



UNIVERSITE DE TOULOUSE 1 CAPITOLE

UNIVERSITE DES SCIENCES JURIDIQUES ET
POLITIQUES DE BAMAKO

RÉVUE MALIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES
(REMASJUPE)

N°12 - 2023

ETUDES DE DROIT PRIVE ET DE DROIT PUBLIC

sous la direction de Bakary CAMARA et Mamadou
Lamine DEMBELE

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

REVUE MALIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES
ET ECONOMIQUES (REMASJUPE)

ETUDES DE DROIT PUBLIC

ET DE DROIT PRIVE

**REVUE MALIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES
ET ECONOMIQUES (REMAJUPE)**
n° 12-2023

**ETUDES DE DROIT PRIVE
ET DE DROIT PUBLIC**

**sous la direction de Bakary CAMARA
et Mamadou L. DEMBELE**

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

Copyright et diffusion : 2023

**Presses de l'Université
Toulouse I Capitole
2 rue du doyen Gabriel Marty
31042 Toulouse cedex**

**ISBN : 978-2-36170-269-4
ISNN (France) : 2555-767X
ISNN (Mali) : 1987-1112**

DIRECTEUR DE PUBLICATION, FONDATEUR DE LA REVUE : Pr Bakary CAMARA, agrégé des Facultés, professeur titulaire du Conseil africain et malgaches pour l'enseignement supérieur (CAMES) ; ancien doyen de la Faculté de Droit public de l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB).

REDACTEUR EN CHEF : Pr Mamadou Lamine DEMBELE, agrégé des Facultés de droit, Vice-recteur de l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB).

COMITE D'HONNEUR :

Pr André CABANIS
Pr Samba TRAORE
Pr Mamadou BADJI

COMITE SCIENTIFIQUE :

- Augustin ANASSE
- Mamadou BADJI
- André CABANIS
- Bakary CAMARA
- Olivier DEVAUX
- Eloi DIARRA
- Alioune Badara DIOP
- Ndiaw DIOUF
- Seydou DIOUF
- Moussa DJIRE
- Ismaïla Madior FALL

Directeur et comités de la publication

- Barnabé Georges GBAGO
- Georges KOBOU
- Adama M. KPODAR
- Augustin LOADA
- Ibrahima LY
- Robert NEMEDEU
- Séraphin NENE BI BOTI
- Mahaman Sanoussi TIDJANI ALOU
- Ibrahim David SALAMI
- Filiga-Michel SAWADOGO
- Samba THIAM
- Samba TRAORE
- Leonardo A. VILLALON

COMITE DE LECTURE :

MM. les professeurs

- Samba TRAORE
- Bakary CAMARA
- Bouréma KANSAYE
- Ibrahima SAMBA DANKOCO
- Mamadou BADJI
- André CABANIS
- Olivier DEVAUX
- Georges KOBOU
- Séraphin NENE BI BOTI
- Mamadou L. DEMBELE
- Bréhima KAMENA
- Laurent AGBENOTO

PRESENTATION DES DIRECTEURS DE LA PUBLICATION

Bakary CAMARA, agrégé des Facultés, est professeur titulaire du Conseil africain et malgaches pour l'enseignement supérieur (CAMES). Ancien doyen de la Faculté de Droit public de l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB) et Coordinateur du Laboratoire d'études et de recherches en droit, décentralisation et développement local (LERDDL). Il est actuellement le Directeur Général de l'Enseignement supérieur et la recherche scientifique du Mali.

Mamadou Lamine DEMBELE est maître de conférences agrégé du CAMES à la Faculté de droit Public de l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB). Docteur de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis du Sénégal et Lauréat du cycle supérieur de l'Ecole nationale d'administration de Rabat, au Maroc. Il est actuellement Vice-recteur de l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB) et Coordinateur-adjoint du Laboratoire d'études et de recherches en droit, décentralisation et développement local (LERDDL). Le professeur Dembélé a à son actif plusieurs travaux académiques, articles et communications scientifiques.

TABLE DES MATIERES

PREFACE	
Mamadou Lamine DEMBELE.....	17
NECESSITE ET EVOLUTION CONSTITUTIONNELLE DANS LES ÉTATS AFRICAINS D'EXPRESSION FRANÇAISE	
François ABENG MESSI.....	33
LE CONTENTIEUX DE L'ASSIETTE EN DROIT POSITIF MALIEN	
Aboubacrine AGUISSA.....	109
LA PARTICIPATION CITOYENNE DANS LA MOBILISATION DES RESSOURCES FINANCIERES LOCALES AU MALI.	
Aboubacrine AGUISSA.....	139
LA CEDEAO ET LES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DES ÉTATS MEMBRES	
Brou Ange AHUI.....	169
LA TRANSPARENCE DE L'ACTION ADMINISTRATIVE AU MALI: DE L'ADMINISTRATION DEMOCRATIQUE A LA DEMOCRATIE ADMINISTRATIVE.	
Abraham BENGALY	227
LE DROIT PENAL FACE AUX DEFIS DU PHENOMENE CRIMINEL CONTEMPORAIN	
Moussa BERTHE.....	271

LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE DANS LE CONTENTIEUX DU TRAVAIL AU MALI Boubacar Abdoulaye BOCOUM.....	305
VARIATIONS SAISONNIERES DU CONSTITUTIONNALISME AU MALI ET EN GUINEE : IMPASSE OU METIS DE LA DEMOCRATIE ? Alia DIABY.....	361
PRESENTATION ET CRITIQUES DE LA JUSTICE COMMUNAUTAIRE OUEST AFRICAINE A LA LUMIERE DE QUELQUES DECISIONS Ilo Allaye DIALL.....	409
LA PROMULGATION DE LA LOI DANS LE NOUVEAU CONSTITUTIONNALISME AFRICAIN : LES CAS DU BENIN, DU CONGO, DU GABON ET DU SENEGAL Cyrille GOUGBEDJI	485
LA REGLEMENTATION DU TRAITEMENT DES DONNEES DE SANTE AU MALI A L'ERE DU NUMERIQUE : ENTRE INTERDICTION ET INADAPTATION Mahamadou Aly HAIDARA.....	515
RÉGULATION DES RECOURS ET PRINCIPE D'ÉQUITÉ EN CONTENTIEUX ADMINISTRATIF MALIEN Mohamed Ousmane KEITA.....	549
LA GESTION DECENTRALISEE DE L'EDUCATION AU MALI : QUELLES PERSPECTIVES POUR UNE ECOLE PERFORMANTE ?	

Table des matières

Yacouba KONE.....	583
L'AVENIR DU SECRET DE L'INSTRUCTION JUDICIAIRE DANS UN CONTEXTE DE LUTTE ANTI-TERRORISTE AU SAHEL Issa SIDIBE.....	609
LE GENRE EN DROIT CONSTITUTIONNEL : REFLEXION SUR UN OBJET DU CONSTITUTIONALISME AFRICAIN Serge François SOBZE.....	647
LE MARRONNAGE DES TRAVAILLEURS ENGAGES D ANS LES ANCIENNES COLONIES FRANÇAISES (1850-1900) Abdramane TRAORÉ.....	717

PREFACE

**Mamadou Lamine DEMBELE,
agrégé des Facultés de droit Université
des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB).**

Par la diversité des sujets traités et par l'abondance des points de vue adoptés, peut-être aussi et simplement, par le nombre de pages publiées, ce numéro donne une image assez complète et nuancée du système juridique tel qu'il a été mis en place au Mali ces dernières années. Cette image dépasse d'ailleurs les frontières du pays avec une large évocation du droit d'Afrique de l'Ouest, extension logique puisque notre publication entend se placer dans une perspective de droit comparé. L'ensemble des contributions permet, chacune à sa place, de se faire une idée des tendances les plus récentes du droit africain. C'est ce qui fait la nouveauté de cette livraison par rapport à celle des années précédentes : son caractère représentatif des plus importantes branches de la science juridique.

I. Si l'on choisit, en premier lieu, de résumer les contributions consacrées au *droit constitutionnel*, l'on constate que quatre articles en traitent. Deux textes adoptent un point de vue synthétique et s'interrogent sur l'instabilité politique qui caractérise les régimes en place en Afrique au cours des dernières décennies : « Nécessité et évolution constitutionnelle dans les États africains d'expression française » par François Abeng Messi (A) et « Variations saisonnières du constitutionnalisme au Mali et en

Guinée : Impasse ou Métis de la démocratie ? » (B) par Alia Diaby. Le troisième texte porte sur un sujet *a priori* plus technique, en réalité avec des implications politiques : « La promulgation de la loi dans le nouveau constitutionnalisme africain : les cas du Bénin, du Congo, du Gabon et du Sénégal », par Cyrille Gougbedji (C). Le quatrième article prend ses distances avec les régimes évoqués ci-dessus par une volonté de rupture avec les pratiques d'encouragement à la clandestinité jusqu'alors trop présentes dans les régimes précédents. C'est un appel au passage à « La transparence de l'action administrative au Mali : de l'administration démocratique à la démocratie administrative » lancé par Abraham Bengaly (D). Le résumé de ces études révèle qu'elles ne montrent aucune complaisance à l'égard des dispositions constitutionnelles scrutées.

A. Dans le titre de l'article de François Abeng Messi sur l'évolution constitutionnelle en Afrique, c'est le terme de « nécessité » qui est important, sans doute relié à celui de « hasard » pour reprendre le titre d'une étude de **Georges**, elle-même empruntée à un livre de Jérôme Monod, biologiste et prix Nobel. Il s'agit en fait de traiter, à travers l'histoire politique compliquée de ce continent, des conflits qui ont conduit les responsables à modifier la loi fondamentale du pays. C'est là qu'il faut parler de nécessité. Une connaissance très complète des crises politiques montre la multiplicité des circonstances qui conduisent à modifier la Constitution : émeutes, coups d'Etat militaires, assassinats des dirigeants, guerres civiles, régimes provisoires destinés à organiser un processus de réconciliation nationale... toutes sortes d'événements peuvent rendre nécessaire de modifier l'ordre constitutionnel. L'histoire des régimes politiques depuis l'indépendance puise dans ce récit une justification des nombreux textes qui se sont succédés dans l'organisation des pouvoirs publics. C'est une bonne illustration de la formule de Royer-

Collard indiquant que « les Constitutions ne sont pas des tentes dressées pour le sommeil ».

B. Alia Diaby se consacre aux évolutions régulières qui semblent affecter les Constitutions africaines, notamment malienne et guinéenne. Il considère que l'on en est au troisième cycle depuis l'indépendance. Il rapproche les deux pays pour mieux les comparer, constatant leur contiguïté géographique, leur héritage commun fondé sur l'appartenance à l'ethnie mandingue, leur adhésion au traité révisé de la CEDEAO... Dans le cadre de ce troisième cycle constitutionnel, les militaires s'emparent du pouvoir en invoquant le concept de refondation. Une période de transition est censée faciliter l'avènement d'un régime débarrassé des défauts des institutions précédemment en place. Ceux qui soutiennent l'idée de dévoiement du constitutionnalisme au Mali et en Guinée utilisent l'image d'un diagramme déclinant pour désigner le phénomène de déconstitutionnalisation. En fait, c'est à une remise en cause des acquis démocratiques, plutôt une certaine pratique démocratique, que l'on assiste. Alia Daby considère que l'on est confronté à une « astuce » des militaires pour retarder l'avènement de la démocratie constitutionnelle dans les Etats africains.

C. Cyrille Gougbedji s'interroge sur les rapports entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire dans les Constitutions du Bénin, du Congo, du Gabon et du Sénégal à travers un ensemble de dispositions qui est rarement étudié sous cet angle : il s'agit des modalités de promulgation des lois récemment votées. En principe, cette procédure ne pose guère de problème : dans la mesure où la promulgation se réduit à constater que la procédure d'introduction de nouvelles dispositions dans la législation a respecté les dispositions organisant le débat parlementaire, puis le vote, il n'y a pas de raison que le chef de l'Etat diffère la publication destinée à s'assurer que les administrés sont bien informés de la modification introduite dans le droit. Une analyse plus précise montre que la

promulgation peut avoir une portée plus importante, cela à deux points de vue. D'abord, certaines Constitutions autorisent le chef de l'Etat à demander un second vote à une majorité qualifiée ; c'est un moyen pour l'exécutif de faire obstacle à une disposition lui déplaisant. Par ailleurs l'institution détenant le pouvoir judiciaire peut être saisie pour déterminer si le texte en cause est ou non constitutionnel. La portée de la décision est différente selon qu'elle intervient avant ou après la promulgation.

D. La recherche de la plus grande transparence possible de l'action administrative apparaît comme la meilleure méthode à mettre en œuvre pour que la population ait confiance dans l'efficacité du travail des services publics. Abraham Bengaly en traite dans le cadre de l'émergence d'un processus d'extension de la démocratie au Mali depuis 1991. Toute une série d'initiatives ont été mises en application en s'appuyant sur la concertation au niveau international et national, par exemple dans le cadre du mécanisme africain d'évaluation par les pairs ou encore en mettant en place des procédures orientées vers les secteurs les plus sensibles de l'économie comme l'implique l'adhésion à l'initiative pour la transparence dans les industries extractives. Jouent également un rôle des institutions à compétence générale comme le médiateur ou le système d'information sur la transparence au Mali. L'article se conclut par une proposition : créer un espace de concertation formelle entre les ministères et la société civile, pour favoriser ce que l'auteur appelle un « gouvernement ouvert ». L'amélioration de l'action de l'administration au profit des usagers aiderait le gouvernement pour autant que les questions traitées ne touchent ni à la souveraineté et à la sécurité du pays, ni à la protection de la vie privée des citoyens.

II. En second lieu, l'on peut rapprocher les contributions consacrées aux institutions juridictionnelles. Elles sont au nombre de quatre. Le fait que nombre d'auteurs aient privilégié ce thème s'explique aisément par la volonté de promouvoir l'Etat de droit et par la conviction que le juge peut jouer un rôle important pour la protection des libertés publiques. Un certain nombre de règles de procédure sont soigneusement affirmées malgré les difficultés de l'époque : ainsi de « L'avenir du secret de l'instruction judiciaire dans un contexte de lutte anti-terroriste au Sahel » par Issa Sidibé (A). Chaque type de juridiction se soumet à des règles contraignantes, souvent empruntées aux tribunaux de droit commun. Il en va ainsi dans le champ du droit du travail : « Le principe du contradictoire dans le contentieux du travail au Mali » par Boubacar Abdoulaye Bocoum (B) ou encore dans celui du droit administratif avec « La régulation des recours et principe d'équité en contentieux administratif malien » par Mohamed Ousmane Keita (C). La question de la justice internationale n'est pas oubliée avec « Présentation et critiques de la justice communautaire ouest africaine à la lumière de quelques décisions », par Ilo Allaye Diall (D).

A. L'aggravation du terrorisme, partout dans le monde, a provoqué l'apparition de la notion moderne de guerre asymétrique, c'est-à-dire de conflit opposant une police et une armée d'Etat fortement organisées et un groupe révolutionnaire militairement faible mais qui adopte une stratégie de harcèlement et de clandestinité. Le droit pénal tient compte de cette méthode tout en protégeant les libertés publiques avec une montée en puissance du rôle du juge d'instruction, indépendant du pouvoir exécutif contrairement aux magistrats du parquet. C'est ce que prévoit la loi malienne du 23 juillet 2008. Il faut trouver la réponse adaptée à la volonté des terroristes de créer un climat de terreur au sein des populations. En Afrique, des pays autrefois colonies françaises coordonnent leurs efforts. Ils entendent maintenir le secret de l'instruction. Issa Sidibe rappelle les conditions d'apparition du juge

d’instruction, en France d’abord, avec les ordonnances de Villers-Cotteret de 1539 et de 1670 qui imposent la procédure inquisitoire. Au Mali, il faut citer les lois de 2001, de 2005 et de 2016 qui précisent le rôle respectif du juge d’instruction et celui du procureur de la République. Pour ce qui est du juge d’instruction, il dispose de pouvoirs importants avec notamment l’imprescriptibilité de certains crimes. Le secret de l’instruction implique une double conséquence avec interdiction de révéler quoi que soit, adressée d’une part à ceux qui concourent à la procédure, d’autre part à la presse. Le secret protège la personne soupçonnée mais aussi les enquêteurs. Parmi les secrets protégés figurent les opérations d’infiltration, les enquêtes sous pseudonyme, la durée de la garde à vue, l’interception des communications, les libertés parfois négligées. Les théories de Günther Jakobs sont contestées de même que ce que certains appellent l’« acharnement de la répression ». Ils se présentent aussi comme les défenseurs de la liberté de l’information.

