

Pluralisme juridique et enjeux de l'édification de l'Etat de droit : l'évolution de la problématique
de l'accès à la justice en Afrique de l'Ouest francophone

RESUME

L'« accès à la justice » est depuis quelques années au cœur des programmes d'intervention de divers organismes, et constitue un sujet de recherche sur le droit et la justice en Afrique de l'ouest. Sans être une préoccupation récente, ce thème a néanmoins connu diverses déclinaisons au fil du temps. Tantôt considérés comme un obstacle, faisant concurrence aux institutions modernes et légales, tantôt comme un atout, en ce qu'ils peuvent soulager le système judiciaire des situations litigieuses que celui-ci ne sait ou ne peut résoudre, les droits et dispositifs dits « coutumiers » constituent, dans le cas de l'Afrique de l'ouest, le lieu où se noue un débat permanent sur l'accès à la justice dans ces pays. L'objectif de cet article est de faire un bilan critique de la littérature sur cette question.

Mots clefs : Accès à la justice ; pluralisme juridique ; Afrique francophone ; assistance judiciaire ; justice de proximité ; mécanisme alternatif de résolution des conflits

Introduction

L'« accès à la justice » est depuis quelques années au cœur des programmes d'intervention de divers organismes, et constitue un sujet de recherche sur le droit et la justice en Afrique de l'ouest. Sans être une préoccupation récente, ce thème a néanmoins connu diverses déclinaisons au fil du temps. Tantôt considérés comme un obstacle, faisant concurrence aux institutions modernes et légales, tantôt comme un atout, en ce qu'ils peuvent soulager le système judiciaire des situations litigieuses que celui-ci ne sait ou ne peut résoudre, les droits et dispositifs dits « coutumiers » constituent, dans le cas de l'Afrique de l'ouest, le lieu où se noue un débat permanent sur l'accès à la justice dans ces pays. L'évolution de cette problématique est néanmoins expressive des enjeux qui ont accompagné et structuré la question du développement, de la construction de l'Etat de droit africain, de la citoyenneté et de la démocratie. En cela, la remise au goût du jour des réflexions sur les modalités alternatives de gestion ou de règlement des conflits sociaux, ainsi que l'évocation récurrente des dispositifs de « justice transitionnelle », qui font appel aux légitimités et instances locales, questionnent sur l'orientation de la recherche sur l'accès à la justice en contextes africains. De fait, l'enjeu théorique, et sans doute aussi pratique, est de pouvoir rendre compte de la complexification de la question de l'accès à la justice en contextes africains, générée par les transformations, parfois accélérées, des sociétés africaines, afin de comprendre l'invention normative qui se dessine. Mais la compréhension de ce processus requiert un questionnement plus serré des transformations actuelles des sociétés africaines, des enjeux qu'elles charrient et des équilibres sociaux qui s'instituent pour définir les repères de la justice. L'objectif de cet article est alors de faire un bilan critique de cette réflexion, d'examiner comment la question de l'accès à la justice en Afrique de l'ouest a été problématisée par les auteurs qui s'y sont intéressés et comment

se constitue des visions concurrentes, opposées ou complémentaires sur la meilleure façon de rendre compte de la question.

I/ L'imbrication des systèmes de justice moderne et coutumier

S'il y a bien une dimension constamment évoquée, comme de façon rituelle dans l'analyse de la justice en Afrique de l'ouest francophone, c'est bien les conséquences des effets d'origine sur le fonctionnement de la justice, et sur la manière dont la question de l'accès à la justice s'est posée dans ces Etats issus de la colonisation française.

I.1 Les effets d'origine

Les effets d'origine sont assurément une dimension importante pour comprendre le fonctionnement actuel des systèmes judiciaires dans les Etats de l'Afrique de l'ouest francophone (Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Bénin, Togo, Sénégal, Mali), ainsi que la manière dont la question de l'accès à la justice s'est posée et a évolué. De fait, ces systèmes judiciaires apparaissent comme les legs coloniaux qui ont été le plus fidèlement reproduits par les Etats nouvellement indépendants, tant dans la conception de la juridicité que dans l'organisation administrative de l'institution judiciaire (Kouassigan G.A. 1974). La justice dite moderne y a gardé un souvenir persistant de ses origines, renforcé sans doute par le style colonial de l'administration directe, propre à la France, à la différence de son homologue britannique, qui a toujours déterminé la formulation de la fonction de l'institution judiciaire dans l'édifice étatique, et de celle préjudicielle de l'accès des citoyens à la justice.

Dès la formation de l'entité administrative coloniale de l'AOF (Afrique Occidentale Française), dont seront issus plus tard les Etats de l'Afrique occidentale, l'entité dominatrice avait imposé à toutes les circonscriptions conquises le modèle d'organisation juridictionnelle de la Métropole

(Laït G. 1995 ; Mangin G. 1997 ; Badji M. 2013). Cependant, au regard des réticences manifestées par les populations locales à se soumettre au droit du colonisateur, l'administration coloniale va accepter que les « affaires internes » aux communautés, dans les matières comme la famille, soient régulées par les mécanismes locaux de justice, tant qu'elles ne menacent pas l'ordre colonial. Ce compromis va « prévoir deux organisations judiciaires distinctes, l'une pour les ressortissants de statut civil français, l'autre pour ceux de statut personnel de droit local » (Mangin G. 1997 :142). Un dualisme juridictionnel va alors s'instituer et donner lieu à la création de tribunaux coutumiers appliquant soit un droit local formé par les règles communautaires des sociétés conquises, soit un droit islamique pour les sociétés dont la culture locale est dominée par l'Islam, mais articulé et contrôlé par le système judiciaire de droit français à travers les voies d'Appel ou de recours.

