

Le droit dans la réforme de l'État

Vingt ans après la vague des indépendances en Afrique, Antony Allott, professeur de droit africain à l'université de Londres, publia son ouvrage *The Limits of Law* (1980). D'une certaine façon il s'agissait d'une réaction contre l'esprit optimiste du législateur en Afrique qui croyait fermement à la faisabilité de l'État et de la société à l'aide du droit. En effet, dans les années 1960, les nouveaux États africains essayaient de réaliser des changements à l'aide d'instruments juridiques. Ces changements visaient l'unification du pays, la modernisation du système politique ou commercial, ou encore la régularisation des problèmes fonciers. Vingt ans plus tard, les chercheurs, parmi lesquels Allott, constataient les limites du droit comme instrument de transformation, tout en montrant que la manière dont il est appliqué, son efficacité et ses effets, donnent une indication sur la relation entre État et société. Aujourd'hui encore, vingt ans plus tard, comment les juristes voient-ils le rôle du droit dans la réforme de l'État ? Nous traiterons de cette question en deux étapes.

Dans la première partie, il s'agira de confronter deux approches de la recherche juridique, celle que l'on pourrait appeler la vision interne, appliquée par les juristes classiques et celle que l'on appelle la vision externe, développée surtout par la sociologie et l'anthropologie juridiques. Cette partie comporte les mots-clés suivants : pluralisme juridique, champs sociaux semi-autonomes et « *the social working of law* » ou impact social de la loi. Nous considérerons ensuite brièvement la situation de l'État africain contemporain en évoquant quelques influences externes sur le pouvoir régulateur de l'appareil étatique. Dans la deuxième partie nous parlerons du thème central, à savoir le rôle du droit dans la réforme de l'État. Nous nous limiterons aux réformes intervenues depuis le début des années 1990, qui ont accompagné ce qu'on a appelé la troisième vague de démocratisation (Huntington 1991). Après avoir brièvement évoqué l'évolution du système partisan et des élections depuis l'ère de l'indépendance, les réformes constitutionnelles seront abordées à l'aide d'une étude de cas, celui de l'Afrique du Sud.

Une conclusion s'impose : les possibilités du droit sont limitées. Le seul moyen de connaître ces limites est d'adopter une perspective externe, à savoir l'étude de l'interaction complexe entre la société, l'État et les acteurs au niveau local, national et international. Il faudra, en d'autres termes, éviter de traiter l'État comme une entité autonome de régulation juridique séparée de la société.

Deux approches pour étudier le droit

Pendant longtemps aux Pays-Bas, quand un étudiant en thèse de droit constitutionnel en Afrique francophone prévoyait une année de recherche sur le terrain africain, il n'était pas rare que son directeur de thèse marquât son étonnement : il suffisait que soient étudiés les textes et la jurisprudence lors d'un séjour en France. Cette catégorie de directeurs de thèse est représentative des juristes classiques qui ont une vision interne du droit.

En effet, l'étude de cette discipline a toujours été caractérisée par une tension entre une approche dogmatique/formaliste (la vision interne) et une approche non formaliste (la vision externe). Dans le premier cas, le droit est considéré comme un système de régulation autonome, formel et clos, dans lequel la loi de l'État, la jurisprudence et la doctrine constituent les seules sources juridiques. Implicitement et souvent aussi explicitement, une telle vision nie l'existence de droits dans les sociétés qui ne disposent pas d'une organisation politique centralisée comme l'État, ou dans des sous-groupes d'une société (Rouland 1988 : 78-79). Pour les juristes classiques, le but principal de la science juridique est la collecte, la systématisation et la présentation des règles en vigueur sur la base des sources formelles de droit.

La vision externe considère le droit comme un système ouvert. Parmi les différents courants de pensée que cette vision a produits, le plus important prend comme objet de la science juridique la connaissance intégrée des règles, procédures et institutions et de leur impact pratique dans la société. Les représentants de cette approche, essentiellement des sociologues et anthropologues juridiques, reconnaissent que le droit ne consiste pas nécessairement dans des règles explicites et codifiées, sanctionnées par l'État, « mais aussi dans des phénomènes concrets qui peuvent être saisis par l'observation directe » (Rouland 1988 : 54, 68). Ce n'est pas sans chauvinisme que nous nous référons à Norbert Rouland constatant que le berceau de ce courant se trouve aux Pays-Bas. En effet, « l'école hollandaise » développe le concept de « communautés autonomes » susceptibles de produire elles-mêmes leur droit¹. Depuis lors, les études de sociologie juridique ont parcouru plusieurs étapes que nous ne pouvons traiter ici, mais pour lesquelles nous nous référons une fois de plus à Rouland. Plus récemment, plusieurs concepts et thèmes théoriques ont été développés qui nous aident à étudier le droit, sa création, son fonctionnement et ses implications dans la société. Nous y reviendrons plus loin.

Il y a peu de temps encore, le juriste classique (celui de la vision interne) et le représentant de la vision externe (le sociologue ou l'anthropologue du droit) appartenaient à des mondes totalement différents. L'un étudiait les textes législatifs, l'autre faisait des recherches de terrain. L'un se trouvait dans la capitale, près du législateur et de la magistrature suprême et l'autre au village. L'un était essentiellement pragmatique et l'autre plutôt romantique. L'un parlait de règles et l'autre parlait de processus. Bien qu'il y ait toujours une certaine répartition des tâches – le sociologue Abel écrit encore en 1995 : « *We study everything about the law except for the rules* » – les deux visions se sont progressivement rapprochées. Cela se traduit surtout à deux niveaux. D'une part, les sociologues et anthropologues qui travaillent sur le local – groupe ethnique ou village –, tiennent de plus en plus compte des influences nationales et transnationales sur les processus locaux, comme

en témoigne la citation suivante de Merry (1992 : 366) : « *Local legal institutions have a porous quality. Local legal arenas, well described by Moore's term, the "semi-autonomous social field" (...), are to some extent structured by national and transnational legal orders and to some extent autonomous places for the creation of cultural meanings and the imposition of local rules* » (Merry 1992 : 357-379 ; Appadurai 1996 ; Geschiere 1997 ; Hastrup 1995). En même temps, on voit apparaître un intérêt progressif pour l'État, non pas comme entité monolithique, mais comme plate-forme où des acteurs tels que ministres, fonctionnaires, magistrats, etc., jouent un rôle crucial dans les processus de transformation de la société.