B. S’intéressant au contentieux du travail, Boubacar Abdoulaye Bocoum commence par constater que cette justice ne bénéficie pas de la part des pouvoirs publics des moyens dont elle aurait besoin. Cela peut contribuer à expliquer que la place du contradictoire, importante sur une base égalitaire dans les matières civile et pénale, soit inégalement répartie au long de la procédure de règlement des conflits du travail. Quelques « fenêtres de contradictoire » apparaissent durant la phase précontentieuse, se développent de manière relative pendant la phase de jugement et culminent en un « véritable contradictoire » devant les juridictions d’appel. Devant l’inspection du travail, il n’y a que l’illusion d’une véritable contradiction au contraire de ce que l’on constate avec l’examen de l’affaire devant les instances arbitrales. Par la suite, dans le cadre de la procédure ordinaire de règlement des litiges, le contradictoire émerge dans la phase de jugement mais n’acquiert une véritable

dimension qu'un niveau de la juridiction d'appel. Quant au juge administratif, il n'intervient pas systématiquement dans les conflits du travail. Il a une compétence plus large sur les litiges individuels et plus résiduelle sur les conflits collectifs en réglant les recours déposés par les syndicats tendant à annuler l'acte d'une administration. C'est l'échange de documents écrits, de mémoire qui constitue la principale modalité garantissant le principe du contradictoire. Cela ne suffit pas pour le rendre effectif. Réduit à ses seules connaissances, l'usager a peu de chance de savoir formuler une demande adéquate et d'emporter l'adhésion du juge contre les arguments développés par le porte-parole de l'administration. Finalement, c'est la Cour suprême qui constitue l'espace privilégié du contradictoire.

C. La montée en puissance de la justice administrative au Mali correspond à la volonté d'introduire davantage d'équité dans la gouvernance du pays. Mohamed Ousmane Keita cherche à déterminer dans quelle mesure ces juridictions ont répondu aux espoirs mises en elles. Il se livre à une analyse précise et critique de leur fonctionnement en suivant pas à pas les diverses étapes de la procédure pour apprécier si les mécanismes mis en place semblent susceptibles de satisfaire les justiciables. La présentation porte sur la procédure de saisine, sur les modes de mise en état du dossier, sur le rôle des rapporteurs publics, sur la procédure de référé, sur la phase de jugement, sur le problème de l'exécution... La description et, éventuellement, les critiques ne constituent cependant pas l'essentiel du propos. Mohamed Ousmane Keita entend proposer des réformes. Il souhaite davantage d'équité grâce à l'harmonisation et à la simplification des conditions d'accès au juge ainsi qu'à l'allègement de la procédure d'instruction et à l'augmentation de l'efficacité des décisions de justice. Il faut améliorer la procédure de référé. Il évoque la mise en place, sur intervention du ministère de la Justice et en collaboration avec l'USAID, d'une stratégie de réforme de l'aide légale avec le projet de création d'un établissement chargé de gérer, de coordonner et de contrôler la fourniture

de l'aide légale, éventuellement avec un mécanisme de remboursement des frais d'instance en tenant compte de la situation économique de la partie condamnée. Le juge accepte que les administrés intègrent les frais d'instance à leur demande en plein contentieux contrairement au recours en annulation. Les demandeurs doivent parfois recourir aux services des huissiers de justice à leurs frais ce qui pose des problèmes qui pourraient être atténués par une réforme législative ou une convention de procédure avec l'ordre des avocats et celui des conseils fiscaux. Autre amélioration possible : tenir compte de l'invitation du législateur de communiquer davantage électroniquement chaque fois que c'est possible... Finalement, cette étude est riche de propositions très concrètes.

D. Les deux organisations internationales d'intégration d'Afrique de l'Ouest, l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) et la Communauté économique des Etats d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) se sont dotées de Cours de justice. Ilo Allaye Diall se consacre à l'étude de cette justice communautaire. Il cite un certain nombre de jurisprudences qui témoignent de son autorité, par exemple à la suite de la demande d'avis de la BCEAO sur le projet d'agrément unique pour les banques et les établissements financiers ce qui conduit la Cour à établir une corrélation entre les libres circulations prévues par l'Union et la mise en place de l'agrément unique. Les décisions à analyser sont cependant peu nombreuses, ce qu'expliquent plusieurs considérations : pas de droit d'autosaisine, possibilité d'utiliser l'arbitrage, faible volume des échanges intracommunautaires, faible diffusion du droit communautaire dans les Universités, dans les centres de formation des avocats et des magistrats... Ilo Allaye Diall ne se montre pas uniformément admiratif à l'égard de la jurisprudence des deux grandes juridictions. Parfois il émet des critiques comme pour l'affaire Affolabi où il démontre que la Cour confond l'exception d'incompétence et l'exception de nullité. Il regrette que les

tribunaux suprêmes soient d'abord surtout composés de magistrats issus des pays membres. Il se félicite de l'arrivée d'un universitaire. C'est une image nuancée du pouvoir judiciaire qui se dégage de ces pages mais sa montée en puissance est incontestable.

III. En troisième lieu, ce sont également quatre articles qui sont consacrés à des services publics importants. Deux textes du même auteur et que les hasards de l'ordre alphabétique placent en tête de la revue sont consacrés aux services fiscaux sous des angles divers : « Le contentieux de l'assiette en droit positif malien » et « La participation citoyenne dans la mobilisation des ressources financières locales au Mali » par Aboubacrine Aguisa (A et B). Les autres contributions portent sur l'éducation de la jeunesse : « La gestion décentralisée de l'éducation au Mali : Quelles perspectives pour une école performante ? » par Yacouba Kone (C) et sur la protection de la santé : « La réglementation du traitement des données de santé au Mali à l'ère du numérique : entre interdiction et inadaptation », par Mahamadou Aly Haïdara (D).

A. Un article donne une image plutôt favorable du droit malien : il s'agit de l'une des études d'Aboubacrine Aguisa qui porte sur le droit fiscal. Sous le titre « le contentieux de l'assiette », elle énumère les règles qui permettent aux contribuables de contester les sommes que l'on veut leur faire payer indûment. L'évaluation des protections dont ils bénéficient dépend de la précision du propos sur les étapes de la procédure qui préside à l'établissement de l'impôt. Quelle que soit l'autorité en charge de cette responsabilité, administrative dans un premier temps, juridictionnelle ensuite, la procédure est très précisément décrite dans cet article : des délais strictement définis pour empêcher que l'examen de l'affaire s'enlise, une distinction précise entre les dimensions gracieuse ou contentieuse, individuelle ou collective des réclamations, la possibilité d'une transaction entre l'administration et le contribuable, la faculté

d'introduire un recours contre une décision administrative, l'obligation de réorienter la plainte si le contribuable s'est trompé d'interlocuteur, la nécessité de motiver la décision finale, toutes ces règles doivent bénéficier aux administrés. Leur énumération est réconfortante même si l'auteur de cette description très précise du fonctionnement des services publics fiscaux ne dissimule pas diverses maladroites dans la procédure.

B. Beaucoup dénoncent certaines insuffisances dans la gestion administrative des collectivités locales, un peu partout dans le monde. Pour ce qui est du Mali, Aboubacrine Aguisa insiste sur l'importance de la participation des citoyens pour rendre effective la décentralisation surtout financière, d'autant que l'Etat s'est dessaisi de certaines missions. La première partie décrit les mécanismes de mobilisation des ressources financières locales, y comprises les taxes sur le développement régional et local en fonction d'un montant de 875 CFA à 3 000 CFA. S'y ajoutent les ressources externes entre autres de l'Etat, même si elles sont insuffisantes. Il faut aussi mentionner la coopération décentralisée... Symétriquement, la seconde partie met en évidence les obstacles à la mobilisation des citoyens. De toute façon, cette participation des citoyens au développement des collectivités locales demeure trop limitée. L'impact de la participation financière n'est pas en mesure de promouvoir de développement local attendu par les citoyens.

C. Chacun s'accorde à reconnaître qu'il n'est guère de politique publique plus importante pour l'avenir que celle qui consiste à rénover l'enseignement. Lors de l'indépendance, 88 % des enfants ne vont pas à l'école et neuf Maliens sur dix ne savent ni lire ni écrire. Les programmes de développement de l'enseignement vont alors se succéder. Yacouba Kone les énumère complaisamment : la Nouvelle école fondamentale en 1962, le Programme décennal de développement de l'éducation en 1998,

l'agenda 2030 du développement durable... Les problèmes demeurent : grève à répétition, sortie intempestive des enseignants, non respect du principe de mutation, situation sécuritaire dans le nord et le centre du pays, désengagement des parents, création anarchique des écoles privées. Actuellement, c'est le processus de décentralisation qui fait figure d'enjeu majeur. En matière de formation, l'Etat conserve la responsabilité globale de ce service public. Le décret n° 02-313/PRM du 4 juin 2002 fixe les détails des compétences transférées de l'Etat aux collectivités territoriales. Désormais l'institution éducative fonctionne sous la double tutelle de ces collectivités et de l'administration déconcentrée. Ce système n'est pas sans défaut dans la mesure où la coordination est parfois insuffisamment assurée. La solution : l'Etat garde son rôle de concepteur, d'opérateur et de contrôleur. Les collectivités sont responsables du transfert des compétences et des moyens. Encore faut-il que la décentralisation s'accompagne d'un transfert des ressources, ce qui n'est pas toujours le cas.

D. La question du secret médical est fort ancienne, cernée entre d'une part l'obligation d'assurer la confidentialité sur la plus ou moins bonne santé de ceux qui viennent consulter le médecin et d'autre part la nécessité d'échanger des informations sur les maladies et les traitements pour comparer les diagnostics et l'efficacité des médicaments. Mahamadou Aly Haidara s'interroge sur les solutions imposées par le législateur malien et porte un jugement assez sévère. Il s'appuie sur plusieurs textes de niveau international comme l'acte additionnel A/SA.1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace de la communauté de l'Afrique de l'Ouest, ou de niveau national comme le Code malien de déontologie annexé à la loi n° 8635/AN/RM du 12 avril 2013 et la loi n° 2013-015-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel. Parmi les problèmes dénoncés, figure le fait que les lieux d'hébergement des données de santé sont situés dans des *clouds* installés aux Etats-Unis ce qui ne garantit pas une parfaite confidentialité

dans la mesure où le *Patriot Act* et le *Cloud Act* confèrent aux autorités américaines le droit de contraindre les sociétés américaines à leur fournir des données utiles pour la défense du pays, quelles que soient la nationalité ou la localisation de ces données. Il est donc hautement risqué de leur confier des données. Par ailleurs, la loi n° 09-059 du 28 décembre 2009 régissant la recherche biomédicale sur l'être humain ne précise pas la procédure du traitement des données à caractère personnel s'inscrivant dans le domaine de la recherche en santé alors que Mahamadou Aly Haidara préconise de s'inspirer de la législation française qui fait une distinction entre les recherches impliquant la personne humaine et celle ne l'impliquant pas, distinction appréciée par des organismes indépendants tels la commission nationale informatique et libertés, le comité d'expertise pour les recherches, les études et les évaluation dans le domaine de la santé, ou encore l'Institut national des données de santé. La conclusion est celle d'un retard de la législation par rapport au progrès des techniques.

IV. *Articles divers*. Trois autres études n'entrent pas dans les catégories proposées ci-dessus. Elles correspondent à des questions nouvelles qui se posent sur le terrain juridique au Mali et qui témoignent du dynamisme de la réflexion. Elles concernent les problèmes internationaux, portant sur « La CEDEAO et les obligations internationales des Etats membres » par Brou Ange Ahui (A), mais aussi les polémiques si nombreuses aujourd'hui sur l'égalité entre les sexes : « Le genre en droit constitutionnel : réflexion sur un objet du constitutionnalisme africain » (B). La dimension historique n'est pas non plus négligée avec un article sur « Le marronnage des travailleurs engagés dans les anciennes colonies françaises (1850-1900) », par Abdramane Traoré (C). Il témoigne du souci d'ancrer la recherche juridique dans la connaissance du passé.

A. La CEDEAO, importante organisation internationale d'abord vouée à l'économie, a connu une évolution importante. Brou Ange Hui en fait le récit, y compris les motivations diverses. L'acte constitutif de 1975 n'intègre aucune disposition prévoyant son intervention dans la sphère politique des Etats. La CEDEAO a été mise en place, avec liberté de circulation et d'établissement. L'objectif essentiel vise la construction d'une sorte de marché commun et d'une union économique. Depuis 1962 c'est une évolution compliquée. A la suite de la crise libérienne des années 1990, les dirigeants ouest africains adoptent en 1991 la déclaration d'Abuja, selon laquelle la CEDEAO attend des Etats qu'ils promeuvent le pluralisme politique et garantissent les droits fondamentaux. La CEDEAO se présente désormais comme responsable de la surveillance des obligations découlant de la protection des droits de l'homme et comme chargée de suppléer aux garanties en matière de paix et de sécurité.

B. Serge François Sobze constate une évolution du constitutionnalisme africain qui ne se contente plus de privilégier les aspects politiques ainsi que l'organisation et le fonctionnement de l'Etat mais qui fait une place aux aspects sociaux et à la pénétration des droits et des libertés ainsi qu'à la protection des citoyens. Cette seconde orientation conduit à introduire dans la loi fondamentale des notions comme celle d'ethnie, de population, de peuple, de fraternité et, de plus en plus de nos jours, de genre. On parlera d'humanisme constitutionnel ou de démocratie revitalisée. En fait, le genre est un concept par essence polysémique mais dont la place de plus en plus importante ce qui explique et justifie qu'il s'agisse de l'étude la plus longue de cette revue, avec plus de cinquante pages. Serge François Sobze constate un important virage jurisprudentiel de la Cour constitutionnelle béninoise au début du millénaire : plusieurs décisions indiquent que certains textes sur la polygamie, l'adultère et même les effets du mariage sur le nom ne sont pas conformes aux exigences constitutionnelles portant sur l'égalité entre les sexes. La prise en compte du genre va d'ailleurs bien au-delà du droit de la famille. Elle s'étend aux

questions politiques et trouve même un espace inattendu dans l'analyse du statut des reines mères avec une prolongation jusqu'à nos jours dans la définition des prérogatives des femmes de président. Serge François Sobze fait une remarque intéressante en soulignant que les concepts de sexe et de genre se recoupent sans se recouvrir. Le premier est biologique tandis que le second tend à désigner le « sexe social » avec un fondement culturel. Le constitutionnalisme classique n'a présenté qu'une déclinaison lacunaire et embryonnaire du genre. En revanche, ce dernier est célébré par le constitutionnalisme contemporain. Décrivant ce dernier aspect, Serge François Sobze choisit de privilégier un plan symétrique en distinguant d'une part un « ancrage matériel légèrement éprouvé », d'autre part un « ancrage organique quasiment approuvé ». Par exemple, le fait pour le juge constitutionnel de considérer l'identité féminine comme le critérium de validation d'une liste électorale ne fait pas disparaître la question des identités ethniques, linguistiques, culturelles, et même culturelles. Ce sont autant de validation de composantes sociologiques. Se pose aussi le problème de la discrimination positive. Finalement, il apparaît que l'Etat de droit judiciaire a vu sa situation s'améliorer dans l'ordre constitutionnel béninois et que l'émancipation de la femme béninoise a participé de ce mouvement.