1.2 La coexistence des ordres de juridicité

Les proclamations d'indépendance, au courant des années 1960, plaçaient alors les anciennes colonies devant le choix d'une réhabilitation des droits coutumiers qui avaient été niés par le colonisateur, ou celui d'une poursuite de la normalisation juridique sous le modèle de l'ex métropole. On aurait légitimement pu penser qu'une réforme du système judiciaire, offrant plus de place à des droits coutumiers codifiés aurait été l'orientation des politiques de justice. Mais, comme le montre Kouassigan, les indépendances ont plutôt vu le « triomphe du droit européen » dans l'organisation de l'Etat postcolonial. Cette réception du droit européen sera sans doute plus visible dans l'élaboration des constitutions des nouveaux Etats, mais elle dessine en fait une « tendance à la substitution progressive du droit français aux droits traditionnels » (Kouassigan, G. 1974 : 103) dans divers secteurs des nouvelles législations. Il faut néanmoins comprendre les raisons de cette option qui peut sembler paradoxale au premier abord. De fait, le maintien de deux ordres juridictionnels se heurtait à l'idée d'une égalité des citoyens disposant désormais des

mêmes droits, et soumis aux mêmes devoirs dans les nouveaux Etats. Mais également, la fonction assignée au droit et au système judiciaire dans les Etats qui viennent de proclamer leurs indépendances est celle de la rationalisation des valeurs et des pratiques dans ces années immédiatement postcoloniales qui sont, pour ces Etats, celles d'une « course pour le développement ». Et dans la mise en œuvre des politiques du développement, l'activité législative engagée vise à créer les conditions d'émergence d'une société moderne. En cela, l'encadrement juridique de la diversité des composantes des Etats Nations se présente comme la condition d'une homogénéisation des valeurs et des pratiques dans le domaine économique, politique, administrative. La fin du dualisme juridictionnel va formellement soumettre tous les citoyens au même droit romano-germanique hérité de la colonisation, et mis en œuvre par une organisation de la justice elle-même inspirée du système judiciaire français.

Mais cette mise en place d'un système juridique et judiciaire dont le fonctionnement reposerait sur l'application du droit romano germanique devra néanmoins être nuancée car l'unification du système judiciaire, sous le seul empire du droit positif, va être débordée par une réalité des conceptions de la justice portées par les populations locales. Il subsistera une forme de persistance d'un dualisme de juridiction, sous les dehors d'un système judiciaire unifié, engendrée par la vivacité des coutumes. En dehors des institutions juridictionnelles officielles, des dispositifs coutumiers de normalisation des pratiques et de régulation des rapports entre les citoyens vont se maintenir surtout dans les zones rurales. Plus ou moins reconnus par l'Etat, diverses autorités locales, coutumières et religieuses constituent encore des recours pour les populations locales pour régler les litiges et différends qui animent leurs existences au quotidien (Saint-Lary M. 2004). Du reste, au niveau institutionnel de l'Etat, la suppression officielle de la juridiction de droit local ne signifiait nullement une extinction des règles coutumières de prise en charge des affaires locales.

En effet, suivant les itinéraires politiques spécifiques des Etats, et selon la plus ou moins grande pression exercée par les autorités coutumières, les règles coutumières vont survivre dans les nouveaux ordonnancements judiciaires avec, la création soit des tribunaux de droit local, soit des justices de paix, articulés au système judiciaire de droit écrit, manifestant la reconnaissance, par ces Etats d'un pluralisme juridique de fait (Sow Sidibé, 1991 ; Yonaba, 1997 ; Ramdan, 2009). L'imbrication de divers ordres normatifs, d'abord au sein du système judiciaire étatique, puis au sein de la société dans une perspective plus large va donc devenir une donnée cruciale du fonctionnement de la justice dans ces Etats.

Toutefois, l'abolition formelle de la dualité de juridiction a signifié pour ces Etats l'entrée massive d'une catégorie sociale majoritaire, relevant antérieurement du droit local, dans l'espace des juridictions dites de droit moderne. En cela, elle soulevait du même coup la question d'une prise en charge, par le système moderne de justice, de l'ensemble des citoyens inscrits dans la dynamique d'homogénéisation. On comprend alors que cette unification du système judiciaire était, en ce sens, grosse de la façon dont les questions d'accès à la justice allaient émerger dans ces pays. A terme, elle soulevait la question de la capacité de ces nouveaux Etats à instituer de façon effective le nouvel ordre social dont ils sont le garant, mais également celle de la place et de la fonction des coutumes qui jouissaient parfois d'une légitimité plus forte que le droit de l'Etat.

II/ La mise en question du système judiciaire postcolonial

La thématization de la justice, comme problème à résoudre, dans les Etats Africains au courant de la période immédiatement postcoloniale, prendra deux directions opposées tant dans leurs conceptions théoriques que dans les solutions qu'elles proposent.

II.1 L'appel à la revalorisation des droits et dispositifs coutumiers

La première orientation sera initiée par une génération de juristes convertis à l'anthropologie juridique qui, au contact des sociétés africaines durant leurs études de droit sont confrontés à la question de la diversité du « droit », ce que Legendre nommait la « Référence majuscule, le discours par lequel une société échafaude ce qui, pour elle, fait loi dans l'humanité » (Legendre P. 1999 : 129). Ils proposent une rupture d'avec le paradigme classique de l'analyse du phénomène juridique, qui érigeait l'expérience occidentale en modèle universel d'interprétation de la juridicité. Pour ces anthropologues, les « droits coutumiers », les « dispositifs traditionnels » de règlement des conflits constituent des objets légitimes pour rendre compte des formes diverses de la juridicité. (Rouland N. 1995 ; Vanderlinden J. 1996 ; Le Roy E. 1996). Ainsi, c'est dans l'argument de « l'extranéité » de la justice héritée de la colonisation que s'initie, pour ces auteurs, la réflexion critique sur la justice postcoloniale. Et le paradigme qui organise cette approche du rapport des Africains à la justice est celui du pluralisme juridique.

Pour ce courant théorique, le décalage entre droit importé et contexte social et culturel d'imposition aurait pour conséquence une quasi inutilité de l'institution judiciaire qui ne parvient pas à répondre aux besoins des populations. Celles-ci marquent donc un désintérêt pour une « justice moderne » qui les ignorent, et trouveraient plutôt leurs comptes dans les divers mécanismes endogènes encore vivaces dans leurs communautés. Le pluralisme juridique apparaît donc comme un « changement de perspective », un « cadre théorique pour expliquer et tenter de remédier à l'échec du système légal et à l'inadaptation des normes officielles pour répondre aux besoins de justice de larges segments de la population » (Younes, 2003 : 40).