Cette évolution a certainement contribué à susciter chez les juristes une sensibilité plus aiguë pour des recherches empiriques et pour le fonctionnement du droit. Il en résulte entre autres choses que quelques concepts théoriques qui viennent de la sociologie du droit, tels que le pluralisme juridique et « l'impact social de la loi » (*the social working of law*) sont aujourd'hui passés dans le langage courant des juristes et ceux-ci s'intéressent davantage aux thèmes classiques de l'anthropologie juridique comme le règlement des conflits. Pour illustrer l'évolution de la recherche juridique, approfondissons un peu plus les notions de pluralisme juridique et d'impact social de la loi.

Le pluralisme juridique

Il est difficile de donner une définition du pluralisme juridique qui fasse l'unanimité. Car il s'agit d'un concept né au début de ce siècle – chez l'auteur néerlandais Van Vollenhoven sur la base de ses recherches en Indonésie – et que, depuis lors, plusieurs théories du pluralisme juridique se sont développées : entre autres chez des anthropologues comme Malinowski, Gluckman et chez des juristes comme Hooker, Vanderlinden et Gillissen (Hooker *et al.* 1975 ; Gillissen, ed. 1971²). Toutes ces théories ont en commun de « relativiser la place de l'État par rapport à la société, et d'affirmer qu'il existe des droits non étatiques engendrés par des groupes sociaux constitutifs de toute société » (Rouland 1998 : 90). Les « pluralistes » divergent sur la reconnaissance par l'État du droit non étatique. Pour parler de pluralisme juridique, disent plutôt les juristes, il est nécessaire que l'État ait reconnu, d'une manière ou d'une autre, un corps de règles provenant d'une autre source que lui.

Afin de pouvoir expliquer pourquoi et en quoi ce concept du pluralisme juridique peut être utile pour comprendre le rôle du droit dans les réformes de l'État en Afrique, il est nécessaire de parler de l'étude de l'anthropologue américaine, Sally Falk Moore, et de sa théorie des champs sociaux semi-autonomes. Sally Falk Moore a effectué des recherches parmi les Chagga en Tanzanie, mais aussi dans le milieu de l'industrie du prêt-à-porter aux États-Unis. Sur la base de ces enquêtes, elle est arrivée à la définition suivante du champ social semi-autonome :

« Le champ social semi-autonome est défini et ses limites identifiées non par son type d'organisation (il peut être ou non une association) mais par un caractère de type processuel résidant dans le fait qu'il peut donner naissance à des normes et assurer leur application par la contrainte ou l'incitation. L'espace dans lequel un certain nombre d'associations (*corporate groups*) sont en relation les unes avec les autres constitue un champ social semi-autonome. Un grand nombre de champs de ce type peuvent s'articuler les uns aux autres de telle sorte qu'ils forment des chaînes complexes, de la même façon que les réseaux de relations sociales dans lesquels sont pris les individus peuvent être comparés à des chaînes sans extrémités. L'articulation

1. Il s'agit de l'école hollandaise de droit coutumier indonésien (*Adat Law*) dont Van Vollenhoven est le fondateur (voir Rouland 1988 : 109). On peut considérer l'Institut Van Vollenhoven à l'université de Leiden, comme le successeur de cette école

2. Dans ce recueil voir notamment la contribution de Jacques Vanderlinden.

– le pouvoir des bailleurs de fonds devient de plus en plus important. La conditionnalité de l'aide internationale a obligé beaucoup d'États africains à prendre des mesures radicales, non seulement d'ordre économique mais aussi dans le domaine de la politique et du droit. Démocratisation, privatisation, modernisation de l'appareil étatique, sont juste quelques exemples de processus intervenus sous la pression de l'extérieur. Et la conséquence en est souvent que le rôle de l'État s'est rétréci : il a dû se désengager de certaines tâches ou en décentraliser, donc transférer, certaines aux autorités locales ;

– suite à la mondialisation, les réseaux internationaux se sont renforcés. Avec l'intensification de la communication et des flux commerciaux et démographiques, les États nationaux sont de plus en plus dépassés. Internet permet à des communautés ethniques de mieux défendre leurs droits ou de s'associer à des communautés semblables à travers le monde. Et grâce à la mobilité croissante, de plus en plus de gens passent leur vie dans un pays étranger tout en gardant des liens étroits avec le pays de leur nationalité. Les différentes diasporas provoquent des transformations de normes et de valeurs aussi bien dans le pays d'origine que dans le pays de résidence. En ce sens, la mondialisation ne mène pas à une uniformisation (la *macdonaldization* tant redoutée) mais se manifeste plutôt par un renforcement des identités locales.