C. Malgré la suppression de l'esclavage, le problème du travail servile au XIX^e siècle ne disparaît pas complètement. L'étude d'Abdrmane Traore éclaire sur le phénomène de la fuite des travailleurs. Il s'explique par les violences dont les anciens esclaves s'affirment victimes de la part par des maîtres qui ont conservé des habitudes de brutalités, par le fait que les recrutés ne se voient pas loyalement appliqués les contrats qui leur ont été proposés, enfin par le médiocre zèle que mettent des syndicats à assurer leur défense, position aggravée par l'attitude des juges. Pour échapper à leurs persécuteurs, les fugitifs ont le choix entre deux refuges : soit une

évasion dans l'intérieur des colonies, souvent dans des communes de montagne, soit une fuite dans les colonies étrangères, ce qui constitue une source de tensions entre les gouvernements rivaux. Comme l'on ne peut reprocher aucune autre faute que leur départ aux évadés, le gouverneur français renonce souvent à réclamer la restitution. L'administration mobilise divers moyens, telle la mise en place d'un navire garde côte ou la prime à la capture. Celui qui a incité à la désertion s'expose à une peine de prison. On en arrive à une situation qui se rapproche de celle de l'ancien esclave.

**NECESSITE ET EVOLUTION CONSTITUTIONNELLE
DANS LES ÉTATS AFRICAINS D'EXPRESSION FRANÇAISE**

**François ABENG MESSI,
Ph.D en droit public,
maître assistant à la Faculté des sciences juridiques et politiques,
Université de Yaoundé II**

Assurément que « c'est le hasard qui engendre les Constitutions, mais c'est la nécessité qui les fait vivre [...] A peine séchée l'encre, les institutions paraissent avoir échappé sinon à la nécessité qui avait présidé apparemment à leur naissance du moins aux intentions qui avaient inspiré le dispositif juridique correspondant »¹. Ces propos du doyen Georges Vedel autorisent à se demander s'il planerait une malédiction sur le constitutionnalisme africain au contact de la nécessité, alors même que l'on y exaltait encore le passage des ordres constitutionnels autoritaires à des ordres constitutionnels libéraux et démocratiques². Cette interrogation

¹ Georges VEDEL, « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, n° 50, sept. 1989, p. 15.

² Magloire ONDOA, « La Constitution duale : Recherches sur les dispositions constitutionnelles transitoires au Cameroun », *RASJ*, vol. 1, n° 2, 2000, p. 22-24 ; Maurice KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du consensualisme dans les États d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque africaine et malgache, tome 43, 1987, p. 325 et s. ; Gonidec

liminaire pourrait être justifiée au regard du sort et de l'essor auxquels le constitutionnalisme est destiné dans les Etats africains d'expression française. Le constat est ancien, voire général. Autant passer la plume à des maîtres. « Mais voici une guerre, une émeute, un cataclysme... plus encore aujourd'hui le terrorisme sans règle et l'économie dérégulée, où, cette fois, la société, l'État, le régime, le pouvoir se trouvent menacés. À ce niveau collectif, l'ordinaire le cède à l'exceptionnel. La puissance publique et la raison d'État se profilent. Le droit devient gêneur. Le problème change d'aspect ! »¹. Ces propos des professeurs Philippe Ardant et Pierre Dabezies, illustrent à suffisance l'irréfragable constat selon lequel, les rapports entre le droit et la nécessité ont de tout temps préoccupé les juristes. Conscient que « Viro esurienti necesse est furari »² et que « Quidvis egestas imperat »³, le droit canonique⁴ n'a pas manqué de préciser que « Necessitas non habet legem », pour signifier que « Nécessité fait loi » ou que « Nécessité n'a point de loi », ou enfin que

CONAC, « Le processus de démocratisation en Afrique », in *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, Economica, coll. La vie du droit en Afrique, 1993, p. 11 et s. ; Djedjéro Fancico MELEDJE, « La révision des Constitutions dans les pays africains francophones », *RDP*, 1992, p. 192 et s.

¹ Philippe ARDANT et Pierre DABEZIES, « Introduction », *Pouvoirs*, n° 10, 1979 – « Les pouvoirs de crise », p. 3.

² « L'homme affamé est bien forcé de voler ».

³ « Le besoin provoque tout crime » ; formule que l'on doit à PLAUTE, un auteur comique latin né vers 254 av. J.-C et décédé en 184 à Rome av. J.-C.

⁴ Voir en ce sens Franck ROUMY, « L'origine et la diffusion de l'adage canonique *Necessitas non habet legem* (VIII^e -XIII^e s.) », 2006, p. 301-319, in <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01351026>, consulté le 15 avril 2020; voir également Théodore CHRISTAKIS, « "Nécessité n'a pas de Loi" ? », Rapport introductif sur la nécessité en droit international, in *La nécessité en droit international*, Actes du colloque de Grenoble, Paris, Pedone, 2007, p. 11-63.

« Nécessité contraint la loi ». À la vérité, cette maxime latine nous place au centre d'une question ancienne, mais qui a conservé toute sa pertinence : le droit en vigueur peut-il être déconsidéré ou reconsidéré en présence des circonstances de nécessité ? Le Burkina-Faso, la Guinée Conakry¹, le Tchad² et le Mali³ ont récemment fourni des données fraîches d'analyse

¹ Le président de la Guinée Conakry, Alpha Condé, a été arrêté par des militaires putschistes le dimanche 5 septembre 2021. Le chef des forces spéciales, le lieutenant-colonel Mamady Doumbouya a déclaré ce qui suit : « Nous avons décidé, après avoir pris le président, qui est actuellement avec nous [...], de dissoudre la Constitution en vigueur, de dissoudre les institutions ; nous aussi décidé de dissoudre le gouvernement et de fermer les frontières terrestres et aériennes ». Le Comité national du rassemblement et du développement (CNRD) a été créé.

² À la suite du décès d'Idriss Deby Itno, maréchal du Tchad, président de la République, le mardi 20 avril 2021, la loi constitutionnelle n° 017/PR/2020 du 14 décembre 2020, portant promulgation de la nouvelle Constitution est mise de côté au profit de la Charte de Transition. D'un point de vue institutionnel, l'Assemblée nationale et le gouvernement ont été dissouts. Le Conseil militaire de transition (composé de quinze membres, il est présidé par Mahamat Idriss Deby, fils du défunt maréchal), le Conseil national de transition (cent cinquante membres qui exercent les fonctions parlementaires) et le gouvernement de transition (quarante membres : Décret n°06/PCMT/PMT/2021 du 2 mai 2021) sont mis en place avec des membres désignés exclusivement par le président du Conseil militaire de transition (voir en ce sens les articles 37, 51 et 63 de la charte de transition).

³ Confronté à une crise socio-politique depuis quelques mois à la suite des élections législatives, le président malien Ibrahim Boubacar Keita a été poussé à la démission, l'Assemblée nationale a été dissoute et le gouvernement a démissionné et le Comité national pour le salut du peuple a vu le jour, son président, le colonel Assimi Goïta, exerce les fonctions de chef de l'Etat. Voir l'acte fondamental n° 001/CNSP du 24 août 2020 dont les dispositions s'appliquent comme dispositions constitutionnelles, qui complètent, modifient ou suppléent celles de la Constitution du 25 février 1992. Alors même que la

sur le rapport tumultueux que le droit constitutionnel des États africains d'expression française entretient avec les situations de nécessité.

Avec une appétence particulière, la doctrine classique s'est saisie de la question sans pour autant faire l'unanimité au départ. Mais il semble désormais se dégager un consensus. C'est ainsi qu'au début, pour le doyen Gaston Jèze comme pour Raymond Carré de Malberg, il n'est pas admissible que le droit écrit puisse être écarté au nom des principes supérieurs aussi bien en temps de guerre qu'en temps de paix. À ce propos, dans son commentaire sur l'arrêt Winkell, il affirme que « les fonctionnaires publics ne peuvent, sous prétexte qu'il s'agit de sauver l'État, dépasser les textes légaux. C'est trop dangereux ! Quelques favorables que puissent être les circonstances, on ne peut aller contre le texte de la loi »¹. Bien que timoré, le doyen Léon Duguit consent à la mise à l'écart de la loi, au motif de la raison d'État². Il rejoint ainsi le doyen Maurice Hauriou, Pierre-Laurent Frier³ et Hoerni qui estiment que l'État a le droit naturel de se défendre lorsque ses intérêts vitaux ou essentiels

transition a été ouverte, le 24 mai 2021, son président Bah N'Daw et son premier ministre Moctar Ouane et leurs collaborateurs ont été arrêtés par des militaires mécontents du nouveau gouvernement annoncé par ces autorités. Le 24 mai 2021, le président de la transition a annoncé sa démission et le gouvernement a été dissout par décret n°0355/P-T daté du même jour. Le feuilleton s'est poursuivi avec l'arrêt n° 2021-02/CC/VACANCE du 28 mai 2021 de la Cour constitutionnelle déclarant le colonel Assimi Goïta président de transition.

¹ Gaston JEZE, « Note sous CE, 7 août 1909, Winkell », *RDP*, 1909, p. 502.

² Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Paris, Boccard, 1923, p. 161 et s.

³ Pierre-Laurent FRIER, *L'urgence*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 150, 1987, p. 505 et s.; FRIER Pierre-Laurent, « La théorie de la nécessité dans l'œuvre de Gaston Jèze », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 12, 1991, p. 32.

sont en danger. Il doit les sauvegarder ou les protéger même quand il est impossible de respecter les formes du droit écrit¹. Guy Braibant ne soulignera pas autre chose lorsqu'il affirmera que « pour faire face à la crise, on applique des principes qui appartiennent au fond commun de la sagesse des nations : nécessité fait loi, l'urgence couvre tout, à l'impossible nul n'est tenu, sauve qui peut »². À cœur défendant, le doyen Gaston Jèze finira par admettre cette thèse sous certaines conditions³. Si le droit est indispensable pour assurer la sauvegarde des intérêts de ses sujets, le non-droit ou le para-droit peut aussi s'avérer nécessaire. Un tel postulat est peut-être transposable en droit constitutionnel dans les États africains d'expression française. Au bénéfice de cette supposition, il est captivant d'entamer une réflexion sur l'influence de la nécessité sur l'évolution constitutionnelle dans ces États-là. Une telle entreprise requiert, au préalable, des clarifications notionnelles dont l'intérêt est certain.

Comme il est apparu ci-avant, le droit n'ignore pas la nécessité. Mais, c'est une notion qui affiche un caractère indéterminé et téléologique⁴. Elle ne se laisse construire et saisir que dans des cas bien précis. Elle est abondamment utilisée par plusieurs domaines du droit. C'est ainsi qu'elle est évoquée en droit civil, où elle traduit le « caractère de ce dont on a

¹ HOERNI, *De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse*, Genève, 1917.

² Guy BRAIBANT, « L'Etat face aux crises », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 8.

³ Gaston JEZE, « L'exécutif en temps de guerre », *RDP*, 1917, p. 5 ; Gaston JEZE, « Note sous CE, 30 juillet 1915, *GENERAL VERRIER* », *RDP*, 1915, p. 479. Pour lui, il faut que le but visé soit celui de la protection de la défense nationale, qu'il soit impossible de faire autrement et, enfin, que cette solution soit provisoire et limitée.

⁴ Roger PALLARD, « L'Exception de nécessité en droit civil », *RIDC*, vol. 2, n° 1, janvier-mars 1950, p. 224.

absolument besoin »¹ ou, une « situation dans laquelle se trouve une personne qui, pour éviter un grave péril, cause à autrui un dommage de moindre importance. Sert de fait justificatif »²; il s'agit alors d'une « situation critique justifiant une solution inhabituelle »³ ou « exorbitante comme étant, raisonnablement, dans le cas, la seule de nature à sauvegarder un intérêt légitime »⁴. En droit administratif, « en considération de la nécessité [...], des tolérances sont apportées par la jurisprudence, particulièrement administrative, dans la rigueur des règles de compétence et de forme en faveur d'actes publics indispensables »⁵.

En procédure civile en revanche, la nécessité correspond à une « circonstance de fait justifiant une solution exorbitante permettant au juge d'ordonner l'exécution provisoire d'un jugement, d'autoriser soit une signification, soit une exécution en dehors des heures légales et des jours ouvrables, de procéder non contradictoirement en prescrivant une mesure à l'insu de la partie adverse. Le plus souvent, la mesure paraîtra nécessaire par suite de l'urgence et du péril en la demeure »⁶. En procédure pénale, on évoque le principe de nécessité « aux termes duquel toute mesure de contrainte exercée, dans le cadre d'une procédure pénale, à l'encontre d'une personne suspectée ou poursuivie, doit être totalement indispensable en fonction des objectifs de l'enquête »⁷. En droit pénal, « l'état de nécessité constitue traditionnellement un fait justificatif qui

¹ Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD et autres, *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 1375.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ Gérard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 11^{ème} éd., Paris, PUF, 2017, p. 682.

⁵ Serges GUINCHARD, Thierry DEBARD et autres, *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 1375.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, p. 1376.

neutralise l'élément légal de l'infraction »¹. Autrement dit, l'état de nécessité y correspond à la situation dans laquelle se trouve une personne qui, pour sauvegarder un intérêt supérieur, n'a d'autre ressource que d'accomplir un acte défendu par la loi pénale.

En droit constitutionnel², la nécessité correspond tout aussi à un « ensemble de circonstances exceptionnelles qui, comportant un danger ou une menace pour les institutions ou le pays, justifient pour y parer un transfert ou une extension, organisés ou non par la Constitution écrite, des compétences constitutionnelles »³. Elle joue le rôle de correctif général

¹ Phèdre KALAMATIANOU, « L'état de nécessité sous l'angle du droit comparé et de la justice pénale internationale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 56, n° 2, 2004, p. 449. C'est ainsi qu'au Cameroun, « la responsabilité pénale ne peut résulter d'un acte commandé par la nécessité immédiate de la défense de soi-même ou d'autrui ou d'un droit appartenant à soi-même ou à autrui contre une atteinte illégitime, à condition que la défense soit proportionnée à la gravité de l'atteinte » (alinéa 1^{er} de l'article 84 du Code pénal) ; l'article 86 du même Code ajoute qu' « Indépendamment de la défense légitime prévue à l'article 84, la responsabilité pénale ne peut résulter de l'atteinte faite à un bien dans le but de détourner de soi-même ou d'autrui ou d'un bien appartenant à soi-même ou d'un à autrui, un péril grave, imminent et non autrement évitable, à condition qu'il n'y ait pas disproportion entre le mal à écarter et la mesure prise pour le prévenir ».

² Kodjo Ahlin A. KUAKUVI, « L'état de nécessité en droit constitutionnel des États d'Afrique noire francophone », *Les Annales de l'Université de Parakou, Série Droit et Science Politique*, vol. 3, n° 1, 2020, p. 99-118.

³ Gérard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 11^{ème} éd., Paris, PUF, 2017, p. 682.

des règles de droit¹. La nécessité étant d'appréhension fonctionnelle, *in concreto*, elle s'identifie en période de crise militaire, politique voire sanitaire², d'insurrection populaire, de guerre ou d'occupation du territoire par une puissance étrangère. En pareilles circonstances, le droit constitutionnel en vigueur subit souvent les assauts meurtriers des petites

¹ Roger PALLARD, « L'Exception de nécessité en droit civil », *RIDC*, Vol. 2, n° 1, janvier-mars 1950, p. 224.