L'intérêt indéniable de cette perspective ouverte par le pluralisme juridique pour la réflexion sur les modes de résolution des conflits sociaux en contextes africains ne doit pas occulter les écueils

auxquels la démarche peut être confrontée. Ces écueils sont d'abord d'ordre conceptuel et définitionnel. S'agit-il de « pluralisme juridique » (Alliot, Vanderlinden), d'« approche plurale des cultures juridiques » (Eberhard), de « multijuridisme » (Leroy), ou plus simplement de « pluralisme normatif » ? Telles que le montrent les discussions sur ce que « pluralisme juridique » veut dire, ces concepts, tout en s'opposant collectivement au crédo du « centralisme juridique » et au « monisme du droit étatique », renvoient chacun à une conception spécifique de l'analyse de la juridicité. Ensuite, comme le montrent les pertinentes critiques de Dupret (2003), le paradigme du pluralisme juridique peut présenter des faiblesses sur le plan épistémologique, lorsqu'il s'apparente à une idéologie, incapable d'adopter une démarche descriptive. Ainsi, souligne-t-il, dans la version fonctionnaliste du pluralisme juridique, le droit apparaît comme le « produit (d'une) agence intentionnelle », de sorte que « les institutions du droit ont été créées de manière à réaliser de façon systémique une fonction », sans que les partisans de cette approche puissent en déterminer le créateur. Et dans sa version culturaliste, où prolifèrent les notions de « droit endogène », « droit autochtone », « droit transplanté », « droit officiel » etc., postulant par là une permanence des cultures, le pluralisme juridique se serait montré « lourdement essentialiste ». Au fond, cette réévaluation critique des théories fonctionnaliste et culturaliste du pluralisme juridique est aussi et surtout appelée par l'observation empirique du droit comme « une action, une performance, une réalisation, une pratique » (Dupret, B., 2010), et des formes d'expression concrètes de la diversité culturelle en situation judiciaire (Simon et Truffin, 2016).

Il est remarquable que les griefs formulés par le pluralisme juridique à l'égard du système judiciaire soient moins l'inaccessibilité des institutions, que l'inadaptation d'une justice héritée de la colonisation. Il ne s'agirait pas pour les tenants de cette perspective de rendre accessible la justice dite moderne, mais de revaloriser les institutions coutumières des communautés au sein des Etats,

dès lors que ce sont ces dispositifs qui sont reconnus par les populations locales. On peut donc dire que dans ce moment analytique, la critique du droit de l'Etat, hérité de la colonisation et celui du fonctionnement de l'institution judiciaire vont de pair. L'accès à la justice n'est donc pas ici accès aux services judiciaires, mais plutôt restauration de la justice coutumière supposée être le système légitime de régulation des relations sociales.

Au fond, du fait qu'elle s'inscrit dans un programme plus vaste de fondation d'une discipline, l'anthropologie juridique, la réflexion sur les mécanismes de justice qui conviennent ont été plus orientée vers des débats épistémologiques sur le droit et les caractéristiques des ordres normatifs non occidentaux. Si le pluralisme juridique, impliquant de considérer les droits coutumiers comme des systèmes juridiques, au même titre que le droit positif constitue une avancée épistémologique, sa conversion en politique et pratique juridique, dans des Etats en pleine transformation va se révéler moins assurée. En effet, les tenants d'une revalorisation des droits coutumiers, qui serait plus conforme aux « modes de vie des Africains », ne semblaient pas intégrer à leurs analyses deux grandes dimensions du problème d'une justice fondée sur la réactualisation de ce que Vanderlinden nomme les « droits originels africains ».

La première est l'enjeu de pouvoir qu'à toujours constitué la définition du coutumier comme repère et valeurs bénéficiant d'une reconnaissance collective. À ce sujet, Coquery-Vidrovitch (2007) soulignait que contrairement à l'idée répandue d'une coexistence d'un droit colonial et d'un droit coutumier sous l'ère coloniale, il en existait au moins trois dont un droit ancien retravaillé par les compromis entre pouvoir colonial et chefs locaux. Ce « droit coutumier colonial » était souvent manipulé et interprété selon les intérêts des chefs indigènes (Gueye M. 1997), et pouvait constituer de véritables obstacles aux aspirations des femmes (Coquery-Vidrovitch C. 2007). De ce point de vue, le droit dit coutumier n'échappait pas à un usage intéressé et discriminatoire au sein des

tribunaux censé appliquer la coutume. La seconde dimension est que ce droit coutumier dont les auteurs appelaient la revalorisation de leurs vœux n'opérait qu'à la marge des systèmes étatiques. Certes, la majorité des populations relevait de cette marge, mais celle-ci était prise dans le tourbillon d'une recomposition des structures sociales, même si elle se l'appropriait de façon active.

II.2 La critique des dysfonctionnements de l'institution judiciaire

Parallèlement aux questionnements du droit et de la justice postcoloniaux adossés au paradigme du pluralisme juridique, la formulation d'une seconde orientation théorique sur les problèmes de la justice en Afrique va se profiler dans le prolongement du bilan des processus du « développement », frénétiquement engagés au début des années 1960, et qui concluent à la « faillite de l'Etat », en Afrique. Ainsi, en 1990, la revue *Afrique Contemporaine*, dans un numéro spécial, fait le bilan de trente ans de justice postcoloniale, qui était chargée de réaliser l'Etat de droit. L'angle de questionnement se déplace ainsi de l'anthropologie vers la science politique et la science juridique, pour un bilan fonctionnel et organisationnel de la justice postcoloniale qui traduit une perspective moderniste où la justice doit réaliser les attentes de l'Etat de droit. Les études proposées peuvent être regroupées suivant trois principaux centres d'intérêt : ce sont le fonctionnement de l'institution judiciaire, ses rapports avec le pouvoir politique et la relation entre la justice des juridictions et la justice coutumière.