Dans les sociétés postcoloniales de l'Afrique subsaharienne, caractérisées par une pluralité de normes, règles et valeurs, l'État ne constitue donc pas qu'un seul niveau de régulation sociale entre des cultures locales plus ou moins souveraines, des organismes multinationaux puissants et toutes sortes d'organes supra-étatiques comme la FMI et l'Organisation de l'unité africaine. Cela n'a pas empêché les autorités nationales en Afrique d'apporter des réformes aux institutions étatiques dont les plus récentes visent notamment à honorer l'appel à la démocratisation. Avec à l'esprit le pouvoir relatif du droit étatique, nous allons maintenant étudier quelques réformes intervenues sur le continent noir après la troisième vague de la démocratisation.

Le droit dans la réforme de l'État en Afrique

Michael Bratton et Nicolas Van de Walle ont inventorié pendant un an les réformes intervenues en Afrique afin d'en étudier la relation avec les protestations politiques internes. Sur cette base ils ont identifié trois types de réformes : les réformes administratives, celles des partis politiques, et les réformes constitutionnelles (Bratton et Van de Walle 1992, *in* Hyden et Bratton : 27-55).

Nous laisserons de côté les réformes administratives. Il s'agit là surtout de plusieurs tentatives de décentralisation (un processus très intéressant du point de vue du pluralisme juridique) qui ont été traitées par d'autres. Dans beaucoup de pays africains, les gouvernements, après avoir opéré des réorganisations internes dans le parti unique, ont été forcés de modifier le système juridique des partis politiques, ce qui a mené à des élections multipartites. Nous y consacrons quelques réflexions. Ensuite, une étude de cas de réforme constitutionnelle, celle de l'Afrique du Sud sera passée en revue.

Les réformes des partis politiques⁵

Dans le processus de démocratisation en Afrique, c'est surtout les élections politiques qui ont attiré l'attention de la communauté internationale, ce qui n'a rien de surprenant, puisque leur tenue constitue une activité concrète, visible et facile à soutenir par des moyens financiers. L'organisation d'élections fondées sur la compétition entre partis politiques a été introduite en Afrique pendant la période coloniale. Dans les colonies françaises par exemple, les élites africaines ont pu acquérir une large expérience pratique du système électoral français, notamment pendant la période précédant immédiatement l'indépendance. Ainsi, toutes les premières constitutions francophones en Afrique contiennent-elles des références aux élections libres, au suffrage universel, aux partis politiques. Et, on le sait, les premières consacrent toutes le multipartisme comme l'expression politique du pluralisme social. Le résultat de l'introduction de ce *Fremdkörper* dans le système constitutionnel africain est connu : presque partout le multipartisme fut remplacé *de jure* ou *de facto* par un système de parti unique donnant des taux de vote proches de 100 %.

Pourtant, malgré cet échec de la « démocratie de partis » en Afrique pendant les premières décennies de l'indépendance, l'évolution récente montre que « démocratisation » est de nouveau synonyme de multipartisme. Cela se traduit dans la plupart des constitutions francophones par un retour aux dispositions des années 1960, souvent avec la même rédaction – « les partis et groupements politiques peuvent concourir librement au suffrage universel » –, accompagnées ou non par l'interdiction de faire de la propagande régionaliste ou ethnique (Reyntjens 1991 : 50-51). Ce transfert automatique du système partisan occidental en Afrique est d'autant plus étonnant qu'il survient au moment où les partis politiques en Europe se trouvent eux-mêmes dans une situation de crise. En effet, les citoyens européens en sont de moins en moins membres à vie, se laissant souvent plus facilement mobiliser par des mouvements sociaux et militants (Amnesty International, Greenpeace, etc.).

La tendance actuelle en Afrique est la création d'une myriade de partis politiques, souvent sans projet de société ou de programme. Ce sont eux, créés de toutes pièces, qui se sont engagés récemment dans le combat inégal pour le pouvoir pendant des élections organisées sous l'œil vigilant de la communauté internationale. En effet, l'observation électorale en Afrique par des experts occidentaux est devenue une modalité de pression sur les États africains. Dans son article très critique sur le rôle de la communauté internationale dans le mouvement démocratique en Afrique, Luc Sindjoun parle du *monitoring* électoral comme d'une atteinte à la souveraineté, puisque l'organisation des élections ressortit a priori du domaine de la compétence nationale (Sindjoun 1993 : 43 ; Toulabor 1995 ; Biagiotti 1995⁶ ; Abbink et Hesselting, eds 1999).

Il existe de multiples exemples du rôle plutôt décevant des partis politiques dans le processus démocratique. Apparemment l'Afrique a mal digéré la greffe du multipartisme, entamée dès l'indépendance. Il convient donc de se demander si la référence à l'un des principes fondamentaux du constitutionnalisme occidental – l'organisation d'élections dans lesquelles les partis politiques entrent librement en compétition – constitue la solution pour l'Afrique contemporaine et s'il n'y a pas

5. Cette partie est tirée de G. HESSELING 1996 : 33-47 *in* C. Zoethout *et al.*, eds.

6. Pour un exemple intéressant d'aide bilatérale aux élections en Afrique, en l'occurrence par l'Allemagne, voir les articles de Toulabor et de Biagiotti dans *Politique africaine*, 1995.

lieu d'en chercher de plus originales. Certains auteurs proposent un autre mode du scrutin ou une limitation du nombre de partis, ce qui à notre avis, ne résout pas les problèmes sur le fond (entre autres Fall 1993 *in* Conac : 42-53 ; Vengroff 1994 : 29-37)⁷. L'Ouganda a certainement donné la réponse la plus radicale sur cette question, en introduisant une « démocratie sans partis » : comme ceux-ci auraient essentiellement une base ethnique ou régionaliste, seuls des candidats indépendants peuvent se présenter aux élections nationales et locales. Une autre innovation du système ougandais est la réapparition des anciens royaumes sur l'agenda constitutionnel donnant lieu à un débat politique entre partisans d'un État fédéraliste ou d'un État décentralisé (Hansen et Twaddle 1995). Il est encore trop tôt pour juger de la valeur démocratique de la solution ougandaise, mais elle est certainement originale et peut-être mieux adaptée aux spécificités africaines.