² Voir en ce sens Séni Mahamadou OUEDRAOGO et Djibrihina OUEDRAOGO, « Les élections présidentielles et législatives à l'épreuve du Covid-19 : une mise en lumière en Afrique de l'Ouest francophone », *Afrilex*, 2020, 23 p. ; Fleur JOURDAN et Juliette HUBERT, « Le coronavirus va-t-il mettre à mal le fonctionnement de nos institutions ? », *JCP/La semaine juridique*, n° 12, 2020, 4 p. ; Diane ROMAN, « Coronavirus : des libertés en quarantaine », *La semaine juridique*, n° 13, 2020, p. 624-627 ; Anne LEVADE, « État d'urgence sanitaire : à nouveau péril, nouveau régime d'exception », *La semaine juridique*, n° 13, 2020, p. 613-616.

constitutions¹ et/ou des accords politiques², et le juge constitutionnel est parfois interpellé pour réguler¹. La légalité d'exception² trouve parfois des

¹ Emmanuel CARTIER, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, n° 71, 2007, p. 513-534. Les petites Constitutions sont encore appelées pré-Constitutions, Constitutions intérimaires, voire Constitutions transitoires. Selon le professeur Emmanuel CARTIER, le nom de « petite Constitution », attribué la première fois à la Constitution polonaise de 1919, a, en France, été dans un premier temps conceptualisé par Marcel PRELOT, qui l'appliqua à la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 en 1949 dans son *Précis de droit constitutionnel*, avant de développer le concept en 1961 dans son *Précis d'institutions politiques et de droit constitutionnel* ; voir également Paul ZIBI, « Le droit transitoire constitutionnel en République centrafricaine », *RFDC*, n° 121, 2020, p. 43-67 ; Nicoletta PERLO, « Les Constitutions provisoires, une catégorie normative atypique au cœur des transitions constitutionnelles en Méditerranée », *RMDP*, vol. 3, 2015, 33p ; Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones », *RFDC*, n° 63, 2005, p. 451-491.

² Paterne MAMBO, « Les rapports entre la Constitution et les accords politiques dans les États africains : réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *4 RD McGill* 921, n° 57, 2012, p. 923-952 ; Jean-Louis ATANGANA AMOUGOU, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, Vol. 33, n° 123, 2008, p. 1723- Innocent 1746 ; EHUENI MANZAN, *Les accords politiques dans la résolution des conflits armés internes en Afrique*, Paris, L'Harmattan, coll. Défense, stratégie & relations internationales, 2013, 766 p. ; Jean-Luc ENGOUTOU, « Le compromis constitutionnel dans les États d'Afrique noire francophone », *RFDC*, n° 121, 2020, p. 141-165 ; Jean Du BOIS de GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Revue Afrique contemporaine*, n° 206, 2003, p. 41-55 ; Cyrille MONEMBOU, « Du constitutionnalisme rédhibitoire au constitutionnalisme libéral. Réflexions sur le renouveau constitutionnel en Afrique noire francophone », *in* Magloire ONDOA

circonstances justifiées, de sorte que l'ordre constitutionnel évolue dans certains aspects, passant ainsi d'une configuration à une autre.

La référence à la matière constitutionnelle renvoie aussi bien à l'ordre politique qu'à l'ordre social. Dans le premier versant, il s'agit de la Constitution politique de l'État qui vise d'une part, « l'organisation et le fonctionnement du gouvernement, c'est-à-dire de l'ensemble des pouvoirs politiques qui dirigent la vie du groupe ; d'autre part, l'organisation de la liberté politique, c'est-à-dire, de la participation des citoyens au gouvernement »³. Dans le second volet, elle désigne « l'ordre social envisagé comme un ordre individualiste reposant sur la double base des libertés individuelles et des institutions privées et spécialement garanti par le pouvoir judiciaire »⁴. Dans une perspective d'assemblage, la matière constitutionnelle correspond ainsi à l'« ensemble des règles écrites ou coutumières qui déterminent la forme de l'État [...], l'organisation de ses institutions, la dévolution et les conditions d'exercice du pouvoir y

et Patrick Edgard ABANE ENGOLO, *L'exception en droit, Mélanges en l'honneur de Joseph Owona*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 124-126.

¹ Kobenan Kra KPRI, *Le conseil constitutionnel ivoirien et la suprématie de la Constitution étude à la lumière des décisions et avis*, Thèse en Droit, Université de Bourgogne-Dijon et Université Félix Houphouët-Boigny, 2018, 512p ; Thi Hong NGUYEN, *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, Thèse en Droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013, 643 p.

¹ SFDI, *La nécessité en droit international*, Actes du colloque de Grenoble, Paris, Pedone, 2007, 384 p.

² Joseph OWONA, « L'institutionnalisation de la légalité d'exception dans le Droit Public camerounais », *RJPIC*, 1975, n° 1, p. 3-48.

³ Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1930, p. 1.

⁴ *Ibid.*, p. 2.

compris le respect des droits fondamentaux »¹. Il s'agit d'une conception matérielle qui a pour défaut de ne mettre l'accent que sur l'objet ou le contenu de la matière constitutionnelle. C'est à juste titre qu'il faut lui associer une conception formelle selon laquelle l'évocation de la constitution traduit un « acte juridique suprême de l'État consignant les règles constitutionnelles au sens matériel. Si sa modification obéit à une procédure plus solennelle que la procédure législative ordinaire [...], on est en présence d'une constitution rigide. Par opposition, une constitution est dite souple si elle peut être révisée dans des conditions identiques à ou proches de la procédure législative ordinaire »². La Constitution est donc la poutre fondamentale de l'ordre juridique étatique. Elle sert de référence et de support à l'ensemble de l'édifice normatif. Cependant, aussi prestigieux que puisse paraître son statut, dans certaines circonstances, la Constitution se révèle souvent friable, car sa vigueur est tributaire des desseins des acteurs politiques.

Partant, la crise est un fait qui peut entraîner de profondes modifications. C'est ainsi qu'au contact de la nécessité, la matière constitutionnelle peut subir des évolutions ou des transformations. Même lorsque les circonstances de nécessité sont conjurées, des « séquelles juridiques »³ subsistent. Ce qui corrobore le constat selon lequel la Constitution n'est jamais établie *ne varietur*. De ce fait, le professeur Boubacar Ba note que l'Afrique est favorable aux évolutions

¹ Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD et autres, *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 555.

² *Ibid.*

³ Paul LEROY, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 22, 1966, p. 272.

constitutionnelles¹, créditant ainsi les écrits de madame Marthe Fatin-Rouge Stefanini selon lesquels, « ce qui est attendu d'une Constitution est qu'elle puisse s'adapter facilement aux nouveaux cas de figure, aux nouveaux problèmes de société, aux générations successives »². De ce fait, son rapport au temps laisse entrevoir des changements nécessaires. Le droit est « un objet davantage en construction, ou en voie de structuration, que construit et soumis comme tel à un certain degré d'incertitude dont les problématiques du changement et des mutations constituent une illustration topique »³. La norme constitutionnelle serait donc loin d'être inscrite dans un marbre intangible pour l'éternité. Les transformations constitutionnelles prouvent que cette idée de droit n'est pas statique et peut évoluer ou changer⁴. Fût-elle rigide, la Constitution n'est jamais une œuvre si parfaite⁵. Prôner son immutabilité serait voué à l'échec. Le pouvoir constituant qui produit la norme constitutionnelle et les différents interprètes de cette dernière interviennent régulièrement pour la défaire, la refaire et lui donner un sens, voire une convention, au

¹ Boubacar BA, « L'évolution constitutionnelle des pays africains de succession française », *Annales Africaines*, Nouvelle Série, Volume 2, décembre 2020, n° 13, p. 1-37.

² Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, « La Constitution doit-elle être efficace ? », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Ariane VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 217.

³ Emmanuel CARTIER, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, n° 71, 2007, p. 517.

⁴ Adama KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de Constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *Afrilex*, janvier 2013, p. 15.

⁵ André CABANIS et Michel Louis MARTIN, *Les Constitutions d'Afrique francophone. Evolutions récentes*, Karthala, 1999, p.185.

sens du professeur Pierre Avril¹. Il s'avère donc que l'évolution constitutionnelle traduit le passage d'un état constitutionnel à un autre. Seulement, tout changement constitutionnel est potentiellement porteur d'insécurité juridique². Les débats qu'il peut charrier dans les milieux politiques et sociaux ne peuvent laisser la doctrine insensible.

Dans cet ordre d'idées, la doctrine a manifesté un appétit, presque démesuré, pour l'étude de la nécessité. Les réflexions doctrinales y relatives foisonnent. En général, il en ressort que la nécessité purifie des attitudes ou mesures écartées du droit, mais justifiées par l'état de nécessité qui les a fait naître. La nécessité semble être un laboratoire de fabrication des pratiques *contra legem* et de justification des lacunes du droit. À cet effet, pour Jean-Louis Capitolin³, la nécessité est envisagée à l'intérieur des limites de l'espace juridique lui-même, pris comme un « réseau de rapports de droit ». Dans ce réseau, elle occupe une place

¹ Pierre AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, col. Léviathan, 1997, 202p. Voir également Luc SINDJOUN, « Présentation générale », in Stanislas MELONE et Adolphe MINKOA SHE (dir.), *La réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996 au Cameroun. Aspects juridiques et politiques*, Fondation Friedrich Ebert/ Association africaine de science politique, 1997, p. IV. L'auteur précise que « le droit ne se limite pas à son processus de création, à son énoncé ; il renvoie aussi à ses pratiques, aux représentations sociales qui se cristallisent dans le temps ».

² Voir en ce sens Babacar KANTE, « La justice constitutionnelle face à l'épreuve de la transition démocratique », in Oumarou NAREY, *La justice constitutionnelle*, Actes du colloque international de l'ANDC en partenariat avec la FSEJ de l'Université de ABDOU MOUMOUNI de Niamey (Niger), le CERDRADI et l'IDESUF de l'Université de Bordeaux (France) du 15 au 17 octobre 2015, à Niamey, Niger, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 35.

³ Jean-Louis CAPITOLIN, *La nécessité en droit*, Thèse en droit, Université des Antilles et de la Guyane, 1997, 946 p.

secrète mais pas des moindres. On la trouve à la source de certains de ces rapports ; elle est cette cause qui fait naître une obligation à laquelle on ne peut échapper et dans laquelle la norme puise à son tour nombre de ses contenus afin de rendre possible la réalisation des objectifs que les sociétés juridiques se sont fixés. En ce sens, il existe un modèle de la nécessité juridique.

Quant à Sarah Cassella, elle estime que l'état de nécessité constitue un mécanisme fondamental du droit international intimement lié à ses caractéristiques propres. Il a comme fonction la limitation des obligations juridiques des États lors de la survenance d'un fait-condition -la situation de nécessité- afin d'éviter que l'application du droit ne génère un coût social excessif. Cette position est relayée par la Société française de droit international à la lecture des actes du colloque sur « La nécessité en droit international »¹. Il faut tout de même souligner que le professeur Michel Troper a une conception assez large de la nécessité. Pour lui, les évolutions factuelles contraignent les acteurs du système et la science du droit à déployer de nouveaux concepts ou théories, à modifier ceux qui préexistent, de manière à garantir la pleine acceptabilité de leurs actes ou analyses².

Si la problématique de la confrontation de la nécessité à l'évolution constitutionnelle n'a pas fait l'objet d'études spécifiques et pointues en droit français, ce constat est également vérifiable dans le cas des États africains d'expression française. Il devient intéressant de poursuivre la

¹ SFDI, *La nécessité en droit international*, Actes du colloque de Grenoble, Paris, Pedone, 2007, 384 p.

² Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2011, 294 p. ; voir en ce sens Brice CROTTET, « Michel Troper, Le droit et la nécessité », Paris, PUF, 2011, coll. Léviathan, 294 p. », *Jus Politicum*, n° 9, 2013, p. 6.

présente réflexion au double plan théorique et pratique, ce d'autant plus que, comme le relève le doyen Alain Franklin Ondoua, la nécessité transparaît non pas comme une inconnue, mais davantage comme une donnée méconnue du droit constitutionnel africain¹.

Au plan théorique, cette recherche permettra de mettre en relief le caractère évolutif des règles constitutionnelles. Ces dernières ne pouvant être figées, elles sont appelées à répondre aux aspirations du pouvoir constituant à des fins bien précises. En ce que le droit est normatif ou directeur, il est le produit d'une société et d'une époque singulières auxquelles il apporte, par ses énoncés prescriptifs, des solutions à des problèmes identifiés. Sa complétude étant remise en cause au gré des situations de fait, son intangibilité cède la place à sa mutabilité. Le droit change. Tout changement précède et succède à un changement. Même la rigidité de certains édifices constitutionnels n'y résiste pas. Les fins et les moyens de l'ordre constitutionnel sont versatiles.

Au plan pratique, il est question de relever les procédés par lesquels l'ordre constitutionnel existant est paralysé ou supplanté par un ordre constitutionnel dérogatoire ou transitoire. En cas de nécessité, la normativité constitutionnelle pouvant épouser diverses formes ou catégories, leur analyse en rapport avec la problématique du temps et de l'unité de l'ordre juridique est nécessaire. Les effets de droit que ces procédés produisent doivent être sous le feu des projecteurs pour le plus

¹ Alain Franklin ONDOUA, « La nécessité en droit constitutionnel. Etude à partir de quelques expériences africaines », in Magloire ONDOA et Patrick Edgard ABANE ENGOLO, *L'exception en droit, Mélanges en l'honneur de Joseph OWONA*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 60.

grand bien de la sécurité juridique menacée par l'instabilité constitutionnelle constatée et décriée¹.

À l'observation des récentes évolutions constitutionnelles, les États africains d'expression française semblent être des terrains d'étude indiqués. Dans ce cadre, il s'agit principalement du Burkina Faso, du Burundi, de la Côte d'Ivoire, du Gabon, de la Guinée Conakry, de Madagascar, du Mali, du Niger, de la République centrafricaine, de la République démocratique du Congo, du Tchad et du Togo. Les crises politiques que la plupart d'entre eux ont connues ou connaissent actuellement, les rendent éligibles aux critères d'une situation de nécessité. Bien plus, pour les résorber, ces États ont emprunté des procédés plus ou moins proches. C'est au regard de toutes ces considérations qu'il est fondé de s'appesantir sur la question qui suit : **comment l'ordre constitutionnel réagit-il aux circonstances de nécessité dans les États africains d'expression française ?**

Une telle problématique nous permettra de montrer l'idée d'une évolution atypique de l'ordre constitutionnel sous l'effet de la nécessité. En effet, il est donné de constater que l'ordre constitutionnel s'arrime aux situations de nécessité, pour y apporter des solutions juridiques. Pour y parvenir, le recours au positivisme sociologique paraît indiqué. Partant des normes juridiques établies selon les procédés légaux, il faut les confronter à des faits sociaux pour mieux en saisir l'origine et la nécessité. Au bénéfice de l'idée d'une évolution singulière de l'ordre constitutionnel au contact des circonstances de nécessité, la démonstration s'opère par la déclinaison de la nécessaire adaptation de l'ordre constitutionnel d'une part (I), et son opérationnalisation singulière (II) d'autre part.

¹ Maurice KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du consensualisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque africaine et malgache, tome 43, 1987, p. 237-239.

I. Une adaptation nécessaire de l'ordre constitutionnel

En théorie générale, les rapports du droit au temps révèlent que « tout ordre juridique est un défi au temps »¹. La raison est bien connue : le droit est une construction sociale, un système de représentations intellectuelles, il n'est pas en mesure de figer les évolutions des sociétés². Aussi se transforme-t-il « sans cesse au rythme de l'histoire dont il épouse, freine ou encourage l'évolution si bien qu'il traduit les conditions de son temps et porte les stigmates de l'époque où il s'est formé »³. C'est un postulat auquel le droit constitutionnel des États africains d'expression française n'échappe guère lorsqu'il est confronté à certains faits troubles. Cela étant, les crises d'ordre sociopolitique (A) et les crises d'ordre institutionnel (B) se révèlent souvent être des facteurs de l'évolution constitutionnelle.

A. Une adaptation nécessitée par des crises d'ordre sociopolitique

« Ubi societas, ibi jus »⁴. Cette maxime latine traduit pleinement le constat selon lequel, les rapports du droit aux faits révèlent, qu'en ce qu'il est un phénomène social, le droit n'est pas désincarné. De cette sorte, à la suite d'Auguste Comte, Emile Durkheim et du doyen Léon Duguit, on peut être forcé d'admettre que l'élaboration des lois résulte des besoins

¹ Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 188 ; rapporté par Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^{ième} éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 123.