L'analyse du statut de la justice et du fonctionnement des appareils judiciaires (Du Bois de Gaudusson 1990 ; Conac 1990), laisse apparaître les lentes et difficiles transformations d'institutions qui peinent à trouver leur place dans l'Etat en construction. Incomprise de la population et tenue en laisse par le politique qui ne lui fournit pas les moyens nécessaires à l'exercice efficace de sa fonction, la justice postcoloniale se montre alors incapable d'inventer une

voie nouvelle en dehors de la dynamique impulsée par l'ordre colonial. Cette voie nouvelle peut par contre être impulsée par des politiques volontaristes, instauratrices d'une justice populaire comme dans l'exemple du Burkina Faso révolutionnaire dont Meyer (1990) propose l'analyse, même si l'auteur reste dubitatif sur la cohérence et l'efficacité fonctionnelle des réformes engagées. Et c'est aussi ce rapport entre le politique et le juridique que les auteurs auraient pu approfondir, pensons nous, au-delà de la dénonciation d'une domination exercée par les autorités politiques sur le judiciaire, ou de l'accaparement de la fonction judiciaire, dans certains cas par les régimes autoritaires. En effet, par-delà la légitime mise en question du principe de séparation des pouvoirs ou des fonctions qui assure l'Etat de droit, l'un des lieux possibles du questionnement de ce rapport aurait pu être les conditions d'une implication populaire dans la définition des priorités et des orientations d'une justice qui convienne. En effet, on peut avancer que c'est tout le problème des contrôles croisés des institutions que soulève les questions d'indépendance de la magistrature, lorsqu'on se réfère aux études sur la « corruption » au sein de la justice, à l'exemple de l'étude Tidjani Alou (2001) sur le Niger. De fait, à n'envisager que les dysfonctionnements nés de l'immixtion du politique dans le judiciaire, on oublie de poser la question des moyens par lesquels on peut s'assurer que les personnels judiciaires respectent leur déontologie, dans des contextes sociaux et culturels où justement la majorité des justiciables est ignorante de ses droits et des obligations du juge. Quant aux études sur le personnel judiciaire, principalement les magistrats, on peut regretter qu'elles soient restées essentiellement descriptives des profils et trajectoires de formation. En effet, dans le cadre du questionnement des difficultés de communication entre les professionnels de la justice moderne et les populations, on aurait apprécié une mise en perspective des cultures et compétences juridiques indispensables à ces acteurs évoluant dans l'environnement particulier des Etats postcoloniaux, et qui ne se limitera pas à la reproduction des curricula adaptés

au contexte occidental. Enfin l'examen de l'incontournable problème des conséquences de l'imbrication des ordres de juridicités, sous la perspective des rapports entre tradition et modernité nous semble manquer l'essentiel du problème réel et difficile de la construction d'une justice qui s'inspire des impératifs de modernité tout en tenant compte des réalités de la société dans laquelle le juge officie. Il est significatif, en ce sens, que l'article de Kamto qui aborde le rapport d'une, « justice entre tradition et modernité », après avoir montré la différence des cultures juridiques qui s'imbriquent dans les Etats africains, et les malentendus qui en découlent, soit résolu à la proposition d'« appliquer avec souplesse, mais non pas l'écarter, le principe combien critiquable mais pourtant précieux suivant lequel : 'nul n'est censé ignorer la loi' » (Kamto, 1990 : 64). L'inconfort perceptible dans cette posture moderniste traduit bien toute la difficulté d'une application d'un droit supposé connu mais qui, dans les faits, est méconnu par la grande majorité des populations des Etats concernés. Enfin, il est étonnant que les auteurs, sur cette question n'aient pas posé la question d'une socialisation des populations au droit, non pas dans la perspective d'une soumission à un « droit importé » dont on déplore l'ignorance, mais dans celle, plus inventive d'une co-production et d'un apprentissage collectif d'une normativité imposée par l'histoire et les caractéristiques des Etats postcoloniaux. Et de fait, ce que les perspectives de la revalorisation des droits coutumiers et les théories modernistes ont en commun d'ignorer est bien la difficile question des conditions d'intégration d'une pluralité de communautés au sein des Etats postcoloniaux (Fofana H. 2017).

III/ L'intégration des populations des marges sociales : fondement et stratégie d'une justice de proximité

Tant que le cours ordinaire du déroulement de la vie de l'Etat maintenait la majorité de la population, essentiellement rurale, hors de la sphère d'influence directe de l'administration

étatique, et du système judiciaire moderne, la question des dysfonctionnements de la justice va se limiter au débat sur le respect des constitutions, l'indépendance des juges ou, à la rigueur, le manque de moyens humains et matériels dans les juridictions. Mais la poursuite de la réalisation du modèle du développement, inspiré de l'image de l'ancienne métropole, va progressivement redéfinir les préoccupations qui s'enrichissent d'une nouvelle thématique, à la suite de l'irruption, sur la scène judiciaire, d'une catégorie sociale naguère absente.

III.1 Réformes législatives et participations populaires à la modernité

Au début des années 2000, les Organismes internationaux vont être les incitateurs d'un renouvellement de la réflexion sur l'accès à la justice en Afrique, en tirant l'alarme sur les conditions des catégories sociales indigentes face à la justice de leurs pays. L'idée d'une réforme des textes et des codes, plus adaptés aux besoins des populations va naturellement paraître comme l'une des solutions pour intégrer à la modernité une frange de plus en plus importante de la population. L'accès à la justice est alors pensé à travers les possibilités offertes par les textes et la législation aux catégories sociales dominées ou vulnérables. D'où un appel à la relecture des codes et au toilettage des textes.