La base ethnique ou régionaliste des partis politiques en Afrique étant une question récurrente, puisque l'on considère souvent l'ethnicité comme le facteur fondamental de la vie politique, ne faudrait-il pas traduire cette pluralité ethnique dans le système des partis ? N.K. Broohm donne des citations assez révélatrices à ce propos : « Voilà donc pour nous le sens de la démocratie : reconnaissance de la différence qui nous est propre, naturelle, des ethnies » et « les partis politiques ne correspondent à aucune réalité africaine profonde. L'une des questions vitales sera de trouver la façon de permettre à nos populations de s'exprimer sur la base des structures ethniques » (Broohm 1995 : 29). Le débat scientifique, bien vivant sur cette question, contient des arguments pour et contre « l'incontournable » facteur ethnique dans la construction de nations démocratiques (Buijtenhuijs et Thiriot 1995 : 70-72). Nous estimons qu'il serait extrêmement dangereux de traduire la pluralité sociale et culturelle en termes ethniques en stimulant la création de partis politiques de cette nature. De multiples études historiques et anthropologiques ont montré que les ethnies modernes en Afrique sont souvent un produit de l'histoire coloniale et contemporaine et que pour de nombreuses raisons – modification des structures traditionnelles, émigration, émergence de nouvelles élites, etc. –, il est impossible de définir ce qu'est une ethnie dans l'Afrique actuelle. Comme l'écrit si bien Broohm : « Une chose est de dire que l'État nouveau africain devra prendre appui sur des communautés concrètes de base, autre chose de dire qu'il doit s'édifier sur la base de cristallisations ethniques supposées être une caractéristique permanente du continent » (Broohm 1995 : 30).

Si les partis politiques ont retrouvé le même statut constitutionnel que pendant les années 1960, le contexte socio-politique dans lequel ils opèrent, subit dans maints pays des changements qui pourraient les aider, sous certaines conditions, à mieux jouer leur rôle constitutionnel et politique. En effet, entre autres grâce au développement des droits civiques – liberté d'expression et d'association, par exemple –, on constate ces dernières années l'émergence d'associations et de mouvements sociaux très vivants, depuis les groupements de femmes ou les forums de paysans jusqu'aux organisations non gouvernementales. Et parmi ces mouvements sociaux, il en existe de plus en plus qui, souvent avec l'aide internationale, essaient de renforcer la conscience civique et démocratique des populations, ainsi que leur capacité émancipatrice à se construire comme électoral sérieux. Ce vaste tissu associatif pourrait ainsi constituer un niveau d'articulation entre la société et les

7. Pour le Mali. Le Sénégal et le Nigeria ont, pendant une courte période, connu un système constitutionnel limitant le nombre des partis politiques à deux, trois ou quatre.

partis politiques (Savonnet-Guyot : 127 *in* Conac 1993⁸ ; Chazan 1992 : 279-307 ; Fatton 1995 : 67-99). Bien sûr, il ne faut pas idéaliser la nature harmonieuse et démocratique de ces mouvements, mais ils portent en eux une potentialité : traduire la pluralité des sociétés africaines en termes politiques et transformer les partis politiques clientélistes, personnalisés, en véritables gardiens du constitutionnalisme africain.

Les réformes constitutionnelles

L'évolution constitutionnelle africaine des quarante années passées peut se répartir en trois périodes : celle des premières constitutions de l'indépendance fortement inspirées par le modèle occidental, suivie par une période de déclin constitutionnel (1963-1989), et la phase actuelle caractérisée par une nouvelle dynamique constitutionnelle. Ce nouvel élan de restructuration étatique ne s'est pas produit par la volonté des pouvoirs politiques en place, comme on le sait, mais sous l'effet combiné de forces sociales internes – la société civile qui se rendait compte que le développement a besoin d'un *enabling political environment* – et d'une forte pression externe de la communauté internationale – discours de La Baule de Mitterrand, conditionnalités des institutions de Bretton Woods. Rien que dans la partie francophone de l'Afrique, entre 1990 et 1996, treize pays ont remplacé leur Constitution et trois pays l'ont modifiée. Cependant, une analyse textuelle de ces lois fondamentales montre que dans la plupart des cas, ces réformes et modifications n'ont pas conduit à une révolution constitutionnelle. Bien au contraire : à part quelques exceptions, les nouvelles constitutions ressemblent à celles adoptées à l'heure des indépendances. Ce « retour aux canons classiques du constitutionnalisme » (Reyntjens 1991 : 50) s'explique dans une large mesure par la vision interne du législateur africain, confirmée par la communauté internationale : il suffit d'imiter les constitutions libérales de l'Occident pour entamer la transition démocratique. Dans ce contexte, l'exemple du juriste américain Albert Blaustein est révélateur. Il se considère comme l'un des juristes les mieux rémunérés du monde : il a parcouru les pays en voie de développement muni de son ordinateur sur lequel se trouve un *blueprint* ou « modèle » d'une Constitution. Il fournit ainsi des constitutions à la demande.

Pourtant il existe en Afrique des pays où le législateur a organisé une consultation massive de la population afin d'obtenir *the people's imprimatur* sur la nouvelle Constitution. En Ouganda, une commission spéciale a pendant des années sillonné le pays, munie de quelques directives constitutionnelles – traduites en langues locales – qui ont été discutées dans des réunions très fréquentées. Malgré ce cas original dans l'histoire de *constitution-making*, le résultat a été un ressemblance avec les autres constitutions : « *The people's Constitution has an uncanny family resemblance to its predecessors* » (Furley et Katalikawe 1997 : 252).