² *Ibid.*

³ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^{ième} éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 124.

⁴ Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ième} éd., Paris, Litec, 1999, p. 921-923.

sociaux et de la conscience collective qui se manifestent dans la règle de droit¹. Le droit est donc le reflet de la société à laquelle il s'applique, il subit une évolution inéluctable du fait de cette société². Le droit relève donc de la nécessité du social³. De cette dernière, on peut observer la survenance d'une situation troublante qui, en raison de sa gravité, justifie des mesures d'exception⁴. Il peut s'agir d'une crise. Cette dernière peut être perçue comme étant une « remise en question radicale d'un statut d'existence qui avait accédé à une stabilité et à une certaine unité, qui semblait à l'abri des contestations majeures »⁵. Elle peut être sociale (1), voire politique (2).

1. La survenance d'une crise sociale

La notion de crise évoquée dans le cadre de ces lignes est polysémique, car d'usages multiples. À suivre Guy Braibant, « tantôt il s'agit de mouvements en profondeur, de longue durée, qui affectent une civilisation, une société, un État, un régime. Tantôt il s'agit de phénomènes immédiats, superficiels, passagers, aigus, parfois violents »⁶. Provoqués par divers facteurs tant structurels que conjoncturels⁷, pour le professeur Mamadou Badji, la crise est une phase, un moment critique,

¹ Christophe ALBIGES, *Introduction au droit*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 18.

² Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 123.

³ Bruno OPPETIT, « Le droit hors de la loi », *Revue française de théorie juridique, Droits*, n° 10, 1989, p. 48.

⁴ Gérard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 11^{ème} éd., Paris, PUF, 2017, p. 289.

⁵ PA LIEGE, *Esprit*, 1961, p.701 ; rapporté par Paul LEROY, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDJ, 1966, p. 9.

⁶ Guy BRAIBANT, « L'Etat face aux crises », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 5.

⁷ Voir en ce sens Babacar GUEYE et Sémou NDIAYE, « L'instabilité institutionnelle en Afrique », *Droit sénégalais*, n° 10, 2011-2012, p. 131-157.

donc une situation limitée dans le temps. Elle s'arrête lorsque la tension tombe ou lorsqu'un arrangement a été trouvé¹. Sa gestion juridique exceptionnelle n'a d'égale que les réformes que celle-ci peut souvent occasionner. Comme la plupart des États dans le monde, depuis 1990², les États africains d'expression française sont souvent le théâtre de crises dont certaines sont sociales et qui, de par leur nature et leur gravité, n'ont pu être prévenues de manière efficace. À ce propos, si les crises peuvent avoir un effet sur la Constitution, cette dernière ne leur est pas indifférente³.

Partant, à titre illustratif, les crises sociales affectent la société. Elles peuvent être naturelles. Il peut ainsi s'agir d'un tremblement de terre, d'une éruption volcanique, d'une disette due à la sécheresse⁴. Il faut relever qu'elles peuvent tout aussi procéder d'une manifestation d'une ou de plusieurs classes sociales qui affichent un mécontentement à la suite d'une situation. Ainsi est-il des revendications identitaires, ethniques ou religieuses⁵. Au sein d'un État, celles-ci affectent généralement soit la

¹ Mamadou BADJI, « La gestion des conflits en Afrique Subsaharienne. Approches francophones », *Droit sénégalais*, n° 10, 2011-2012, p. 18.

² Babacar KANTE, « La justice constitutionnelle face à l'épreuve de la transition démocratique », *op. cit.*, p. 22 ; voir également Jean-Claude PORTEOUS, « L'évolution des conflits en Afrique subsaharienne », *Politique étrangère*, n° 2, 2003, p. 307-320 ; Mamadou BADJI, *op. cit.*, p.17 et 18.

³ Oumarou NAREY, « La suprématie de la Constitution en période crise », in Frédéric Joël AÏVO, Jean du Bois de GAUDUSSON, Christine DESOUCHES et Joseph MAÏLA, *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'Homme et de la démocratie, Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, Paris, L'Harmattan, 2020, p. 845-867.

⁴ Guy BRAIBANT, « L'Etat face aux crises », *Pouvoirs*, 1979, n° 10, p. 5.

⁵ Babacar GUEYE et Sémou NDIAYE, « L'instabilité institutionnelle en Afrique », *Droit sénégalais*, n° 10, 2011-2012, p. 149-151.

société dans son entièreté, soit alors une partie de la population ou de son territoire¹. C'est le cas de la survenance brutale d'une calamité naturelle sur une partie du territoire national, ou d'une grogne sociale des citoyens d'un État, résultant d'un obstacle à la concrétisation de leurs aspirations. La crise peut également résulter d'une détérioration de la situation sécuritaire comme ce fut récemment le cas au Burkina Faso², provoquant ainsi le coup le coup d'Etat du 24 janvier 2022³ et celui du 30 septembre 2022⁴condamnés par l'ONU, l'Union africaine, la CEDEAO.

Portées par la pauvreté, les crises sociales s'érigeront donc en expression de l'imprévu et du désordre⁵. C'est dans ce registre qu'il faut ranger « les émeutes de la faim » que le Cameroun a connues du 23 au 29 février 2008⁶. Le Mali¹, le Niger² et le Sénégal³ ont également offert des

¹ Maryse RAMAMBASON-VAUCHELLE, « La crise sociale à la crise politique. L'entrée en scène des nouveaux entrepreneurs en fédération de Russie », *Revue des sciences sociales et humaines*, 2010, p. 211 ; Guy BRAIBANT, « L'Etat face aux crises », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 6.

² Voir en ce sens le préambule de la charte de transition du 2 mars 2022.

³ Le 24 janvier 2022, l'armée du Burkina Faso, dirigée par le lieutenant-colonel Paul-Henri Sandaogo Damiba et le Mouvement patriotique pour la sauvegarde et la restauration (MPSR) auto-proclamé, a renversé le gouvernement élu dirigé par le président Roch Marc Christian KABORE.

⁴ Le 30 septembre 2022, des membres de l'armée du Burkina Faso ont renversé le lieutenant-colonel Paul-Henri Sandaogo Damiba et pourvu à son remplacement par le capitaine Ibrahim Traore.

⁵ Michelle ANSART-DOURLEN, « La notion de crise politique et les modalités de son déni dans les mouvements contestataires et révolutionnaires », *Les cahiers psychologiques et politiques*, 2009, n° 14, p. 5.

⁶ Fondées sur la vie chère (la hausse du prix des carburants), l'initiation de la révision de la Constitution par le président de la République et le chômage des jeunes, les émeutes de la faim sont un violent mouvement de contestation débuté

spectacles de cette nature. La Banque mondiale note dans ce sens que la flambée des prix alimentaires en 2008 a provoqué des émeutes révélatrices du mécontentement et du sentiment d'insécurité des populations dans plus d'une douzaine de pays d'Afrique et d'Asie, et engendré une grande instabilité politique⁴. La rue¹ et la violence sont ainsi

à Douala et propagé dans les autres villes du pays. Ce sont les plus importantes émeutes depuis les opérations « villes mortes » de 1991.

¹ C'est un pays dans lequel la culture et la pratique des manifestations est assez poussée. Ainsi, en 2005, il y a eu des mobilisations contre la privatisation du rail avec le Collectif citoyen pour la restauration et le développement intégré du rail malien ; les mobilisations sur les conditions d'exploitation de la mine d'or de Sadiola ; l'opposition des paysans depuis 2006 à l'introduction des OGM dans l'agriculture malienne par la Coalition pour la protection du patrimoine génétique Malien (COPAGEN-Mali).

² En mars 2005 est née la « Coalition équité, qualité et lutte contre la vie chère ». Elle était structurée par une trentaine d'organisations de la société civile issues des milieux syndicaux, des associations de défense des consommateurs, de défense des droits de l'homme et des organisations impliquées dans les projets de développement. Cette coalition fait suite à la proposition de loi du gouvernement visant à faire passer la TVA sur les produits alimentaires –dont ceux de première nécessité– à 19%. Voir en ce sens Mohamadou MAGHA, « Émergence de mouvements sociaux urbains face à la crise : le cas du Niger », *Grain de Sel*, n° 76, 2018, p. 10 et 11.

³ C'est ainsi que l'on reconnaît le rôle très important des mouvements sociaux sénégalais (via le Conseil des ONG d'appui au développement (CONGAD), le CNCR – Conseil national de concertation et de coopération des ruraux -, le Collectif national des pêcheurs artisans du Sénégal, ENDA) en 2000 en faveur de l'alternance politique. M. Abdou Diouf cède ainsi la présidence de la République à M. Abdoulaye Wade.

⁴ Banque mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde : Risques et opportunités La gestion du risque à l'appui du développement*, 2014, p. 4.

considérées comme un mode de régulation politique², voire d'accès privilégié au pouvoir³. C'est le besoin social de la loi qui s'exprimerait ainsi parce que la Constitution serait inadaptée aux aspirations sociales, philosophiques, voire idéologiques du peuple.

Considérée comme une atteinte à l'organisation constitutionnelle, la crise peut provoquer son remplacement, ou tout le moins, son amendement plus ou moins profondément⁴. L'ordre constitutionnel est alors modifié pour tenir compte des aspirations des auteurs de la crise. C'est dans ce cadre qu'il faut interpréter les mouvements sociaux qu'ont connus certains États africains d'expression française dans les années 1990. Les Conférences nationales souveraines convoquées ça-et-là ont été des plateformes de décripation de l'environnement socioéconomique et politique⁵. C'est ainsi que de nouvelles Constitutions ont été adoptées dans plusieurs États, au Niger par exemple le 26 décembre 1992. Ladite Constitution abrogeait celle du 24 septembre 1989.

Si les crises sociales que rencontrent souvent les États africains d'expression française sont liées à des phénomènes tels que les guerres, les agressions, les troubles, les émeutes, les grèves, les actes de terrorisme

¹ Samuel HAYAT, « La République, la rue et l'urne », *Pouvoirs*, n° 116, 2006, p. 31-44.

² Tatiana SMIRNOVA, et Camille NOÛS, « La violence comme mode de régulation politique : la Caso et les mobilisations étudiantes dans le Niger des années 1990 », *Politique Africaine*, n° 157, 2020, p. 223-232.

³ Babacar GUEYE et Sémou NDIAYE, « L'instabilité institutionnelle en Afrique », *Droit sénégalais*, n° 10, 2011-2012, p. 131.

⁴ Voir en ce sens Paul LEROY, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 22, 1966, p. 273.

⁵ Babacar GUEYE « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 5-6.

et les mouvements régionaux¹, il faut remarquer que, bien que n'en étant pas la cause exclusive, ceux-ci peuvent aboutir à une crise politique.

2. Le déclenchement d'une crise politique

Partageant l'idée selon laquelle « est crise : la situation comportant un péril pour l'État ou pour le régime politique »², il faut admettre que les circonstances de nécessité ne sont pas exclusives aux crises sociales. Parfois bien plus complexes, les crises politiques contribuent à leur manière à pétrifier l'ordre constitutionnel établi. Il importe, pour mieux les cerner, de relever que cette catégorie de crises s'attache plus à la nature politique des faits et à ses acteurs³. Ces crises portent sur l'organisation, le fonctionnement, la conquête, l'acquisition, l'exercice, la transmission du pouvoir politique. Elles correspondent donc aux crises qui ont un mobile politique. Partant, elles sont liées aux tensions d'ordre politique et se manifestent comme un excès d'irritation de la part des acteurs politiques au sein d'un État⁴. En période électorale, c'est le cas de toute situation de désordre, de perturbation, de dérangement, de dysfonctionnement qui, s'introduisant dans le système politique, a ou

¹ Guy BRAIBANT, « L'Etat face aux crises », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 5.

² Paul LEROY, *op. cit.*, p. 9.

³ Thierry Olivier TAMA AYINDA, *Constitutions et crise en Afrique : Réflexion sur l'encadrement constitutionnel des crises dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Yaoundé II, 2017-2018, p. 61.

⁴ Michelle ANSART-DOURLEN, « La notion de crise politique et les modalités de son déni dans les mouvements contestataires et révolutionnaires », *Les cahiers psychologiques et politiques*, n° 14, 2009, p. 8.

aurait de graves incidences sur le déroulement du jeu électoral pluraliste¹. En effet, le pouvoir politique faisant l'objet de vives convoitises, les acteurs politiques vont mettre en place des stratégies pour accéder au pouvoir ou le conserver. Cependant, ce jeu politique lié à l'accession, au partage ou à la conservation du pouvoir, s'illustre dans plusieurs pays africains par de graves crises politiques récurrentes qui déchirent le continent².

À la suite de Jean-François Médard³, Mamadou Gazibo⁴ explique que c'est la pratique du néo-patrimonialisme dans certains États africains impliquant l'arbitraire, qui conduit à des luttes *contra constitutionem*. Certains dirigeants ont tendance à s'agripper au pouvoir aussi longtemps qu'ils le peuvent et ne partent que contraints et forcés par des mobilisations populaires ou des révoltes⁵; bien que sacralisée, la Constitution est très souvent, non seulement, le texte juridique que l'on

¹ Stéphane BOLLE, « Les juridictions constitutionnelles africaines et les crises », in *Les cours constitutionnelles et les crises*, 5^{ème} Congrès de l'ACCPUF, Cotonou, 22-28 juin 2009, p. 3.

² Aimé WAZZOUO, *Représentations du leadership politique féminin et différences culturelles : comparaison entre la France et le Cameroun*, Thèse de doctorat en Psychologie travail ergonomie, Communauté Université Grenoble Alpes et Université de Yaoundé I, 2017, p. 44.

³ Jean-François MEDARD, « L'État néopatrimonial en Afrique noire », in Jean-François MEDARD (dir.), *États d'Afrique noire : formation, mécanismes et crises*, Paris, Karthala, 1991, p. 323-353.

⁴ Mamadou GAZIBO, *Introduction à la politique africaine*, 2^{ème} éd., Presses Universitaires de Montréal, 2010, p. 130.

⁵ Voir en ce sens Frédéric Joël AÏVO, « Les constitutionnalistes et le pouvoir politique en Afrique », *RFDC*, n° 104, 2015/4, p. 790.

révise¹, mais aussi que l'on outrage. La révision constitutionnelle constitue un moyen de mettre un terme à la crise. Elle apparaît ainsi au sens de Paul Leroy comme la seule voie qui puisse être empruntée afin d'écartier l'insurrection et ses ravages. Il s'agirait ainsi d'une arme efficace contre la crise².

Comme le souligne Paul Leroy, les crises politiques ont des incidences constitutionnelles directes³. C'est ainsi qu'en Côte d'Ivoire, la Constitution du 23 juillet 2003 a été adoptée à la suite de la crise politique dans les années 2000 et 2010. Elle sera par la suite anesthésiée par l'accord de Linas-Marcoussis du 24 janvier 2003 dont les dispositions ont, en partie, préfiguré la Constitution du 8 novembre 2016, révisée le 17 mars 2020. Les lectures diachronique et synchronique de ces différents textes montrent que les crises politiques secrètent le lait dont se nourrissent les Constitutions. À titre illustratif, il est donné de constater que s'agissant des conditions d'éligibilité à la présidence de la République, l'on est passé de « [...] Le candidat à l'élection présidentielle doit être âgé de quarante ans au moins et de soixante-quinze ans au plus. Il doit être ivoirien d'origine, né de père et de mère eux-mêmes ivoiriens d'origine »⁴, à « [...] Il choisit un vice-Président de la République, qui est élu en même temps que lui. [...] et doit être âgé de trente-cinq ans au moins. Il doit être exclusivement de nationalité ivoirienne, né de père ou de mère ivoirien

¹ Voir en ce sens Jean-Louis ATANGANA AMOUGOU, « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Politeia*, n° 5, 2005, 27 p. ; Ismaila Madior FALL, « La révision de la Constitution au Sénégal », *Afrilex*, décembre 2014, 46 p.