Toutefois, la politique d'une adaptation de la législation soulève d'emblée la question centrale du mode de production du droit. En effet, pour que cette législation atteigne ses objectifs, encore faut-il que les principaux destinataires en soient les producteurs. Or, selon Darbon, l'analyse de l'échec des entreprises législatives au début des indépendances met en exergue des « logiques d'extraversion liées au transfert de l'innovation institutionnelle étatique des métropoles aux anciennes colonies que de véritables dynamiques de création endogène de droits nationaux » (Darbon D. 1997 : 105). Comment les populations peuvent-elles participer au processus du développement lorsqu'elles sont tenues à l'écart de la vie de l'Etat ? Comment s'étonner alors que

celles-ci soient attachées aux règles et mécanismes qui leur semble traduire plus efficacement leurs conceptions de l'ordre social ? Mais sur ces questions, les contributeurs à ce volume ne semblent pas partager le même optimisme. Tandis que Kamto (1997) évalue positivement le résultat des conférences nationales souveraines, les considérant comme des « moments révolutionnaires », au sens de Rosanvalon, instituteurs d'un nouvel ordre constitutionnel, Vanderlinden (1997) affiche un optimisme modéré, leur conférant une valeur plus sociologique que juridique. C'est donc dire toute la relativité de l'intégration juridique des populations par des réformes supposées mettre le droit à leur portée. Néanmoins, ces réformes vont avoir une application substantielle dans le domaine du foncier rural. En effet, du côté des populations rurales, le renouvellement de l'approche de la justice voit se mettre en place des stratégies d'enrôlement juridique et judiciaire des populations pauvres, consistant à entreprendre des réformes législatives, destinés à une « sécurisation juridique » des droits fonciers traditionnels (Colin J-P et alii, 2009). Conduite à travers diverses visions, parfois concurrentes, la reconnaissance et la sécurisation des droits coutumiers sur le foncier rural sont supposées organiser l'accès à des biens devenus l'objet d'un accaparement et d'une marchandisation au détriment des populations rurales. Cependant, cette politique d'enregistrement des droits va jouer une double fonction : l'intégration des populations rurales à l'économie marchande car disposant désormais de biens qui peuvent être mis en valeur, et la soustraction de la terre aux multiples conflits qui traversent le monde rural, en soumettant les litiges fonciers à l'empire du droit de l'Etat. Poussant plus loin le questionnement sur la fonction des textes et des lois dans la capacitation des acteurs, certains auteurs appellent à une complexification de la perspective qui considère le droit et l'institution judiciaire non plus comme des réalités exogènes en contextes africains, mais comme des dispositifs activement appropriés et traversés par des logiques endogènes concurrentes. Ils portent l'analyse non pas sur une

performance intrinsèque à la norme, mais sur les usages multiples et détournés que les acteurs peuvent en faire. Ainsi, N'Diagne (2015) invite à prêter plutôt attention à la « norme pratique », celle qui émerge au cours des usages que les acteurs font des textes en situation, dans des stratégies d'ajustement à leurs intérêts.

III.2 L'assistance juridique et judiciaire aux populations indigentes

Longtemps à dominante rural, les Etats postcoloniaux vont connaître, au milieu des années 1970, une dynamique d'urbanisation vertigineuse. Dans les années 1980, rapporte Pérouse de Montclos, citant Gapyisi, « le taux de croissance urbaine, qui frôle les 10% dans bien des capitales, est de 5,2% contre 2,8% à l'échelle mondiale » (2002 :110). La concentration des opportunités de travail dans les villes va alors drainer vers celles-ci une population rurale à la recherche de l'emploi, engendrant une urbanisation accélérée et peu maîtrisée. Outre la question lancinante de l'aménagement des villes africaines, l'effondrement, au tournant des années 1980, de la structure de l'économie de rente instaurée par la colonisation (arachide, cacao, café, or, etc) va alors engendrer une pauvreté urbaine, et mettre la question de la gestion urbaine au cœur des préoccupations des dirigeants. A l'intérieur donc des Etats, le résultat de la crise du développement sera une désarticulation des sociétés, la formation, selon Badie, de « désordres intérieurs », « lieux d'exclusion » en l'occurrence le « monde rural » et le « monde suburbain » (Badie B. 1992 : 249). Ces lieux d'exclusion que Badie appelle, à tort pensons-nous, des « espaces sociaux vides », se forment dans le cours de la crise issue du procès de développement, car l'insuffisance des infrastructures d'accueil dans les villes va entraîner le rejet, dans leurs marges d'une catégorie sociale composée à la fois d'une frange de la population urbaine et d'un groupe social issu de l'exode rural. Le caractère commun à ces franges sociales est de constituer désormais une menace contre l'ordre des centres urbain et la quiétude de ses habitants. En effet, comparativement au

cœur de la ville, les marges apparaissent comme des lieux de non droit, où règnerait une violence exacerbée par la pauvreté.

De fait, la réponse institutionnelle à l'expansion de la délinquance urbaine sera des efforts de contrôle et de surveillance de ces populations marquée par le chômage et la pauvreté, avec le déploiement des institutions de répression que sont les forces de l'ordre. Cette stratégie voit alors une augmentation continue de la population carcérale dans les divers Etats, exprimant également l'incapacité grandissante du système judiciaire à pacifier l'ordre public. Les prisons vont devenir un moyen de soustraction expéditives des catégories sociales jugées dangereuses hors de la société. La surpopulation des prisons va ainsi déclencher l'inquiétude puis l'alerte des organismes de défense des droits humains, et susciter des réflexions sur les alternatives possibles à l'incarcération, et surtout sur l'accès de ces populations à une justice équitable et soucieuse des droits humains. Si l'intégration et le contrôle des populations « dangereuses » sont au fondement de ce qui sera une réflexion sur la mise en œuvre d'une justice de proximité dans les quartiers et divers segments de la ville, cette réflexion rencontrant par ailleurs le discours des droits humains sera alors au cœur de divers programmes et projets de promotion d'une justice de plus proche des populations.