Descendre au niveau du village ne suffit donc pas pour élaborer une loi constitutionnelle reflétant le caractère pluraliste de la société dans laquelle elle doit fonctionner (Kasfir 1999 : 20-42). Nous allons continuer notre quête du rôle du droit dans la réforme de l'État en approfondissant le cas de l'Afrique du Sud. Dans le domaine constitutionnel, ce pays n'a pas suivi les trois périodes de réformes constitutionnelles signalées ailleurs sur le continent africain, mais sa réforme

8. Je ne m'engage pas dans le débat périlleux concernant la fameuse société civile que C. Savonnet-Guyot qualifie d'« objet paradoxal et bien mal identifié ». Je me réfère à N. Chazan et à R. Fatton pour une analyse de la société civile en Afrique et son rôle dans la transition démocratique.

constitutionnelle se situe bel et bien dans le processus de démocratisation de la décennie précédente. L'élaboration de sa nouvelle Constitution a été accompagnée d'une large consultation de la population, essayant de concilier les conceptions d'un État moderne avec les aspirations complexes et parfois contradictoires d'une société en proie à de grands déchirements et caractérisée par un pluralisme culturel et juridique prononcé. Cette expérience montrera que la vision externe des juristes constitutionnels sud-africains a certainement produit une des constitutions les plus originales et les plus modernes du continent africain sans garantir toutefois une application dépourvue d'ambiguïté.

L'Afrique du Sud : le choix du pluralisme

L'Afrique du Sud, paria international pendant longtemps à cause de sa politique officielle de ségrégation raciale (*apartheid*), devint une démocratie en 1994 et élabora sa première Constitution démocratique, adoptée en 1996. En examinant le rôle du droit dans la réforme de l'État, l'Afrique du Sud nous intéresse pour plusieurs raisons. D'abord parce que la nouvelle Constitution (Loi 108 de 1996) a été rédigée suite à des consultations approfondies avec la population. En effet, l'Assemblée constitutionnelle, formée après les élections de 1994, organisait des dizaines de meetings publics permettant aux citoyens intéressés de commenter les propositions formulées. Ils pouvaient transmettre leurs suggestions et donner leurs opinions par téléphone, carte postale ou courriel ; pour la population rurale, souvent analphabète, des ateliers d'information étaient mis sur pied. Parallèlement, les rédacteurs de la Constitution s'informèrent auprès de spécialistes internationaux et confrontèrent leurs problèmes constitutionnels aux solutions trouvées ailleurs. Le produit final n'est certainement pas une loi imposée selon la « méthode Blaustein », mais constitue un document autochtone, prenant en compte la situation complexe du pays.

L'Afrique du Sud a pendant longtemps été considérée comme un cas atypique à cause de sa politique (Mamdani 1996 : 31). Cependant les Sud-Africains, en rédigeant cette Constitution, ont été confrontés à certains problèmes que les autres pays africains connaissent depuis longtemps, tels que le statut des chefs traditionnels, le droit foncier et l'intégration du droit coutumier dans une société qui se veut moderne. La réponse en Afrique du Sud a été d'admettre que le pays présente une situation de pluralisme juridique et qu'il faut en tirer les conséquences. Ainsi, a-t-on opté pour la reconnaissance dans la Constitution du rôle des chefs traditionnels, du droit coutumier et de la propriété foncière communale. Une telle reconnaissance n'a pas manqué d'étonner maints observateurs nationaux et internationaux à cause de l'abus fréquent du concept du pluralisme juridique au temps de l'*apartheid*. Les différences culturelles étaient, en fin de compte, les piliers les plus importants du système de ségrégation (Evans 1997). Selon la philosophie de l'*apartheid*, chaque peuple a sa propre destinée, déterminée divinement, et ne peut apporter que sa propre contribution culturelle à la nation ; par conséquent, il vaut mieux séparer les peuples pour qu'ils se développent tous selon leur propre cours (Omer-Cooper 1996 : 7). La suite logique a été la création, par le régime d'alors, des bantoustans (*homelands*), territoires attribués à la population noire dans lesquels les « chefs traditionnels » soigneusement sélectionnés et salariés par l'État central devaient remplir toutes sortes de fonctions administratives et policières et pouvaient gouverner leurs sujets selon un « droit coutumier » déterminé de nouveau, par le même État (Mamdani 1996 ; Van Kessel et Oomen 1997 : 561-585). Ceux qui

s'attendaient à l'abolition des chefs traditionnels administratifs après l'arrivée de la démocratie et qui pensaient que l'Afrique du Sud nouvelle serait uniquement fondée sur le principe de l'égalité se trompaient : les droits collectifs et les distinctions culturelles figuraient dans la première Constitution démocratique de l'Afrique du Sud (Henrard 1999 : 638).

De quelles mesures juridiques parlons-nous ? Commençons par la reconnaissance de onze langues officielles (art. 6 Loi 108/1996) (Alexander 1997 : 1251-1278). Ensuite, l'article 8(2) entend promouvoir l'égalité de tous les groupements par l'adoption des lois et règlements visant à protéger ou à stimuler des personnes ou des catégories qui souffrent d'une discrimination injuste. Dans la pratique, ce traitement préférentiel veut dire que l'on envisage d'intégrer obligatoirement au moins 50 % de Noirs dans l'administration publique et que l'on veut obliger les entrepreneurs privés à embaucher des employés d'origine raciale différente. Dans les articles 30, 31 et 185, les droits des communautés culturelles, religieuses et linguistiques sont protégés. Ainsi, ne peut-on refuser aux personnes appartenant à de telles communautés le droit de vivre selon leur propre culture ou religion et d'utiliser leur langue. Il est seulement limité par les droits fondamentaux, tel que celui à l'égalité (art. 31). L'article 235 va encore plus loin en parlant de la nation d'origine afrikaner, le *Volkstaat* (État de peuple), reconnaissant ainsi le droit à l'autodétermination.

