁶⁴ Voy les développements de Lilkoff (L.), *La circulation du modèle juridique français et le droit québécois*, in *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, éd. Yvon Blais, 1993, pp. 399 et s. ; Doucet (M.), *Le bilinguisme et le bijuridisme au Canada : expression de la common law en français et du droit civil en anglais*, in *L'expression du droit. Le français, langue africaine et internationale. La jurisfrancité*, Actes de la 18^{ème} Biennale de la langue française organisée à Ouagadougou, 29 oct.-1^{er} nov. 1999, éd. Fr.V.M. (Paris), 2000, pp. 170 et s. - L'exemple a été donné du nouveau code civil entré en vigueur au Québec en 1994, qui consacre des principes et des institutions de droit anglais et de *common law*, tout en respectant les structures de base et la terminologie de la codification du droit civil. Cf. "L'influence internationale du droit français", Rapport au 1^{er} ministre, op.cit., p. 23.

¹⁶⁵ Ancel (M.), *Utilité et méthodes du droit comparé*, op.cit., p. 27.