Dès 1995 pourtant le problème des conséquences de la croissance urbaine fulgurante est soulevé par un groupe de chercheurs, à travers des enquêtes sur différents terrains africains dans le cadre de la conduite d'un programme de gestion urbaine (Badiane et alii, 1995). Pour ces auteurs, la pauvreté urbaine prive les populations marginalisées de l'accès à la justice et au droit, en raison de leur éloignement physique, du coût des actions en justice et de la peur qu'inspirent les agents qui incarnent la justice. Leur condition de vie les contraint donc à se rabattre sur divers mécanismes informels et clandestins de justice. Ces chercheurs indiquaient alors la nécessité d'invention de nouvelles formes de pacification et de régulation des villes, fondées sur une plus grande proximité

avec les populations urbaines indigentes. Dans la suite de cette perspective sur la situation des population indigente face à la justice de leurs pays, se tenait en novembre 2004 au Malawi une conférence portant sur « l'assistance judiciaire dans le système pénal en Afrique : le rôle des avocats, non-avocats et autres acteurs de l'aide juridique ». Elle est initiée par l'ONG Penal Reform International regroupant une vingtaine de pays africains autour de préoccupations relatives au rapport des pauvres aux institutions judiciaires en Afrique. Puis en 2009, ce sera au tour de l'OIF (Organisation International de la Francophonie) de convier à Lomé au Togo les experts du monde africains francophone à un atelier de réflexion sur « les spécificités et enjeux de la réforme des secteurs de sécurité et de justice en Afrique francophone ». Ces réflexions initiées sous la houlette des organismes internationaux de promotion des droits humains dévoilent un autre volet des stratégies d'intégration juridique et judiciaire des populations.

Pour la plupart des auteurs, la conceptualisation de cette « justice de proximité » va reposer sur le constat de trois principales formes de distance des populations indigentes avec l'institution judiciaire. Degni Segui (1995) fonde son analyse sur des obstacles liés au texte et au contexte. Le premier renverrait à un éloignement physique et psychologique de la justice, la lenteur des procédures, et un coût financier de la justice hors de portée des populations, tandis que le second se rapporterait au système politique marqué par l'autoritarisme, à l'ineffectivité institutionnelle et à la méconnaissance par les populations du droit. Faisant l'analyse du cas spécifique du Sénégal, Samb, M., (2014) évoque des causes similaires dont : l'inégale couverture géographique des juridictions, des « barrières financières » et des « barrières juridiques ». Quant à la revue *Afrique contemporaine*, la réflexion qu'elle propose sur la question en 2014, soit dix ans après son premier bilan de la justice postcoloniale marque, en ce sens, le même infléchissement des préoccupations vers les relations des populations à l'institution judiciaire. Pour les auteurs de ce numéro, les

nouveaux défis de la justice portent désormais sur les interrogations suivantes : « Comment rendre la justice accessible aux citoyens et lui conférer plus de légitimité ? Comment concilier la justice étatique et les mécanismes traditionnels et informels de résolution des conflits ? Comment concilier les mécanismes de la médiation sociale avec le ‘droit officiel’ et, par exemple, le droit pénal ? Comment articuler les niveaux et sites de justice ? (De Gaudusson, 2014).

Certes, la critique des dysfonctionnements de la justice et de l’incapacité de l’institution à répondre aux attentes des populations demeurent le cœur des interrogations. Mais le glissement qui s’opère chez les auteurs voit l’attention se porter sur les conditions d’un rapprochement de la justice des justiciables, et sur les mécanismes susceptibles de réduire les distances multiformes entre l’appareil judiciaire et les personnes qui le sollicitent (Fofana H. 2018). Jusque-là envisagé comme revalorisation des systèmes juridiques et judiciaires communautaires, l’accès à la justice, est progressivement reconceptualisé comme participation des populations au système moderne de justice, par la réduction de distance physique, psychologique et financière. Ce recentrage de la réflexion se réalise sous une instigation des Organisations internationales et Humanitaires, encourageant les Etats à réaliser des réformes de la justice, afin d’améliorer le service public de la justice et rendre l’institution accessible aux citoyens ordinaires. Cette participation est vue comme capacité d’accéder au droit. Elle implique alors des réformes législatives permettant aux catégories sociales indigentes un plein exercice de leurs droits qui se trouveraient alors protégés et garantis. Toutefois, si les réformes législatives et l’élaboration de textes de loi plus favorable aux catégories sociales indigentes ou dominée peuvent constituer une avancée, elles sont loin d’épuiser la question de l’effectivité de l’accès à la justice.

Pour Golub (2007), il n’est pas suffisant d’avoir de bons textes ou de bonnes lois pour assurer l’accès des plus pauvres à la justice. Encore faut-il que ceux-ci puissent exploiter le potentiel de

pouvoir d'agir que représentent ces textes. Il souligne ainsi que « sans l'assistance judiciaire, les pauvres n'entrent même pas dans un palais de justice ou tout autre établissement judiciaire ». Aussi, soutient-il les réformes des codes et lois resteront peu efficaces aussi longtemps que ce processus n'est pas accompagné d'une assistance judiciaire et d'un renforcement des capacités juridiques des bénéficiaires. Dans le même ordre, N'Diagne montre très bien comment, dans le cas du Sénégal, le nouveau Code de la famille supposé favorable aux femmes est facilement mis à distance par les acteurs, et l'Etat rendu incapable de le faire respecter. Pourtant, relève-t-elle ces mêmes dispositions sont mobilisées par les femmes par le biais des maisons de justice, dispositifs de la justice de proximité mis en place à partir de 2004 par l'Etat sénégalais.

III.3 Justice transitionnelle et mécanismes alternatifs de gestion des conflits justice

Les mécanismes alternatifs de résolution des conflits apparaissent sans doute aujourd'hui en Afrique de l'ouest, comme le phénomène qui campe le mieux la question de l'accès à la justice. Ils sont souvent décrits comme des formes exemplaires de recours au potentiel culturel des groupes communautaires. Même si la définition de ces mécanismes, aisée au premier abord, se révèle moins assurée, on peut les envisager comme des procédures, largement répandues dans les sociétés africaines qui renvoient aussi bien à ce qui a été initialement nommé « droit local », « droit endogène », ou « droits coutumiers » qu'à des formes nouvelles mais non institutionnelles de régulation des différends qui surgissent au sein de la communauté.