Une forme limitée d'autodétermination est également contenue dans l'article 211 qui reconnaît l'institution, le statut et le rôle de la chefferie traditionnelle, ce qui implique la reconnaissance par le droit étatique du droit coutumier :

- (1) *The institution, status and role of traditional leadership, according to customary law, are recognised, subject to the Constitution.*
- (2) *A traditional authority that observes a system of customary law may function subject to any applicable legislation and customs, which includes amendments to, or repeal of, that legislation or those customs.*
- (3) *The courts must apply customary law where that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that deals specifically with customary law.*

La Constitution prévoit également que la chefferie traditionnelle joue un rôle dans les conseils municipaux et que le gouvernement pourra créer des conseils de chefs traditionnels au niveau national et provincial. Pourquoi le premier gouvernement démocratique de l'Afrique du Sud avait-il décidé de réserver un tel rôle à la culture et à la différence dans sa Constitution ? En nous concentrant sur la chefferie traditionnelle et le droit coutumier, nous pouvons constater que la reconnaissance constitutionnelle de ces institutions a été inspirée en premier lieu par des besoins politiques et pragmatiques. D'abord, l'*African National Congress* (ANC) avait besoin d'une large base politique et populaire. La décision de consacrer constitutionnellement la chefferie traditionnelle avait été facilitée par la création, en 1987, du *Congress of Traditional Leaders of South Africa* (Contralesa) qui proclamait soutenir une Afrique du Sud unitaire, non raciale et démocratique. Puis, la nouvelle Afrique du Sud a été le résultat de longues négociations, entre autres avec l'*Inkatha*, pour qui les droits de groupements locaux – leur masse électorale en KwaZulu – étaient une condition *sine qua non* pour leur participation au processus de démocratisation. Enfin, des solutions alternatives n'existaient pas : la dictature de l'*apartheid* avait empêché le développement de structures participatives à la base. De plus, les rédacteurs de la Constitution connaissaient la renaissance remarquable de la chefferie traditionnelle dans d'autres pays africains (Van Rouveroy Van Nieuwaal

E.A.B. et Zips 1998). Et l'esprit du temps a joué : en effet, partout dans le monde, on peut constater un regain d'intérêt pour le pluralisme culturel. La mondialisation n'a pas abouti à une homogénéité des cultures mais, au contraire, à une nouvelle appréciation des divergences culturelles (Appadurai 1996). En Afrique du Sud, cette tendance a pris la forme d'un appel à la « renaissance africaine » (Mbeki 1998 ; Vale et Maseko 1998 : 271-287) qui, pense-t-on dans certains milieux politiques sud-africains, permettra au pays de se distinguer du reste du monde.

Des différences existent, évidemment, entre cette philosophie – celle du pluralisme culturel et des droits collectifs – et celle de l'apartheid. L'objectif de ce régime était l'inégalité, tandis que la reconnaissance des différences culturelles après 1994 avait pour but l'émancipation de certains groupes pour qu'ils accèdent à l'égalité. En outre, les identités ethniques, au temps de l'apartheid, étaient attribuées par le gouvernement qui décidait à quel groupe et à quel système de lois on appartenait : on ne pouvait choisir son identité. Maintenant les Sud-Africains, peuvent en théorie, librement opter pour « une vie traditionnelle » sous l'autorité d'un chef traditionnel, se marier selon le droit coutumier, etc. Ils peuvent même avoir plusieurs identités (Oomen 1999 : 73-103).

Toutefois, dans quelle mesure la reconnaissance de la culture risque-t-elle de continuer le système inégal du passé ? Dépend-elle avant tout de la concrétisation de principes tels que « la chefferie traditionnelle » et le « droit coutumier » définis de façon assez vague dans la Constitution de la nouvelle Afrique du Sud ? Comment donc ces principes constitutionnels ont-ils été développés par la législation ? C'est ce que nous allons examiner dans les domaines du foncier, de l'administration locale et de la justice.

En matière foncière les chefs traditionnels occupent ici plus ou moins la même position qu'ailleurs en Afrique noire, étant responsables de la (re)distribution des terres en milieu rural. En Afrique du Sud, il s'agit de près de 13 % du territoire situé dans les anciens bantoustans. Les chefs eux-mêmes proposent une forme d'auto-gestion foncière pour les communautés locales qui, par l'intermédiaire des chefs, attribuent les terres à chacun de ses membres selon ses besoins. Ils sont donc en faveur de droits fonciers communautaires administrés par les chefs traditionnels, comme c'est le cas aujourd'hui. Leurs adversaires avancent que ces chefs auront trop l'occasion d'abuser de leur position. Ceux-là plaident pour des droits fonciers communautaires démocratiques. Ainsi, le *Communal Property Associations Act* 28/1996 prévoit que les terres communales seront attribuées par un conseil démocratiquement élu. Les chefs traditionnels ont vivement contesté ce type de réformes et ils ont réussi plusieurs fois à en empêcher l'adoption comme par exemple le *Land Rights Bill* permettant à la population rurale de choisir entre plusieurs options : un droit foncier privé, commun mais sous la tutelle d'un conseil élu, ou bien un droit foncier commun et traditionnel.

