

Vers un nouveau droit africain au-delà du clivage traditionnel entre Common Law et Droit Civil ?¹

Abstract proposé par Anne Sado-Vandeville, membre du conseil scientifique
du programme n°3 d'AIDOP, ancien membre du Barreau de Paris

Mots-clé : Afrique, droit continental, Common Law, OHADA

Résumé : *L'importation des systèmes juridiques occidentaux a marqué d'une empreinte spécifique le système juridique de chaque Etat africain. Depuis, les pays africains se sont engagés dans leur propre développement juridique impliquant la réévaluation du droit coutumier, le développement de leur propre jurisprudence et l'application d'autres législations non européennes. Le rôle joué par le droit coutumier et l'influence du droit islamique laissent place à un système hybride et moderne de droit africain qu'on ne peut trouver nulle part dans ce monde. En raison de ses particularismes, le droit africain devrait aujourd'hui permettre d'aller au-delà du clivage Common Law/droit continental. Le succès de cette révolution juridique en Afrique passe inévitablement par la reconnaissance du pluralisme juridique africain.*

Pendant longtemps, les agents économiques ont été réticents à investir dans les pays africains du fait de l'insécurité juridique et judiciaire qui y régnait. Cette insécurité juridique provient de l'ancienneté des droits en vigueur, de l'inadaptation des textes aux besoins de l'économie moderne et de l'extrême retard, voire de l'absence de publication des règles juridiques. L'insécurité judiciaire vient principalement de la lenteur, de l'imprédictibilité des tribunaux, de la corruption au sein du système judiciaire et de la difficulté d'application des décisions.

L'investissement en Afrique fut longtemps limité du fait de l'insécurité juridique et judiciaire. En raison de cette limitation des investissements, la nécessité de reconstruire un système judiciaire dans le domaine du droit des affaires est un moyen de redonner confiance aux opérateurs économiques vis-à-vis des pays africains. A cet égard, l'idée de l'unification du droit africain a été considérée comme la seule solution pour éliminer les obstacles au développement résultant de la différence judiciaire entre les Etats africains.²

¹ Abstract de l'article de Salvatore Mancuso, Professeur de droit comparé et de droit des affaires internationales à l'Université de Macao, Professeur honoraire de droit africain, Centre for African Laws and Societies, Université de Xiangtan ; Chercheur associé, CEFC, Hong Kong, Avocat au Barreau de Milan (Publié pour le Congrès IDEF de Lomé en 2008). Pour consulter l'article intégral : <http://www.institut-idef.org/Le-nouveau-droit-africain-au-dela.html#nb62>.

² Pendant longtemps le problème de la diversité des droits a été un obstacle important au développement économique africain et n'a pas été pris en compte par les Etats africains. Au début des Indépendances, la question de l'harmonisation des droits en Afrique a été soulevée : le Professeur Anthony N. Allott a souligné que "the move towards

Harmoniser le Droit des Affaires en Afrique : l'OHADA³

L'OHADA a été établie par un Traité entre les pays africains qui concerne principalement ceux qui ont en partage la langue française. Il a été signé à Port-Louis, aux Iles Maurice, le 7 octobre 1993 et est entré en vigueur en juillet 1995.

L'objectif était d'élaborer un nouveau cadre juridique harmonisé dans le domaine du droit des affaires afin de promouvoir l'investissement et la croissance économique. Le Traité prévoit l'élaboration d'actes uniformes directement applicables dans les Etats membres nonobstant toute disposition du droit interne.

Cette harmonisation se concrétise par l'adoption de textes appelés « actes uniformes ». Ces actes sont préparés par le Secrétariat Permanent de l'OHADA en concertation avec les gouvernements des Etats membres du Traité. Le Conseil des Ministres, organe établi en vertu du Traité, délibère et adopte des actes après avis de la Cour commune de Justice et d'arbitrage (CCJA).

Il est cependant utile de rappeler que les parlements nationaux sont exclus de la procédure d'adoption des actes uniformes. Le Conseil des Ministres a compétence exclusive dans ce domaine.

Les actes deviennent effectifs juste après leur publication au Journal officiel de l'OHADA, sans besoin de législation interne additionnelle des Etats membres. Ils sont directement applicables et obligatoires dans tous les pays de l'OHADA malgré toutes les dispositions contraires antérieures ou postérieures de droit interne⁴. Toutes les règles de la législation interne qui ne sont pas conformes aux actes uniformes de l'OHADA dans les mêmes matières sont abrogées par la création du nouvel acte uniforme⁵.

De manière générale, les Etats qui ont récemment adhéré à l'OHADA sont des pays qui ne sont pas de tradition civiliste. A l'exception de la Guinée Bissau et de la Guinée Equatoriale, où l'on parle portugais et espagnol, et de la province anglophone du Cameroun, tous les Etats membres de l'OHADA sont francophones. De plus, tous ces Etats ont hérité du droit continental exception faite de la partie anglophone du Cameroun, où le système de la common law est en vigueur. Tous les Etats membres ont officiellement déclaré le français comme langue de travail⁶.

integration or unification of laws has been a consequence of independence, of the desire to build a nation, to guide the different communities with their different laws to a common destiny". Voir Anthony N. ALLOTT, Towards the unification of law in Africa, in (1965)14 Int. Comp. Law Quarterly, 366-378.