Bagayoko et Koné (2007) évoquent, à ce sujet, l'importance que fut ces mécanismes dans le règlement de certains conflits au cours de la période de guerre civile en Côte d'Ivoire, et qui sont, de ce fait, remarquables par leur prégnance et leur persistance dans la vie quotidienne des Ivoiriens (Assi Assepo 2000). Chez les auteurs qui s'en font les militants, l'intérêt des mécanismes alternatifs de gestion des conflits, surgit de la conjonction de deux limites de la justice et du droit

appliqués dans les juridictions modernes. La première, déjà évoquée, est celle portée par les critiques du « droit et de la justice importés », inadaptés aux besoins de justice des Africains. La seconde limite, conjoncturelle, est celle qui va découler des situations de guerre civile et de conflits politiques qui ont traversés et continuent de sévir dans plusieurs pays africains. Dans ces contextes, la résolution des conflits fut confrontée à l'inefficacité de fait des institutions judiciaires classiques à trancher les litiges. Celle étaient mises hors jeu soit par l'inexistence matérielle des institutions dans des pays détruits par la guerre, soit par l'incapacité des acteurs qui les animent à faire la preuve de leur neutralité et de leur indépendance vis-à-vis des parties. La pacification a alors dû emprunter des voies originales dont les Gatchacha du Rwanda ne sont que les modèles médiatisés. Les sorties de crise, dans ces situations extrêmes ont dû donc s'appuyer sur ce qui a été appelé une « justice transitionnelle », chargée de prendre le relai d'une justice classique qui aurait montré ses limites. Ces mécanismes tireraient ainsi leur légitimité de l'impuissance ou l'essoufflement des institutions modernes, débordées de part en part dans des conflictualités multiformes d'une Afrique secouée par des crises politiques aiguës et meurtrières (Hassane 2010). Au regard des résultats divers enregistrés, certains analystes proposent que ces mécanismes servent de ferment à la construction d'une justice moderne, s'inspirant des valeurs des traditions ancestrales africaines (Raynal, 1994). Pour Le Roy, ces modes d'accès à la justice constituent des « expériences (qui) se situent dans le sillage du droit traditionnel mais font émerger une nouvelle société et une culture juridique originale » (1990 : 113).

Au fond, même si ces mécanismes sont assurément importants dans l'accès à la justice en Afrique, il nous semble que l'on met peut-être trop l'accent sur la dimension des coutumes et traditions de pardon et de conciliation qui les organiserait, dans l'idée de valeurs africaines constantes. Il nous semble que l'on ne prête pas assez attention à ce qui s'invente dans le cours de ces pratiques de

justice alternative où des formes nouvelles que sont les associations et diverses formes de regroupement tiennent une place importante. L'étude que propose N'Diaye (2011) du combat de l'association des juristes sénégalaises pour la cause des femmes invite à observer cette dynamique dans divers contextes africains, où les associations de droits humains ou des regroupements professionnels ou d'entre-aide de quartier servent d'intermédiaires, de facilitateurs ou de médiateurs dans des situations conflictuelles ou devant les juridictions. Si ces mécanismes alternatifs sont importants et utiles pour comprendre les modalités nouvelles d'accès à la justice, leurs sources n'est pas nécessairement dans la tradition ou les coutumes, mais dans l'invention, par les citoyens, de nouvelles normativités qui régulent le vivre ensemble.

Conclusion

Le droit et l'institution judiciaire ne sont plus tant des réalités exogènes en contextes africains, qu'un dispositif activement approprié et traversé par des logiques endogènes concurrentes. Et l'un des risques, comme le relève assez justement N'Diaye (2015) est « d'idéaliser la norme dite traditionnelle sans intégrer une discussion sur l'articulation entre pluralisme normatif et respect des droits fondamentaux ». Certes, une erreur symétrique consisterait à ignorer la performativité de l'invocation de « droits traditionnels », de « dispositifs coutumiers » qui, de fait, sont quotidiennement sollicités dans des processus de résolution des litiges et conflits sociaux en contextes africains. Mais à l'instar des catégories « d'ethnies », de « communautés », de « coutumes », on peut tenir avec Ouédraogo que « le problème (...) est celui du glissement historique des ordres sociaux seuls capables d'expliquer le rôle fonctionnel de ces catégories abstraites et les rapports d'identité qu'elles peuvent entretenir avec les faits » (Ouédraogo, JB., 1997 :17). Aussi bien les revendications de « normes traditionnelles », de « droits coutumiers » que celles qui ont pour référence le « code », les « textes de loi », doivent donc être replacées dans

les nouvelles configurations sociales qui définissent leurs « cotes », au sens économique, et leur efficace sociale. Tout en capitalisant donc les acquis de la longue tradition critique du « droit importé », la réflexion doit intégrer des processus divers de mobilisation et d'investissement des ressources juridiques en contextes africains. Le problème est donc de comprendre, et pour cela de décrire comment les ressources juridiques, tant institutionnelles que celles relevant des ordres de juridicité locale ou endogène, peuvent être investies par des catégories sociales supposées éloignées de la culture juridique officielle, dans des situations diverses pour accéder à la justice.

Références citées

- Alliot M. 2000. Récit de quelques passages (1940-1963) in *Un passeur entre les mondes. Le livre des Anthropologues du Droit disciples et amis du Recteur Michel Alliot*. Paris, Publications de la Sorbonne
- Alou Tidjani M. 2001. La justice au plus offrant. Les infortunes du système judiciaire en Afrique de l'Ouest (autour du cas du Niger). *Politique Africaine*, Vol. 3, N°83, pp. 59-78
- Assi Assepo E. 2000. Les modes extrajudiciaires de règlement des litiges en Côte d'Ivoire. revue *Verfassung und Recht in Übersee/Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, Vol. 33, No 3, pp. 304-332.
- Badiane A. et alii. 1995. *Pauvreté urbaine et accès à la justice en Afrique. Impasses et alternatives*, Paris, L'Harmattan
- Badie B. 1992. *L'Etat importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris, Fayard
- Badji M. 2013. Dire le droit en AOF aux 19^{ème} et 20^{ème} siècles : entre idéal de justice et stratégie coloniale. Revue *Droit sénégalais*, no 11, pp. 11-49
- Brunet-La Ruche B. et L., Manière 2014. De l'« exception » et du « droit commun » en situation coloniale : l'impossible transition du code de l'indigénat vers la justice indigène en AOF. in Piret B. et alii (dir), *Droit et justice en Afrique coloniale. Traditions, production et réformes*, Université Saint Louis, Bruxelles, Travaux et recherches pp. 117-141
- Colin J-P., Le Meur P-Y. et Leonard E. (ed) 2009. *Les politiques d'enregistrement des droits fonciers. Du cadre légal aux pratiques locales*, Paris, Karthala.
- Coquery-Vidrovitch C. 2007. « Genre et justice. Les recherches avancées en langue anglaise », in *Cahiers d'étude africaines*, N°187-188, pp 481-494.
- Darbon, D. 1997. 'Un royaume divisé contre lui-même'. La régulation défailante de la production du droit dans les Etats d'Afrique noire. in Darbon, D., et J. du B. De Gaudusson, *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, pp. 103-129
- De Gaudusson J. Du B. 2014. Introduction thématique. *Afrique contemporaine*, La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs, pp. 13-28
- Degni-Segui R. 1995. L'accès à la justice et ses obstacles. *Quartal*, Vol. 28, N°4
- Dupret B. 2010. Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique. *Droit et société*, Vol 2 n° 75, pp. 315-335
- Eberhard C. 2012. L'impact méthodologique de l'analyse plurale dans l'étude anthropologique des cultures juridiques. in OTIS G (dir) *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, pp. 53-92