Le pouvoir d'attribution foncière est également essentiel pour la relation entre les chefs et les gouvernements locaux récemment élus. En effet, il existe actuellement un recoupement de fonctions entre les autorités traditionnelles qui exercent toujours certaines tâches administratives (*Black Administration Act* 38/1927), et les conseils locaux élus qui sont responsables du développement socio-économique et des services publics dans leur ressort (art. 152 loi 108/1996). Tandis que le *Municipal Structures Act* (Loi 117/1998) prévoit que les chefs traditionnels peuvent faire partie, dans la limite de 10 %, des conseils municipaux élus, les effets exacts de cette loi, qui entrera en vigueur fin 2000 ne sont pas encore observés. Un autre

problème dans le domaine de l'administration locale réside dans le tracé des limites municipales : beaucoup de chefs traditionnels se plaignent qu'ils n'ont pas été consultés sur ce sujet tout en avertissant qu'ils refuseront de reconnaître les frontières municipales ainsi fixées (Xundu 2000 : 1-2).

Dans le domaine de la justice, les changements sont aussi lents et contestés. Les chefs sont toujours les juges coutumiers mais il est prévu que le droit coutumier sera également applicable par les tribunaux de l'État. Bien que le Conseil juridique de l'Afrique du Sud (*South African Law Commission*) recommande dans un rapport de maintenir les tribunaux coutumiers, il n'y a pas encore de législation sur ce sujet (*South African Law Commission* 1999).

Sur le fond, la loi controversée en matière de droit matrimonial, *The Recognition of Customary Marriages Act* 120/1998, est un exemple des difficultés que peut rencontrer un État cherchant à reconnaître la culture dans le cadre démocratique. Cette loi vise à améliorer la position des femmes dans un mariage coutumier. Elle reconnaît celui-ci, polygame ou non, conclu par le paiement de la dot (art. 2/3 Loi 120/1998). En spécifiant également que les femmes mariées sous le régime traditionnel seront désormais les égales de leur mari (art. 6), la loi cherche à rectifier les erreurs du passé – la femme noire mariée selon la coutume était alors considérée comme une personne mineure, et son mari comme son tuteur. Or, cette nouvelle loi reçoit beaucoup de critiques des chefs traditionnels : pour eux, elle est une déformation de leur droit coutumier.

Ces quelques exemples montrent que l'Afrique du Sud – en adoptant une Constitution démocratique qui consacre à la fois l'égalité de ses citoyens devant la loi et la diversité culturelle de la nation – se trouve devant un paradoxe gênant. La large consultation de la population sur l'orientation de la nouvelle Constitution n'a pas pu empêcher que celle-ci risque d'une part, de perpétuer certains traits de l'apartheid dont l'abandon est souhaité par le gouvernement et d'autre part, de transformer une culture qu'il voulait maintenir. Pour le moment ces risques sont théoriques. Comme nous l'avons dit, l'impact social de la nouvelle législation n'est pas certain. Bien qu'il soit extrêmement difficile à prévoir, voici quand même deux exemples qui montrent quelles forces peuvent jouer au niveau local :

– dans le premier exemple, il s'agit d'une femme dont le mari est décédé en 1997⁹. Elle vit dans Ga-Matlala, une région traditionnelle, sous la juridiction d'un chef coutumier. En tant que témoin de Jéhovah, elle refusait d'accomplir certains actes rituels prescrits par la tradition locale, à savoir de répandre certaines herbes autour de la maison après la cérémonie funèbre. Sur ces entrefaites, le conseil des vieux lui interdit de quitter sa maison tant qu'elle n'aura pas accompli son devoir traditionnel. Son fils a porté le cas devant la Commission des droits de l'Homme (*Human Rights Commission*) qui a jugé que la femme avait bien le droit de quitter sa maison. La décision a toutefois été rejetée par la tribu, qui a obligé la femme à rester pendant une année à l'intérieur de sa maison ;

– le deuxième exemple vient d'une autre région traditionnelle, Mamone. Le couronnement d'un nouveau roi a donné lieu à un processus de « retraditionalisation » provoquant un débat animé sur le contenu de la tradition dans la communauté¹⁰. Une des initiatives dans le village était de rédiger une « Constitution de la tribu ». Selon ses initiateurs, une telle « Constitution » devait codifier les lois traditionnelles et les

9. Cet exemple est fondé sur une interview avec P. Tlakula, membre de la *South African Human Rights Commission* (14 janvier 1999) ainsi que sur les articles parus dans les journaux sur ce cas.

10. Cet exemple est fondé sur les recherches de terrain de B. Oomen en 1998-1999, cf. B. OOMEN 2000.

ajuster à la nouvelle Constitution sud-africaine. Les discussions passionnées à ce propos portaient sur la participation éventuelle des femmes aux assemblées du village ou sur l'interdiction des travaux dans les champs du chef en conformité avec l'article 13 de la Constitution sur les travaux forcés.

De tels événements sont représentatifs du processus de transition actuellement en cours en Afrique du Sud. Ils montrent qu'il existe des champs sociaux semi-autonomes au sens défini par Sally Falk Moore, dans lesquels les lois de l'État pénètrent et se discutent pour être acceptées, adaptées ou bien rejetées. Qui veut parler du rôle du droit dans la réforme de l'État doit tenir compte du fait que les lois étatiques reflètent les tensions entre les différentes parties de la société et qu'elles sont donc parfois ambiguës. Et même si elles sont parfaitement claires, les lois peuvent être interprétées différemment par régions.