³ <http://www.ohada.com/>

⁴ Voir Seydou BA, The Example of the Organization for the Harmonization of Business Law in African (OHADA), in Rudolf V. VAN PUYMBROECK (ed.), Comprehensive Legal and Judicial Development. Toward an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21st Century, Washington D.C., The World Bank (2001), p. 413 et suiv.

⁵ L'Article 10 du Traité stipule que "Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure". Voir Joseph ISSA-SAYEGH, La portée abrogatoire des Actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des Etats-Parties, in Revue burkinabé de droit, numéro spécial, 39-40, p. 51

⁶ En vertu de l'Art. 42 du traité, le français doit être la langue de travail.

Le cadre juridique résultant des actes uniformes est en général basé donc sur le droit continental et est, dans une certaine mesure, inspiré du droit des affaires français.

La place pour un droit africain

Comme les pays africains sont généralement classifiés conformément au système juridique transposé (et par conséquent hérité) pendant la période coloniale, il est nécessaire de déterminer la place du droit africain dans l'étendue du débat concernant la tradition de la common law et du droit continental.

Les études comparatives ont aujourd'hui identifié les systèmes juridiques africains comme une famille juridique avec des particularités et des différences vis-à-vis des autres systèmes juridiques du monde.

La stratification juridique susmentionnée nous montre comment l'importation des systèmes juridiques occidentaux a laissé une empreinte spécifique au système juridique de chaque Etat africain, en le distinguant des systèmes des autres pays africains.

Cependant, depuis la transposition des droits européens lors de la période coloniale, plusieurs évolutions juridiques apparues dans les pays européens n'ont pas été transférées dans les systèmes juridiques des anciennes colonies.

En même temps, les pays africains se sont engagés dans leur propre développement juridique impliquant la réévaluation du droit coutumier, le développement de leur propre jurisprudence et l'application d'autres législations non européennes. Le rôle joué par le droit coutumier et l'influence du droit islamique laissent place à un système hybride, moderne de droit africain qu'on ne peut trouver nulle part dans ce monde.

Surmonter les différences Common Law et Droit Civil ...

Est en cause ici, le débat général à propos de l'hypothèse que la common law serait plus encline que d'autres modèles juridiques à soutenir la croissance économique, la richesse, et que les pays appartenant au système de droit continental (et notamment le modèle français) auraient tendance à favoriser une plus faible application de la loi⁷.

Cette théorie est basée sur l'hypothèse que le système juridique de droit continental créerait un environnement plus dirigiste (le Code Napoléon accorde une autorité accrue au pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire) et moins développé et efficace⁸; au contraire, les pays de common law seraient plus orientés vers le libre marché et la protection des droits de la

⁷ L'affirmation a été initialement formulée par Friedrich A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, (1960) London, Routledge & Kegan Paul; ID. *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, (1973) London, Routledge & Kegan Paul, et plus récemment, a été reprise et réélaboree par Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES, Andrei SHLEIFER and Robert W. VISHNY, *Law and Finance*, 106 *J. Pol. Econ.* (1998), 1113, et est l'argument qui donne lieu à la théorie du droit et des finances.

⁸ Voir Paul G. MAHONEY, *The Common Law and Economic Growth : Hayek Might Be Right*, in 30 *J. Legal Studies* (2001) 503.

propriété⁹. Cette théorie est fortement critiquée par les chercheurs appartenant au monde du droit continental.¹⁰

Le débat sur la convergence entre le droit continental et la common law doit nous amener à ne plus considérer les deux systèmes comme entièrement distincts, mais plutôt comme deux aspects d'une tradition juridique occidentale.

...avec un nouveau droit africain ajusté à l'Afrique de demain ?

La culture juridique africaine a suivi un chemin de développement à partir de la création d'une règle juridique qualifiée de « droit coutumier » et dont la particularité est de se fixer et d'évoluer sans l'intervention d'un pouvoir central à l'instar d'un type de droit spontané. L'Afrique et sa culture ne vivent pas, comme en Europe, à travers les événements qui créent la culture juridique.

La culture juridique africaine est fondée sur l'idée que le pouvoir du chef tribal ou local est absolu et souvent légitimé par le surnaturel. Cependant, la culture n'a pas mémorisé ce pouvoir par le biais de l'écriture ou des données de mémorisation, qui sont les mécanismes centraux accordés aux professionnels de la justice et qui contribuent au développement de la culture juridique occidentale¹¹.

En outre, ni la règle traditionnelle africaine, ni son application n'existent sous forme écrite¹². L'ensemble du processus juridique – règle, décision, raisonnement juridique, manquent, non seulement d'une énonciation écrite, mais même d'une formulation technique.

En Afrique, traditionnellement, il n'était pas nécessaire d'avoir une verbalisation de la norme juridique avant l'influence européenne.

Les cultures africaines ignorent le rôle du juriste et les langues africaines n'ont pas de terminologie juridique¹³. Traditionnellement, l'application de la règle n'est pas directement destinée à punir les coupables mais à consolider la cohésion et à rétablir un compromis au sein du groupe.