- Fofana H. 2017. Pluralisme juridique et intégration étatique au Burkina Faso. *Annales de l'Université de Ouagadougou*, Série A, Vol 23, pp. 313-343
- Fofana H. 2018. Rapprocher la justice des justiciables. Une ethnographie de la distance judiciaire au Burkina Faso. revue *Droit et Société*, pp. 393-410
- Gueye M. 1997. Justice indigène et assimilation. in Becker C , Mbaye S, Thioub I (Dir.), *AOF : réalités et héritages. Sociétés ouest-africaines et ordre colonial, 1885-1960*, Dakar, Direction des archives du Sénégal, pp. 153-169
- Hassane B. 2010. « Autorités coutumières et régulation des conflits en Afrique de l'Ouest francophone : entre l'informel et le formel », in *La réforme des systèmes de sécurité et de justice en Afrique francophone*, Paris, Organisation International de la Francophonie pp. 168-186
- Kamto, M. 1990. Une justice entre tradition et modernité ». *Afrique contemporaine*, n° 156, pp. 57-64
- Kouassigan GA. 1974. *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pedone.
- Laüt G. 1995. La justice de paix à compétence étendue pierre angulaire du système judiciaire. in Massa Gabriel et Y. Georges Madiéga (dir.), *La Haute-Volta coloniale*, Paris, Karthala, pp. 129-140
- Le Roy E. 1990. Le justiciable africain et la redécouverte d'une voie négociée de règlement des conflits. *Afrique contemporaine*, n° 156 pp. 111-120
- Le Roy E. 1996. Pourquoi, en Afrique, 'le droit' refuse-t-il toujours le pluralisme que le communautarisme induit ? *Anthropologie et Société*, Vol. 40, N°2, pp. 25-42
- Legendre P. 1999. Ce que nous appelons le droit », in Legendre P. *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, pp. 123-152
- Mangin G. 1997. Les institutions judiciaires de l'AOF. in Becker C , Mbaye S, Thioub I (Dir.), *AOF : réalités et héritages. Sociétés ouest-africaines et ordre colonial, 1885-1960*, Dakar, Direction des archives du Sénégal, pp. 139-152
- Meyer P. 1990. Burkina Faso, une nouvelle forme de justice à l'essai. *Afrique contemporaine*, n° 156, pp. 51-56
- N'Diaye M. 2015. Interpréter le non-respect du droit de la famille au Sénégal. La légitimité et les capacités de l'Etat en question. *Droit et société*, Vol. 3, N° 91, pp. 607-622
- Organisation International de la Francophonie, 2010. *La réforme des systèmes de sécurité et de justice en Afrique francophone*, Paris, OIF
- Pérouse de Montclos, M-A. 2002 *Villes et violence en Afrique noire*, Paris, Karthala

- Ramdam H. 2009. *Le fonctionnement de la justice dans les pays en voie de développement. Le cas de la Mauritanie*, Paris, L'Harmattan
- Raynal M. 1994. *Justice traditionnelle. Justice moderne. Le devin, le juge et le sorcier*, Paris, L'Harmattan
- Rouland N. 1991 *Aux confins du droit*, Paris, éditions Odile Jacob.
- Rouland N. 1995. *Anthropologie juridique*, Paris, 2è ed, PUF.
- Saint-Lary M. 2004. Des juges dans l'antre du logis. Pouvoirs judiciaire et religieux dans une chefferie tooroobe du Yatenga (Burkina Faso). *Etudes rurales*, 2004, N 169-170, pp. 179-195
- Samb M. 2014. L'accès des justiciables à la justice au Sénégal. Vers une justice de proximité ? *Afrique contemporaine*, Vol. 2, n° 250, p. 82-83.
- Simon, C. & Truffin B. 2016. La diversité culturelle en procès : l'expérience de la justice belge par les familles à composante migratoire, quels enjeux pour le pluralisme juridique ? *Anthropologie et Sociétés*, 40 (2), 107–129.
- Sow sidibe A. 1991. *Le pluralisme juridique en Afrique*, Paris, LGDJ
- Stapleton A. 2007. Introduction et panorama de l'assistance judiciaire en Afrique », in *L'accès à la justice en Afrique et au-delà. Pour que l'Etat de droit devienne une réalité*, Penal Reform International et Blum Legal Clinic de la faculté de droit de Northwestern University
- Vanderlinden J. 1996. *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz.
- Vanderlinden J. 1997. A propos de la création du droit en Afrique. Regard d'un absent. in Darbon D. et Du De Gaudusson J. *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, pp. 11-40
- Yonaba S. 1997. Indépendance de la justice et droits de l'homme. Le cas du Burkina Faso. Leiden University, Ploom
- Younes C. 2003. Le pluralisme juridique : penser l'homme pour penser le droit. *Les pluralismes juridiques, Cahiers d'anthropologie du droit*, Paris, Karthala, pp. 35-50