Jusqu'à maintenant nous n'avons pas encore parlé de l'influence du droit international sur la formation du droit en Afrique du Sud. Pourtant, il joue actuellement un rôle non négligeable dans le domaine des pouvoirs des chefs traditionnels. Ainsi, quelques peuples comme les Griqua, les Nama et les San, qui n'étaient pas reconnus par le régime de l'apartheid, espèrent obtenir leur reconnaissance officielle en invoquant le droit international en la matière¹¹. Ensuite, ils revendiquent le statut juridique de leurs systèmes fonciers et administratifs (y compris de leurs chefferies) et de leur langue. Cette influence du droit international se répand à grande vitesse dans l'Afrique du Sud contemporaine.

Comme le constate également Étienne Le Roy « le choix du pluralisme pour sortir le pays de l'apartheid est à la fois évident et délicat. Il paraît évident que l'antidote à un discours de supériorité d'une race sur toutes les autres est d'affirmer la pluralité des appartenances et la complémentarité des différences. Mais cette démarche révèle aussi des contraintes » (Le Roy 1999 : 376).

* * *

Quel est le rôle du droit dans la réforme de l'État ? « Le Droit, par lui-même, ne peut rien », nous dit E. Le Roy dans son livre qui est une quête permanente d'une organisation juridique des sociétés pluralistes (Le Roy 1999 : 402). Pourtant, en Afrique contemporaine, mais aussi ailleurs, il n'est toujours pas rare de rencontrer des juristes « purs et durs », fermes tenants d'une société ne possédant qu'un seul système juridique régissant le comportement de tous ses membres. Selon eux, il suffit d'adopter des lois bien formulées et structurées pour que la société se développe dans le sens souhaité par le législateur. Ces représentants de la vision interne considèrent le droit comme une institution en dehors de la société. Or, cette étude a montré que l'efficacité régulatrice du droit étatique est limitée puisque chaque société est caractérisée par le pluralisme juridique, conséquence du pluralisme sociologique. L'exemple des réformes des partis politiques intervenues récemment en Afrique a souligné l'importance des forces socio-politiques internes et de la pression internationale. L'étude de cas de l'Afrique du Sud où les autorités ont reconnu constitutionnellement le pluralisme juridique, révèle encore mieux la complexité du processus législatif dans une société multi-ethnique en pleine transformation. Le renforcement des identités locales qui en résulte, a des effets mitigés dans la société. Le droit ne peut donc opérer que des changements modestes et cela

11. Il s'agit notamment de la Convention 169 de l'OTI de 1989 et la Déclaration des droits des peuples indigènes de l'ONU du 23 août 1993. Voir par exemple <<http://www.firstpeoples.org/Southern%20Africa>>

encore à condition de respecter les réalités sociales et en tenant compte de la dynamique interne des multiples champs sociaux au sein de la société. Enfin, le rôle du droit dans la réforme de l'État ne se laisse étudier qu'à force de faire des recherches sur le terrain : il est nécessaire d'établir des contacts personnels à tous les niveaux de l'État et de la société pour collecter des anecdotes significatives, interpréter les discours officiels et cachés et évaluer l'état d'esprit et les intentions des acteurs politiques et sociaux. Et pendant ces recherches nous devons constamment nous rendre compte que « Tout change, même le Droit, même les juristes ! » et que « le changement n'est pas sans risque », parce que « (...) concevoir une civilisation juridique interculturelle (...) risque de produire des clôtures et des censures de l'"autre" au nom d'une démarche de vérité qui nous ramènerait aux localismes les plus bornés et aux formes d'inquisition les plus inacceptables » (Le Roy 1999 : 403).

En guise de conclusion, nous citons le juriste belge Filip Reyntjens, qui à la fin de sa thèse sur le droit constitutionnel au Rwanda exprime son opinion sur le droit dans la réforme de l'État : « Le "pessimisme constitutionnaliste" est le fruit de l'espoir irréaliste que le droit puisse, par une sorte de fétichisme juridique, contrôler le politique ; c'est faux : le droit est au service du politique, et dans une société démocratique il doit l'être » (Reyntjens 1985 : 525).

Gerti Hesselting

ASG, Leiden, Pays-Bas

Barbara Oomen

Institut Van Vollenhoven, Leiden, Pays-Bas

BIBLIOGRAPHIE

- ABBINK J. et HESSELING G., eds 1999, *Election Observation and Democratization in Africa*, London, Macmillan Press.
- ALEXANDER N. 1997, « Language Policy and Planning in the New South Africa », *African Sociological Review*, XXXV (2).
- ALLOTT A. 1980, *The Limits of Law*, London, Butterworths.
- APPADURAI A. 1996, *Modernity at Large : Cultural Dimensions of Globalization*, Minneapolis, University of Minnesota Press.
- BAECHLER J. 1992, « Des institutions démocratiques pour l'Afrique », *Revue juridique et politique*, 2 : 163-181.
- BIAGIOTTI P. 1995, « Discours et conditionnalité démocratique », *Politique africaine*, 60, décembre : 19-33.
- BRATTON M. et VAN DE WALLE N. 1992, « Toward Governance in Africa : Popular Demands and State Responses », in G. Hyden et M. Bratton, 1992, *infra*.
- 1994, « Neopatrimonial Regimes and Political Transitions in Africa », *World Politics*, XLVI (4) : 453-489.
- BROOHN N.K. 1995, « Pouvoir politique, territoires polyethniques et renouveau démocratique en Afrique », *Afrique 2000*, février-mars.
- BUIJTENHUIS R. et RIJNIESE E. 1993, *Democratization in Sub-Saharan Africa. An Overview of the Literature 1989-1992*, Leiden, African Studies Centre (« Research Report » 1993/51).