² Paul LEROY, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDJ, 1966, p. 281.

³ *Ibid.*, p. 9.

⁴ Article 35 de la loi n°2000-513 du 1^{er} août 2000 portant Constitution de la Côte d'Ivoire.

d'origine »¹, puis enfin à « [...] Il choisit un vice-Président de la République, en accord avec le Parlement. [...] et doit être âgé de trente-cinq ans au moins. Il doit être exclusivement de nationalité ivoirienne, né de père ou de mère ivoirien d'origine »². Bien que certaines évolutions constitutionnelles soient intervenues en Côte d'Ivoire quelques années après la crise des années 2000, on pourrait y trouver une corrélation plus ou moins étroite. Quoi qu'il en soit, il apparaît en substance que non seulement la double condition de nationalité a été levée, mais l'âge à la candidature a été revu à la baisse et le poste de vice-président de la République créé. Au niveau du pouvoir législatif, le Parlement a été éclaté en deux chambres. C'est ainsi que l'on est passé de « le Parlement est constitué par une chambre unique dite Assemblée nationale dont les membres portent le titre de Député »³, à « le pouvoir législatif est exercé par le Parlement. Le Parlement est composé de l'Assemblée nationale et du Sénat »⁴, donnant ainsi vie aux écrits du professeur Paul Leroy, selon lesquels « la crise suscite, en dehors de toute réforme du droit écrit, le bouleversement de l'organisation constitutionnelle »⁵. L'un des effets que ce bicamérisme a induit c'est la diminution du nombre de membres du Conseil constitutionnel, qui sont nommés par le président de l'Assemblée nationale. C'est ainsi que la disposition selon laquelle « le Conseil

¹ Article 55 de la loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire.

² Article 55 (nouveau) de la loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire, révisée le 17 mars 2020.

³ Article 58 de la loi n°2000-513 du 1^{er} août 2000 portant Constitution de la Côte d'Ivoire.

⁴ Article 85 de la loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire, révisée le 17 mars 2020.

⁵ Paul LEROY, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDJ, 1966, p. 271.

constitutionnel se compose : d'un président ; des anciens présidents de la République, sauf renonciation expresse de leur part ; de six conseillers dont trois désignés par le président de la République et trois par le président de l'Assemblée nationale »¹, a été remplacée par « le Conseil constitutionnel se compose : d'un président ; des anciens présidents de la République, sauf renonciation expresse de leur part ; de six conseillers dont trois désignés par le Président de la République, deux par le président de l'Assemblée nationale et un par le président du Sénat »². La Chambre nationale des rois et des chefs traditionnels a vu le jour³.

À l'image de l'ordre constitutionnel ivoirien, le cas de la République démocratique du Congo fournit également une manifestation éloquente de l'effet des situations de nécessité sur l'ordre constitutionnel. En effet, l'arrivée au pouvoir de Laurent Désiré Kabila, par la force des armes, le 17 mai 1997, a entraîné une guerre civile de près de dix ans, poursuivie jusqu'en 2005. La texture de la Constitution du 18 février 2006⁴ laisse entrevoir nombre d'importantes évolutions. C'est ainsi que l'on retient que le constituant congolais a limité le nombre des mandats du président de la République⁵ et créé le Conseil économique et social¹. Bien plus, en

¹ Article 89 de la loi n°2000-513 du 1^{er} août 2000 portant Constitution de la Côte d'Ivoire.

² Article 128 de la loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire, révisée le 17 mars 2020.

³ Les articles 175 et 176 de la loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire, révisée le 17 mars 2020.

⁴ Adoptée par référendum les 18 et 19 décembre 2005.

⁵ Article 70 de la Constitution du 18 février 2006 révisée : « le Président de la République est élu au suffrage universel direct pour un mandat de cinq ans renouvelable une seule fois ». En application des dispositions de l'article 220 du même texte, la limitation du nombre de mandats ne peut pas faire l'objet de révision.

2011, certaines dispositions de la Constitution du 18 février 2000 s'étant « révélées handicapantes et inadaptées aux réalités politiques et socio-économiques de la République démocratique du Congo »², « des dysfonctionnements imprévus par le constituant originaire sont apparus dans la vie des institutions de la République tant au niveau national que provincial »³ ; l'on est par exemple passé d'un scrutin présidentiel à deux tours à un scrutin présidentiel à un tour⁴.

Dans d'autres cas, ce n'est pas la voie de la révision constitutionnelle qui a été empruntée, mais celle des petites Constitutions, entraînant ainsi un réaménagement institutionnel global. Ainsi, en République centrafricaine, en considérant le changement politique du 24 mars 2013 qui a entraîné la suspension de la Constitution du 27 décembre 2004 et la dissolution des institutions républicaines, le chef de l'État de la transition⁵, le gouvernement de transition⁶ et le Conseil national de transition⁷ ont vu le jour à la faveur de la loi n° 13.001 du 18 juillet 2013 portant charte constitutionnelle. Tel fut récemment le cas au Mali à la

¹ Des articles 208 à 210 de la Constitution du 18 février 2006 révisée.

² Exposé des motifs de la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République démocratique du Congo.

³ *Ibid.*

⁴ Article 71 de la Constitution du 18 février 2006, issu de l'article 1^{er} de la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République démocratique du Congo : « le Président de la République est élu à la majorité simple des suffrages exprimés ».

⁵ Des articles 23 à 34 de la loi n° 13.001 du 18 juillet 2013 portant charte constitutionnelle en RCA.

⁶ Des articles 35 à 48 de la loi n° 13.001 du 18 juillet 2013 portant charte constitutionnelle en RCA.

⁷ Des articles 49 à 64 de la loi n° 13.001 du 18 juillet 2013 portant charte constitutionnelle en RCA.

suite des événements du 18 août 2020 ayant conduit à la démission du président de la République, *Monsieur Ibrahim Boubacar Keita*. À cet effet, sous l'effet du décret n° 2020-0072/PT-RM du 1^{er} octobre 2020 portant promulgation de la charte de transition, le président de la transition¹, le vice-président de la République², le Conseil national de transition³ et le gouvernement de transition⁴ ont vu le jour, avec pour mandat de sortir le pays de la crise⁵. Comme en Guinée Conakry⁶ et au Tchad⁷, il en a été de même au Burkina Faso où sous l'effet des articles 3 des chartes de transition du 1^{er} mars 2022 et du 14 octobre 2022, le président de la

¹ Des articles 4 à 10 de l'annexe du décret n° 2020-0072/PT-RM du 1^{er} octobre 2020 portant promulgation de la charte de transition.

² Article 7 de l'annexe du décret n° 2020-0072/PT-RM du 1^{er} octobre 2020 portant promulgation de la charte de transition. S'agissant particulièrement du poste de vice-président, il faut souligner c'est une innovation fondamentale non seulement parce que c'est la toute première fois qu'une telle fonction y est créée, mais aussi et surtout parce qu'il est particulièrement chargé des questions de défense et de sécurité. Le président de transition est par conséquent dépouillé de son pouvoir militaire.

³ Des articles 13 et suivants de l'annexe du décret n° 2020-0072/PT-RM du 1^{er} octobre 2020 portant promulgation de la charte de transition.

⁴ Les articles 11 et 12 de l'annexe du décret n° 2020-0072/PT-RM du 1^{er} octobre 2020 portant promulgation de la charte de transition.

⁵ Olivier DEVAUX et André CABANIS, « Les institutions de sortie de conflits », *Droit sénégalais*, n° 10, 2011-2012, p. 71-103.

⁶ En application de l'article 36 de la charte de transition du 27 septembre 2021, les organes de la transition sont : le Comité national du rassemblement pour le développement, le président de la transition, le gouvernement de transition et le Conseil national de transition.

⁷ En application des dispositions de l'article 38 de la charte de transition du 21 avril 2021 modifiée le 8 octobre 2022, les organes de la transition sont : président de transition, le gouvernement de transition et le Conseil national de transition.

transition, le Conseil d'orientation et de suivi de la transition¹, le gouvernement de transition et l'Assemblée législative de transition ont récemment vu le jour.

Au regard de ce qui précède, il apparaît que la crise suscite la mutation de l'ordre constitutionnel. Autrement dit, la crise est un facteur de transformation de l'ordonnement constitutionnel². La métamorphose de l'ordre constitutionnel ainsi soulignée n'est pas exclusive aux crises socio-politiques. Les crises d'ordre institutionnel y contribuent tout aussi fort opportunément.

B. Une adaptation portée par la survenance d'une crise institutionnelle

Le droit peut être considéré comme un corps d'institutions d'une part et la science qui les étudie d'autre part. À cet effet, à la lecture des écrits du doyen Maurice Hauriou³, il apparaît que l'on peut distinguer les institutions normes des institutions organes. Si les premières sont des mécanismes d'encadrement des comportements sociaux, les secondes en revanche agissent car, disposant de la capacité juridique. Au niveau de l'État, c'est le droit constitutionnel qui détermine ces différents organes. Il en assure le fonctionnement harmonieux car, « moins le régime fonctionnera harmonieusement plus une situation tendra à acquérir rapidement le caractère d'une crise »⁴.

¹ Il faut tout de même préciser que le Conseil d'orientation et de suivi de la transition n'a pas été reconduit par l'article 3 de la charte de transition du 14 octobre 2022.

² Paul LEROY, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDJ, 1966, p. 273.

³ Maurice HAURIOU, *Théologie de l'institution et de la fondation*, Paris, Ed, Bloud et Gay, 1925, p. 113 et 188.

⁴ Paul LEROY, *op. cit.*, p. 19.

Malheureusement, malgré toutes les précautions prises, dans certains contextes, les institutions organes mises en place peuvent se trouver en situation de crise supposée, prévenue et réglée par le *corpus* des règles constitutionnelles. On est tenté de remarquer que la crise serait le plus grand mal auquel sont exposés les organes constitutionnels. Aussi convient-il, de manière générale, de considérer, sur les pas des professeurs Philippe Ardant et Pierre Dabezies, que « loin d'être étrangère ou opposée au droit, la crise lui est consubstantielle et familière puisqu'il a précisément pour fin de la prévenir, de la figer, de la circonscrire ou de la maîtriser..., parfois d'en sanctionner les effets inéluctables, sinon, à l'extrême, de s'y adapter »¹. Mais le droit constitutionnel se nourrit tout aussi des crises. Les données de ces dernières peuvent constituer de sérieux motifs d'évolution ou de révolution, voire d'involution du droit constitutionnel. Les organes constitutionnels sont d'ailleurs une cible de choix dans le viseur des crises politiques.

Dès lors, les organes de l'État, notamment le président de la République, le gouvernement, le Parlement ainsi que les institutions juridictionnelles, peuvent connaître des crises ; on parle alors de crises institutionnelles, perçues comme des crises qui affectent l'État, voire ses institutions. Il en est ainsi des cas de crise relevant des faits exceptionnels extérieurs à l'ordre institutionnel de l'État² (1). Il peut également en être de même des crises institutionnelles inhérentes à l'organisation et au fonctionnement des organes de l'État (2).

¹ Philippe ARDANT et Pierre DABEZIES, « Introduction », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 3.

² Thierry Olivier TAMA AYINDA, *Constitution et crises en Afrique : Réflexion sur l'encadrement constitutionnel des crises dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Yaoundé II, 2017-2018, p. 63.

1. Les crises relevant des faits exceptionnels extérieurs à l'ordre institutionnel de l'État

Certains faits exceptionnels peuvent être attentatoires à l'ordre juridique dans son ensemble. Il s'agit par exemple des actes révolutionnaires, des coups d'État, voire des conflits armés internes pouvant conduire à l'anéantissement du socle de l'édifice juridique de l'État. Toutefois, ces différents phénomènes ont pour conséquence immédiate le réaménagement, voire la destruction de l'ordre constitutionnel, et par ricochet de l'État et ses institutions¹. C'est particulièrement le cas du coup d'État, perçu comme « un changement de gouvernement opéré, hors des procédures constitutionnelles en vigueur, par une action entreprise au sein même de l'État, soit par ses dirigeants, soit alors par certains de ses agents »². Comme pour ce qui est de M. Blaise Compaore³, c'est de cette sorte que M. Pierre Buyoya est arrivé au pouvoir au Burundi le 25 juillet 1996, après l'assassinat du président Melchior Ndadaye. Tel fut récemment le cas en 2017 au Zimbabwe, où le président Robert Mugabe a été renversé par M. Emmerson Mnangagwa ; au Burkina-Faso où en janvier 2022 le lieutenant-colonel Paul-Henri Sandaogo Damiba a renversé le gouvernement élu dirigé par le président Roch Marc Christian Kabore pour lui-même être renversé en septembre

¹ *Ibid.*

² Paul LEROY, « Coup d'État », in Yves MENY et Olivier DUHAMEL, (dir), *Dictionnaire constitutionnel. op. cit.*, p. 240.

³ Le président Thomas Sankara est tué à la suite du coup d'État du 15 octobre 1987.

de la même année¹, où en 2014, M. Blaise Compaore a été renversé par le lieutenant-colonel Yacouba Isaac Zida² à la suite de l'insurrection populaire du 28 octobre au 21 novembre 2014³ ; au Mali en 2012 où M. Amadou Haya Sanogo a renversé M. Amadou Toumani Toure ; au Niger en 2010 où, M. Salou Djibo a pu renverser Mamadou Tandja⁴ ; à Madagascar où, M. Marc Ravalomanana a été renversé par M. Andry Rajoelina ; en Côte d'Ivoire avec le coup d'Etat du général Robert Gueï renversant le président Henri Konan Bedie le 24 décembre 1999, ainsi que celui du capitaine Moussa Dadis Camara, le 23 décembre 2008, à la suite du décès du président Lansana Conte⁵.

¹ Le 30 septembre 2022, des membres de l'armée du Burkina Faso ont renversé le lieutenant-colonel Paul-Henri Sandaogo DAMIBA et pourvu à son remplacement par le capitaine Ibrahim TRAORE.

² Voir en ce sens Séni Mahamadou OUEDRAOGO et Djibrihina OUEDRAOGO, « Libres propos sur la transition politique au Burkina Faso : Du contexte au texte de la Charte de la transition », *Afrilex*, février 2015, p. 8-10.

³ Pendant ces mouvements, les manifestants baptisés « Balai citoyen » protestaient contre l'amendement de l'article 37 de la Constitution du 2 juin 1991 révisée limitant le nombre de mandat. Voir en ce sens Abdoulaye SOMA, « Réflexion sur le changement insurrectionnel au Burkina Faso », *Revue Cames*, 2015, 14 p. ; Eric SIMO, « L'émergence des nouvelles formes d'expression populaire dans les États d'Afrique noire francophone », *RIDC*, n°1, 2021, p. 19-21.

⁴ Ce renversement intervient à la suite de l'adoption par référendum d'une révision constitutionnelle levant la limitation du nombre de mandats présidentiels, à l'effet de permettre à Monsieur Mamadou TANDJA de se représenter pour un troisième mandat.

⁵ Lansana CONTE avait lui-même hérité de la présidence de la République codirigé avec Diarra TRAORE le 24 avril 1984 renversant ainsi Louis Lansana BEAVOGUI qui a assuré l'intérim pendant quelques jours à la suite du décès d'Ahmed Sekou TOURE.

En Afrique comme ailleurs, il faut tout de même signaler que les tentatives de coup d'État ne se soldent pas toujours par un succès. Ainsi au Gabon, comme au Burundi¹ et au Burkina Faso² en 2015, en 2019, le président Ali Bongo a pu échapper à la tentative de coup de d'État de M. Kelly Ondo Obiang. S'interrogeant sur la question : « Y a-t-il une vie après le pouvoir ? : le devenir des anciens chefs d'État africains »³, Madame Sandrine Perrot fait remarquer que dans nombre d'États africains, la succession au pouvoir se fait de manière violente, portant ainsi atteinte à certains principes du constitutionnalisme. Des auteurs expliquent que « les crises de succession plongent généralement leurs racines dans la révision des Constitutions et autres réformes des lois électorales permettant notamment d'obtenir un découpage des circonscriptions plus favorable, de prolonger la durée du mandat présidentiel, voire de le rendre indéfiniment renouvelable, acculant l'opposition à l'insurrection ou au coup d'État »⁴.