La société africaine est caractérisée par une vision de la vie où tout est relié ; la vie et le surnaturel, les comportements humains et les phénomènes naturels, le pouvoir et le sacré.

⁹ Voir Thorsten BECK, Asli DEMIRGÜÇ-KUNT and Ross LEVINE, Law, Endowments and Finance, in 70 J. Fin. Econ. (2003), 38

¹⁰ La théorie affirmant l'insuffisance du droit civil pour la production d'un modèle économique de développement (récemment recouverte par la Banque mondiale dans son Doing Business 2007, après avoir été affirmée dans la précédente) a été fermement contestée par les pays appartenant à la famille de droit civil. La célèbre association juridique française "Henri Capitant" a publié en 2006 deux volumes intitulés : Les droits de tradition civiliste en question. A propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale où des chercheurs appartenant aux pays de droit civil ont critiqué l'approche de la Banque mondiale. Le premier volume comprend des études de chercheurs français, tandis que le deuxième volume comprend des études universitaires en provenance d'autres pays de droit civil.

¹¹ La bibliographie sur le droit coutumier africain est immense. A propos de ses caractéristiques, voir Norbert ROULAND, Anthropologie juridique (1998) Paris, PUF ; Rodolfo SACCO, Antropologia cit. ; ID., Il diritto africano cit. ; Marco GUADAGNI, Il modello pluralista cit.

¹² Généralement le droit non écrit est la norme en Afrique. Ce que la doctrine européenne considère "doctrine" est en réalité la transmission verbale des règles juridiques d'une génération à une autre.

¹³ Voir Rodolfo SACCO, Antropologia cit , p. 196 ; Anthony N. ALLOTT, The Unity cit.

Les traditions africaines sont essentiellement basées sur le rôle central joué par le groupe sous toutes ses formes possibles (famille, clan, village, communauté). La solidarité entre les membres du groupe est un facteur clé qui rend difficile la distinction entre d'une part, les obligations juridiques et morales, et d'autre part, les obligations envers un autre individu et le groupe dans son ensemble.

De telles distinctions n'existent pas en vertu de la tradition africaine, dans la mesure où ces éléments définissent et représentent "l'obligation". Comme certains concepts juridiques sont typiquement occidentaux, seul un juriste formé à ces concepts peut les comprendre parce qu'ils ne sont pas envisagés dans la culture juridique traditionnelle africaine¹⁴.

En raison de ses particularismes, le droit africain pourrait permettre aujourd'hui de dépasser le clivage Common Law contre droit continental. Il devrait pouvoir fonder son développement sur les caractéristiques essentielles de chaque système.

Le succès de cette révolution juridique en Afrique passe inévitablement par la reconnaissance du pluralisme juridique africain¹⁵.

On ne peut dissimuler que la tradition africaine, dans sa pleine signification, est une source de droit, équivalente au droit étatique, à la jurisprudence, à la révélation et à la doctrine¹⁶; après une période où les pays africains reconnaissaient peu le rôle du droit traditionnel, ils commencent maintenant à accepter l'importance de celui-ci au sein du droit africain dans son ensemble¹⁷.

La possibilité d'identifier un "cœur commun" (common core) du droit africain devrait être examinée afin d'en extraire des caractéristiques communes aux différentes traditions africaines¹⁸.

¹⁴ Constantin TOHON, Le traité de l'OHADA, l'anthropologue du droit et le monde des affaires en Afrique et en France, en Etienne LE ROY (cur.), Juridicités. Témoignages réunis à l'occasion du quarantième anniversaire du LAJP, (2006) Paris, Khartala.

¹⁵ L'idée de pluralisme juridique africain suppose la notion de pluralisme juridique définie par Jacques VANDERLINDEN dans Villes africaines cit. Il s'agit d'une situation où une personne est en présence de différents ordres juridiques autonomes et selon ses choix, oriente la solution afin d'avoir un risque de conflit tant en ce qui concerne la juridiction compétente que le droit applicable.

¹⁶ Voir Jacques VANDERLINDEN, Villes africaines cit.

¹⁷ Par exemple, l'article 4 de la Constitution du Mozambique du 16 novembre 2004, intitulé "Pluralisme juridique" stipule que "L'Etat reconnaît les différents systèmes de droit et de règlement des différends qui coexistent dans la société mozambicaine dans la mesure où elles ne contreviennent pas aux valeurs fondamentales et aux principes de la Constitution". La situation est ici différente de l'Egypte ou du Pakistan où la constitution énonce une hiérarchie entre les différents ordres juridiques en vigueur au sein du même système juridique.

¹⁸ Pour la méthodologie, on peut se référer à Mauro BUSSANI et Ugo MATTEI (éd.), The Common Core of European Private Law, (2003) La Haye, Kluwer, avec les nécessaires - et évidentes - adaptations au droit africain et à la réalité africaine. En outre, en ce qui concerne les besoins et problèmes des initiatives visant à une intégration juridique en Europe, (la phrase semble mal interrompue, n'y avait-il pas une suite ?)