De telles situations de crise peuvent avoir pour but le changement de régime constitutionnel. Elles caractérisent « la lutte entre les forces politiques opposées sur les principes de la vie sociale, le fondement du pouvoir, ou la forme du système institutionnel »⁵. Le régime existant voit

¹ Tentative de coup d'État de Godefroid NIYOMBARE visant à renverser le président Pierre NKURUNZIZA.

² Tentative de coup d'État de Gilbert DIENDERE visant à renverser le président Michel KAFANDO.

³ Sandrine PERROT, « Y a-t-il une vie après le pouvoir ? : le devenir des anciens chefs d'État africains », *Travaux et documents du CEAN*, n° 51-52, 1998.

⁴ Anatole AYISSI et Catherine MAIA, « La gestion des crises constitutionnelles en Afrique : Mandat et défis de la médiation internationale », *AFRI*, vol. XIII, 2012, p. 178.

⁵ Paul LEROY, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDJ, 1966, p. 278.

sa légitimité contestée. Les élections sont ainsi déconsidérées comme le mode démocratique de transmission du pouvoir, les armes ayant pris le dessus dans une guerre qui oppose la force du droit au droit de la force. Partant, l'ordre constitutionnel peut évoluer. C'est ainsi qu'au Burkina Faso, la loi constitutionnelle n° 072-2015/CNT du 5 novembre 2015 portant révision de la Constitution, a fait de l'Assemblée nationale l'unique chambre du Parlement, supprimant ainsi le Sénat¹. Par conséquent, en cas de vacance de la présidence de la République, les fonctions de président sont exercées par le président de l'Assemblée nationale². De même, pour éviter une interprétation cacophonique de l'article 37³ de la Constitution, le constituant a jugé à bon droit utile d'ajouter un paragraphe selon lequel « En aucun cas, nul ne peut exercer plus de deux mandats de Président du Faso consécutivement ou par intermittence ».

Au Burundi, à la suite du coup d'État du 25 juillet 1996, le décret-loi n°1/001/96 du 13 septembre 1996 portant organisation du système institutionnel de transition, puis le décret-loi n° 1/008 du 6 juin 1998 portant promulgation de l'acte constitutionnel de transition, ont été adoptés au détriment de la Constitution du 13 mars 1992. Au Mali, les événements de 2012 ont constitutionnellement abouti à l'ordonnance n°0001 du Comité national pour le redressement de la démocratie et la restauration de l'État, portant acte fondamental de l'État est signé le 26 mars 2012, évinçant ainsi la Constitution du 25 février 1992. Au Niger, le coup d'État du 18 février 2018 a eu entre autres pour effet de remplacer la Constitution du 4 août 2009 par la Constitution du 25 novembre 2010.

¹ Article 78.

² Article 43.

³ « Le Président du Faso est élu au suffrage universel direct, égal et secret pour un mandat de cinq ans. Il est rééligible une seule fois ».

Cette fresque inachevée des coups d'États et de leurs tentatives, montre que les États africains d'expression française¹ sont un terrain fertile pour leur expression. Ils enrichissent ainsi les crises dont l'origine est inhérente à l'ordre constitutionnel.

2. *Les crises institutionnelles inhérentes à l'organisation et au fonctionnement des organes de l'État*

En ce qui concerne les crises inhérentes à l'organisation et au fonctionnement de l'État, elles correspondent aux tensions entre deux ou plusieurs organes constitutionnels ; ou alors, aux désaccords propres à une institution particulière. Il en est ainsi, à titre d'exemple, des problèmes successoraux, de la vacance au sein de certaines institutions et des conflits entre pouvoirs publics constitutionnels². Cela étant, certains constituants, convaincus que le système institutionnel qu'ils établissent ne saurait être adapté aux temps troublés, prévoient eux-mêmes les mécanismes correctifs nécessaires³. De cette sorte, face à certaines crises, le droit constitutionnel tente⁴, parfois, sans succès, de les prévenir, mais également de les régler⁵.

¹ Dans une proportion congrue, les États africains d'expression anglaise ne sont pas également en reste.

² Thierry Olivier TAMA AYINDA, *Constitution et crises en Afrique : Réflexion sur l'encadrement constitutionnel des crises dans les États d'Afrique noire francophone*, Thèse de doctorat en droit, Université de Yaoundé II, 2017-2018, p. 63.

³ Paul LEROY, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDJ, 1966, p. 11.

⁴ Jean du BOIS de GAUDUSSON), « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, n° spécial, 1996, p. 250-256.

⁵ C'est ainsi que les désaccords ayant opposé Monsieur Mahamane OUSMANE, élu président de la République du Niger le 27 mars 1993, et son premier ministre

De même, pour juguler une crise entre le gouvernement et l'Assemblée nationale, si la dissolution de cette dernière par le président de la République est consacrée comme en France¹, au Cameroun², au Gabon³, à Madagascar⁴, au Mali⁵, au Niger⁶, en République Démocratique du Congo⁷, ainsi qu'au Togo¹, la motion de censure apparaît également

Monsieur Mahamadou ISSOUFOU, vont se solder par la démission de ce dernier le 28 septembre 1994.

¹ Article 12 de la Constitution du 4 octobre 1958 révisée : « le Président de la République peut, après consultation du Premier ministre et des Présidents des assemblées, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale ».

² Alinéa 12 de l'article 8 de la loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 juin 1972, modifiée et complétée par la loi n° 2008/001 du 14 avril 2008 : « le Président de la République peut, en cas de nécessité et après consultation du Gouvernement, des Bureaux de l'Assemblée Nationale et du Sénat, prononcer la dissolution de l'Assemblée Nationale ».

³ Article 19 de la Constitution du 26 mars 1991 révisée : « le Président de la République peut, après consultation du Premier Ministre et des Présidents des deux chambres du Parlement, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale ».

⁴ Article 60 de la Constitution du 11 décembre 2010 : « le Président de la République peut, après information auprès du Premier Ministre, et après consultation des Présidents des Assemblées, prononcer la dissolution de l'Assemblée Nationale ».

⁵ Article 42 de la Constitution du 25 février 1992 révisée : « le Président de la République peut, après consultation du Premier Ministre et du Président de l'Assemblée nationale, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale ».

⁶ Article 59 de la Constitution du 25 novembre 2010 : « le Président de la République peut, après consultation du président de l'Assemblée nationale et du Premier ministre, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale ».

⁷ Article 148 de la Constitution du 18 février 2006, « En cas de crise persistante entre le Gouvernement et l'Assemblée nationale, le Président de la République

comme une issue de crise. C'est la traduction de l'équilibre que les constituants veulent établir entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif².

Un autre cas très favorable à la survenance d'une crise institutionnelle, c'est lorsque le fauteuil de président de la République n'est pas pourvu. En effet, la vacance au poste de président de la République est également une situation potentiellement conflictogène dans les États africains d'expression française. C'est ainsi que le constituant ne se prive pas de mettre en place un dispositif visant à combler ce vide institutionnel, à l'effet de parer à toute velléité visant à prendre le pouvoir par des voies autres que celles prévues par l'ordre constitutionnel, tel que le recours à la force. À ce propos, en RDC, à titre préventif, il est établi que « tout Congolais a le devoir de faire échec à tout individu ou groupe d'individus qui prend le pouvoir par la force ou qui l'exerce en violation des dispositions de la présente Constitution »³. De même, en République Centrafricaine, les Représentants des forces vives de la Nation réunis au

peut, après consultation du Premier ministre et des Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale ».

¹ Article 68 de la Constitution du 14 octobre 1992 révisée : « le Président de la République peut, après consultation du Premier Ministre et du Président de l'Assemblée nationale, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale ».

² André CABANIS et Michel Louis MARTIN, *Les Constitutions d'Afrique francophone. Évolutions récentes*, Paris, Karthala, 1999, p. 129. Ces auteurs expliquent que l'équilibre est réalisé par les modalités de déclenchement de l'action, avec une proportion plus ou moins importante d'élus du peuple signataires de la motion de censure, ensuite la majorité nécessaire pour que le gouvernement se considère désavoué, enfin le délai à respecter avant la signature d'une nouvelle motion, sauf naturellement initiative gouvernementale.

³ Article 64 de la Constitution du 18 février 2006. Cette disposition fut grandement convoquée par l'opposition à Joseph KABILA.

sein du Conseil National de transition avaient réaffirmé « leur ferme opposition à la conquête du pouvoir par la force et à toute forme de dictature et d'oppression, ainsi qu'à tout acte de division et d'entretien de la haine »¹.

Malgré ces prescrits constitutionnels, la pratique révèle parfois des réalités qui s'y inscrivent en faux, nécessitant parfois le passage « des conventions à la révision de la Constitution »². Ainsi, éprouvé par des situations de fait, l'ordre constitutionnel en vigueur, inadapté ou bafoué, voire récusé, peut suffoquer et ainsi être forcé de subir une cure de jouvence non imaginée à sa naissance.

II. Une opérationnalisation singulière de l'adaptation de l'ordre constitutionnel

À la question de savoir comment trouver en droit public des solutions aux crises permettant, comme en droit privé, d'assurer à la fois la sécurité, l'équité et la liberté³, il semble que pour les constituants africains d'expression française, il doit sans cesse s'adapter pour conserver son effectivité en face des transformations sociales⁴. L'ordre juridique ne peut immobiliser indéfiniment les normes qui le constituent⁵. L'ingénierie

¹ Préambule de la loi n° 13.001 du 18 juillet 2013 portant charte constitutionnelle en RCA.

² Pierre AVRIL, « Des conventions à la révision de la Constitution », *RFDC*, 2008, n° 5, p. 49-53.

³ Philippe ARDANT et Pierre DABEZIES, « Introduction », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 3.

⁴ Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 188 ; rapporté par Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^{ième} éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 123.

⁵ *Ibid.*

constitutionnelle¹ d'une époque peut se révéler inadaptée à une autre. Il en est ainsi pour l'ordre constitutionnel dont les circonstances de nécessité conduisent à l'interprétation audacieuse de la Constitution (A), quand elle n'aboutit pas, de plus en plus, à une formation ordinairement atypique de la Constitution (B).

A. L'interprétation audacieuse de la Constitution

Dans les États africains d'expression française, une jurisprudence récente a affirmé que « la Constitution en général ou toute disposition constitutionnelle en particulier est ce que la Cour constitutionnelle dit ce qu'elle est »². Assurément créative³, la justice constitutionnelle sort progressivement de sa torpeur pour émerger⁴, constituant ainsi un fait marquant du constitutionnalisme renaissant⁵. En effet, il est donné de constater qu'en situation de nécessité, ce juge n'hésite pas à se positionner comme un véritable garant de la Constitution, voire « comme la vedette du constitutionnalisme africain depuis le début des années 1990 »⁶. Bien

¹ Djedjéro Fancico MELEDJE, *Ingénierie constitutionnelle*, Abidjan, ABC, 2018, 225 p.

² Point 6 de l'arrêt n° AE 012 du 13 août 2020 de la Cour constitutionnelle guinéenne.

³ Stéphane BOLLE, « Des Constitutions « made in » Afrique », *Communication au VI^e Congrès Français de Droit constitutionnel*, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, p. 14.

⁴ Théodore HOLO, « L'émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, 2009, n° 129, p. 101-114.

⁵ Demba SY, « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », *op. cit.*, p. 43.

⁶ Alain ONDOUA, « La jurisprudence internationale des juridictions constitutionnelles des États d'Afrique noire francophone », in Oumarou NAREY, *La justice constitutionnelle*, Actes du colloque international de l'ANDC en

qu'il y ait des occurrences de déni de justice constitutionnelle en situation de nécessité¹, dans les États africains d'expression française, le juge constitutionnel estime, parfois à bon droit, d'enjoindre les pouvoirs constitués au strict respect de la Constitution (1), lorsqu'il ne s'agit pas parfois de l'écrire (2).

partenariat avec la FSEJ de l'Université de ABDOU MOUMOUNI de Niamey (Niger), le CERDRADI et l'IDESUF de l'Université de Bordeaux (France) du 15 au 17 octobre 2015, à Niamey, Niger, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 293.

¹ S'appuyant sur les cas de la succession du président togolais EYADEMA en 2005 et du président burkinabé Blaise COMPAORE, le doyen Alain ONDOUA a beau jeu de défendre la thèse de la variabilité des solutions jurisprudentielles qui sont prises en droit constitutionnel africain lorsque des cas de nécessité surviennent. Le silence récemment gardé par le Conseil constitutionnel tchadien conforte d'ailleurs ladite thèse. Voir Alain Franklin ONDOUA, « La nécessité en droit constitutionnel. Étude à partir de quelques expériences africaines », in Magloire ONDOA et Patrick Edgard ABANE ENGOLO, *L'exception en droit, Mélanges en l'honneur de Joseph Owona*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 79-81 ; Cyrille MONEMBOU, « Du constitutionnalisme rédhibitoire au constitutionnalisme libéral. Réflexions sur le renouveau constitutionnel en Afrique noire francophone », in Magloire ONDOA et Patrick Edgard ABANE ENGOLO, *op. cit.*, p. 126-127 ; Jean-Mermoz BIKORO, *Le temps en droit constitutionnel : le cas des États de l'Afrique noire francophone*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Yaoundé II, 2016-2017, p. 250 ; Séni Mahamadou OUEDRAOGO, *La lutte contre la fraude à la Constitution en Afrique noire*, Thèse de doctorat en Droit public, Université de Montesquieu-Bordeaux IV, 2011, p. 122 ; Séni Mahamadou OUEDRAOGO et Djibrihina OUEDRAOGO, « Libres propos sur la transition au Burkina-Faso : du contexte au texte de la charte de transition », *Afrilex*, 2015, p. 10-11 ; EWANE Alain Ghislain BITEG, *Le déni de justice constitutionnelle. Réflexions sur la juridicisation du droit constitutionnel dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Thèse en Droit, Université de Yaoundé II, 2017-2018, 533p.

1. *L'injonction des pouvoirs constitués au respect de la Constitution*

Célébré¹, car établi en gardien de la Constitution dont les décisions, revêtues de l'autorité absolue de chose jugée², s'imposent aux pouvoirs publics, face à des situations de crise³ ou de nécessité, bien que parfois perçu comme un juge spectateur⁴, le juge constitutionnel ne s'est pas privé d'enjoindre le respect de ses prescriptions. En effet, la nécessité de préserver l'intérêt de l'État, gravement menacé, lui commande⁵ d'agir de manière exceptionnelle. Il en est ainsi parce qu'en contexte de nécessité, c'est le juge constitutionnel qui, très souvent, agit en régulateur et garant de l'ordre constitutionnel en faisant parfois recours à des techniques atypiques. On relève que bien que traditionnellement extérieur à l'office

¹ Voir en ce sens Frédéric Joël AÏVO, « Les juridictions constitutionnelles africaines et les crises : le cas du Bénin », *5^{ième} Congrès de l'ACCPUF*, 22 au 28 juin 2009, p. 64 et s.

² Marcelin NGUELE ABADA, « Le contrôle de constitutionnalité des lois au Cameroun », in Alain ONDOUA (dir.), *La Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 : Bilan et perspectives*, Afredit, 2007, p. 77-82 ; voir également Robert MBALLA OWONA, « L'autorité de la chose jugée des décisions du juge constitutionnel en Afrique francophone », in Oumarou NAREY, *La justice constitutionnelle*, Actes du colloque international de l'ANDC en partenariat avec la FSEJ de l'Université de ABDOU MOUMOUNI de Niamey (Niger), le CERDRADI et l'IDESUF de l'Université de Bordeaux (France) du 15 au 17 octobre 2015, à Niamey, Niger, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 421-437.

³ Voir en ce sens Adama KPODAR, « Les juridictions constitutionnelles et les crises en Afrique noire francophone », *5^{ième} Congrès de l'ACCPUF*, 22 au 28 juin 2009, p. 45-51.

⁴ Frédéric Joël AÏVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, n° 1, 2012, p. 147.

⁵ Paul LEROY, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDJ, 1966, p. 17.

du juge constitutionnel, le pouvoir d'injonction y fait progressivement son lit¹. À la suite du juge constitutionnel béninois², c'est dans cette logique qu'il faut interpréter les récentes interventions des juges constitutionnels gabonais et malgache.

S'agissant en premier du lieu du cas gabonais, il convient tout d'abord de préciser qu'à la lecture de ce texte suprême, il est consigné à l'article 83 de la Constitution du 26 mars 1991 révisée que « la Cour constitutionnelle est la plus haute juridiction de l'État en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité des lois et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics ». En dehors de ces compétences, cette Cour³ dispose également du pouvoir d'interpréter la Constitution, et les autres textes à valeur constitutionnelle, à la demande du président de la République, du Premier ministre, du président du Sénat, du président de l'Assemblée nationale, du dixième des députés ou des sénateurs⁴. À cet effet, c'est l'état de santé du président de la République Ali Bongo Ondimba qui a

¹ Voir en ce sens Gérard AÏVO, « Le pouvoir d'injonction du juge constitutionnel », *Afrilex*, avril 2021, 34 p.

² Voir en ce sens Sidy Alpha NDIAYE, « Le pouvoir d'injonction du juge constitutionnel en Afrique noire francophone », *Annales Africaines*, nouvelle série, vol. 1, avril 2019, n° 10, p. 23-25 ; Boubacar BA, « L'évolution constitutionnelle des pays africains de succession française », *Annales Africaines*, Nouvelle Série, Volume 2, Décembre 2020, n° 13, p. 32.

³ Elle est régie par la loi organique n° 9-91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle, modifiée par la loi organique n° 004/2018 du 30 juillet 2018 ; le règlement de procédure de la Cour constitutionnelle n° 035/CC/06 du 10 novembre 2006, modifié par règlement de procédure de la Cour constitutionnelle n° 047/CC/2018 du 20 juillet 2018.

⁴ Article 88 de la Constitution gabonaise du 26 mars 1991 révisée.

quelque peu troublé ou créé des incertitudes dans le fonctionnement normal des institutions politiques. C'est ainsi qu'appelé au-devant de la scène, le juge constitutionnel gabonais s'est particulièrement montré actif et audacieux dans l'exercice des compétences qui lui ont été attribuées. La Cour constitutionnelle gabonaise s'est faite remarquer en rendant la décision n° 022/CC du 30 avril 2018 relative à la requête présentée par le premier ministre aux fins d'interprétation des articles 4, 28, 28a, 31, 34, 35 et 36 de la Constitution et la décision n° 219/CC du 14 novembre 2018.

En effet, à l'analyse minutieuse des deux décisions présentées *supra*, la Cour constitutionnelle s'est positionnée en administrateur des pouvoirs en présence des circonstances exceptionnelles. Ayant d'abord ordonné le report des élections législatives¹ à la date limite du 29 juillet 2017², puis à celle du mois d'avril 2018³, à l'effet d'éviter un troisième report, la Cour constitutionnelle a finalement décidé que « les pouvoirs de la douzième législature de l'Assemblée nationale prennent fin dès la notification de la présente décision aux autorités publiques dont le président de l'Assemblée nationale ». Pour assurer la continuité du pouvoir législatif, la Cour n'a pas omis de préciser que celui-ci « sera représenté par le Sénat qui va exercer toutes les compétences dévolues au Parlement jusqu'à la proclamation par la cour Constitutionnelle des résultats de l'élection des

¹ Les élections législatives devaient se dérouler avant la fin de l'année 2016, le mandat des députés devait expirer le 27 février 2017, car ayant débuté le 28 février 2012.

² Par décision n° 064/CC du 22 novembre 2016 par laquelle la Cour constitutionnelle a constaté le cas de force majeure l'ayant autorisée à reporter les élections législatives.

³ Par décision n° 022/CC du 11 juillet 2017 relative à la requête du premier ministre tendant au report des élections législatives.

députés à l'Assemblée nationale »¹. Le Sénat fut ainsi auréolé de la totalité² des attributions parlementaires jusqu'au 11 janvier 2019. Par cette attitude, la Cour constitutionnelle du Gabon s'est substituée au président de la République qui peut, « après consultation du premier ministre et des présidents des deux chambres du Parlement, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale »³. Il s'en dégage que ni le premier ministre, ni le président de l'Assemblée nationale, ni le président du Sénat n'ont été consultés. Bien plus, le président de la République n'est pas intervenu. Régulatrice du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics en vertu de l'article 83⁴ de la Constitution du 26 mars 1991 révisée, la Cour constitutionnelle a estimé être dans son bon droit en assurant la régulation des institutions.

Dans le cadre de cette régulation des pouvoirs politiques de l'État, le pouvoir exécutif n'a pas été épargné. La Cour constitutionnelle a également décidé que « les pouvoirs du Gouvernement en place cessent par la démission présentée par le premier ministre »⁵. Aussi le président

¹ Article 3 de la décision n° 022/CC du 30 avril 2018 relative à la requête présentée par le premier ministre aux fins d'interprétation des articles 4, 28, 28a, 31, 34, 35 et 36 de la Constitution.

² À l'exclusion de la mise en jeu de la responsabilité politique du gouvernement et de la révision de la Constitution.

³ Article 19 de la Constitution du 26 mars 1991 révisée.

⁴ En application de cette disposition, « la Cour constitutionnelle est la plus haute juridiction de l'État en matière constitutionnelle. Elle est juge de la Constitutionnalité des lois et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics ».

⁵ Article 3 de la décision n° 022/CC du 30 avril 2018 relative à la requête présentée par le premier ministre aux fins d'interprétation des articles 4, 28, 28a, 31, 34, 35 et 36 de la Constitution.

de la République fût-il sommé de « nommer, dans des meilleurs délais, un nouveau Gouvernement »¹. La discrétion reconnue au président de la République dans le pouvoir de nomination est ainsi éprouvée. La Cour constitutionnelle s'est également arrogé une partie des pouvoirs reconnus au président de la République en ces termes : « le président de la République nomme le premier ministre. Il met fin à ses fonctions, de sa propre initiative, ou sur la présentation par le premier ministre de la démission du gouvernement, ou à la suite d'un vote de défiance ou de l'adoption d'une motion de censure par l'Assemblée nationale. Sur proposition du premier ministre, il nomme les autres membres du gouvernement et met fin à leurs fonctions »².

Au regard de tout ce qui précède, on est tenté de croire que la Cour constitutionnelle gabonaise outrepasserait ses pouvoirs. Les situations de nécessité auxquelles l'État gabonais était confronté justifient-elles un tel excès ? Si pour le professeur Stéphane Bollé³, la Cour constitutionnelle du Gabon a fait œuvre constituante pour solutionner la crise née de la non-organisation des élections législatives dans le délai constitutionnel, le professeur Téléphore Ondo⁴ y voit un déclassement de la Constitution au profit de la haute juridiction. L'application immédiate des règles prétorienne a eu pour effets de : mettre fin à la douzième législature de l'Assemblée nationale, élue au suffrage universel direct ; confier tout le

¹ *Ibid.*

² Article 15 de la Constitution du 26 mars 1991 révisée.

³ <http://la-Constitution-en-afrique.over-blog.com/2018/06/la-Constitution-jurisprudentielle-du-30-avril-2018.html>, consulté le 4 juin 2020.

⁴ Téléphore ONDO, « La Cour constitutionnelle gabonaise est-elle au-dessus de la Constitution ? Essai d'analyse de la décision n° 22/CC du 30 avril 2018 », https://www.editions-harmattan.fr/auteurs/article_pop.asp?no=33143&no_artiste=15361, consulté le 20 août 2021.

pouvoir législatif au Sénat, élu au suffrage universel indirect ; et provoquer la cessation des fonctions du gouvernement défaillant. Constituante d'exception, la Cour constitutionnelle du Gabon s'est donc substituée au président de la République à la demande du premier ministre requérant. La posture du juge constitutionnel malgache n'est pas bien éloignée de celle gabonaise.

Quant à la Haute cour constitutionnelle de Madagascar, la plupart de ses attributions sont fixées par les articles 114, 115, 116, 117, 118, 119 et 120 de la Constitution du 11 décembre 2010, mises en œuvre par l'ordonnance n° 2001-003 du 18 novembre 2001 portant loi organique relative à la Haute cour constitutionnelle. Il en ressort qu'elle exerce aussi bien des attributions juridictionnelle que consultative. À l'occasion de la décision n° 18-HCC/D3 du 25 mai 2018 relative à la requête en déchéance du président de la République, cette haute juridiction a brillé par l'exercice d'une fonction que le pouvoir constituant du 11 décembre 2010 ne lui aurait pas reconnu *a priori*. Saisie par deux requêtes en date du 25 avril 2018¹ et du 5 mai 2018², la Haute cour a constaté la non mise en place de la Haute cour de justice (HCJ)³ en application des dispositions de l'article 167 de la Constitution du 11 décembre 2010 selon lesquelles, « afin de respecter le prescrit constitutionnel, le Président de la République, dans

¹ La requête en date du 25 avril 2018 tendant à la constatation de la carence du président de la République dans la mise en place de la Haute cour de justice (HCJ) introduite par 53 députés de Madagascar.

² La requête en date du 05 mai 2018, enregistrée au greffe de la Cour le 17 mai 2018 et introduite par sieur Rajaonarivelo Fanantenana et consorts, qui ont également saisi la Cour pour déclarer la déchéance de Monsieur Hery Rajaonarimampianina de son mandat de président de la République avec toutes les conséquences de droit.

³ Article 2 de la décision n° 18-HCC/D3 du 25 mai 2018 relative à la requête en déchéance du président de la République.

un délai de 12 mois à compter de son investiture, invite les instances compétentes à désigner les membres qui composeront la Haute Cour de Justice afin de procéder dès l'expiration de ce délai à l'installation de la Haute Cour de Justice. Toute partie justifiant d'un intérêt peut saisir les institutions compétentes de demande de sanction en cas de carence. En ce qui concerne le Président de la République, exceptionnellement, l'instance compétente est la Haute Cour constitutionnelle qui serait autorisée à prendre les sanctions qu'aurait pu prendre la Haute Cour de justice si elle était installée ». C'est ainsi qu'elle va ordonner que, « dans les cinq (05) jours suivant la présente Décision, le Président de la République prend le décret de constatation de la désignation des représentants de l'Assemblée Nationale, du Sénat et du Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'État de Droit, à l'exception des membres de droit prévus par les articles 136.1°, 2° et 3° de la Constitution et le transmet immédiatement au Premier Président de la Cour Suprême. Dans les délais les plus brefs, la Cour Suprême, responsable de la mise en place effective de cette juridiction d'exception, organise la cérémonie de prestation de serment de la Haute Cour de Justice »¹. Élu en janvier 2014, le président de la République, Hery Rajaonarimampianina n'avait pas jusqu'à cette date appliqué les dispositions de l'article 167 de la Constitution du 11 décembre 2010. C'est à la suite de cette injonction de la Haute cour constitutionnelle, que la Haute cour de justice verra enfin le jour le 2 juin 2018. Sans qu'une disposition constitutionnelle expresse ne lui ait conféré la fonction de régulation du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics, la Haute cour ne manque pas d'expliquer que celle-ci est déduite de l'esprit de la Constitution, « notamment lorsque celle-ci est entravée dans l'exercice des attributions qui leur sont conférées

¹ Article 3 de la décision n° 18-HCC/D3 du 25 mai 2018 relative à la requête en déchéance du président de la République.

par la Constitution par les effets d'une crise politique, à l'instar de la situation qui prévaut présentement; que toutefois, cette fonction de régulation, réalisée dans des circonstances exceptionnelles, s'analyse en un recours dans l'intérêt de la Constitution et est dictée par la nécessité de faire respecter l'esprit de la Constitution »¹. Elle ne se prive pas d'ajouter « qu'une telle fonction de régulation des pouvoirs publics est actuellement établie et reconnue par des Cours constitutionnelles ou institutions voisines des pays de la zone Afrique pour ne citer que celles du Gabon et du Benin; que la Haute Cour Constitutionnelle de Madagascar est membre et adhère aux principes des diverses Associations de Cours Constitutionnelles ou Institutions voisines de par le monde : Conférence des Juridictions Constitutionnelles Africaines (CJCA), Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français (ACCPUF) »².

En considérant ces motifs, la Haute cour constitutionnelle malgache va s'engager dans une interprétation extensive de la Constitution du 11 décembre 2010. C'est ainsi qu'elle va, à l'image de son homologue gabonaise, enjoindre au président de la République de mettre fin aux fonctions du gouvernement et de procéder à la nomination d'un premier ministre de consensus, dans un délai de sept jours à compter de la date de prise de sa décision³ ; que dans un délai de sept jours, pour compter de la

¹ Point 17 de la décision n° 18-HCC/D3 du 25 mai 2018 relative à la requête en déchéance du président de la République.

² Point 18 de la décision n° 18-HCC/D3 du 25 mai 2018 relative à la requête en déchéance du président de la République.

³ Article 4 de la décision n° 18-HCC/D3 du 25 mai 2018 relative à la requête en déchéance du président de la République. Qu'il le fasse sur la base d'une liste d'au moins trois noms, conformément aux dispositions de l'article 54 de la Constitution et aux termes de l'avis n° 01-HCC/AV du 17 février 2014 portant interprétation des dispositions de l'article 54 de la Constitution et sur la base de

nomination du premier ministre, il procède à la désignation des ministres sur proposition du premier ministre¹. La Haute cour précise que le président de la République nomme les ministres de souveraineté sur la base d'une clé de répartition convenue avec les forces politiques, proportionnellement aux dispositions de l'arrêt n° 11-CES/AR.14 du 6 février 2014 portant proclamation officielle des résultats définitifs des élections législatives de la 4^{ème} République².

Toutes ces injonctions et précisions apportées par la Haute cour constitutionnelle apparaissent, pour partie, en contradiction avec l'article 54 de la Constitution du 11 décembre 2010 selon lequel, « le Président de la République nomme le Premier ministre, présenté par le parti ou le groupe de partis majoritaire à l'Assemblée Nationale. Il met fin aux fonctions du Premier ministre, soit sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement, soit en cas de faute grave ou de défaillance manifeste. Sur proposition du Premier ministre, il nomme les membres du Gouvernement et met fin à leurs fonctions ». Le pouvoir discrétionnaire qui est reconnu au président de la République dans la formation du gouvernement suffoque au regard « de la tonalité et de la

l'arrêt n° 11-CES/AR.14 du 6 février 2014 portant proclamation officielle des résultats définitifs des élections législatives de la 4^{ème} République.

¹ Article 6 de la décision n° 18-HCC/D3 du 25 mai 2018 relative à la requête en déchéance du président de la République. Qu'il le fasse conformément aux dispositions de l'article 54 de la Constitution et aux termes de l'avis n° 01-HCC/AV du 17 février 2014 portant interprétation des dispositions de l'article 54 de la Constitution et sur la base de l'Arrêt n° 11-CES/AR.14 du 06 février 2014 portant proclamation officielle des résultats définitifs des élections législatives de la 4^{ème} République.

² Article 7 de la décision n° 18-HCC/D3 du 25 mai 2018 relative à la requête en déchéance du président de la République.

charge injonctives »¹ de la décision de la Haute Cour constitutionnelle. Cette dernière semble se caractériser par un usage excessif de ses attributions. C'est sans doute la nécessité de tenter de mettre fin à la crise politique à Madagascar à cette période qui explique un tel postulat également porté par l'écriture jurisprudentielle de la Constitution.

2. L'écriture jurisprudentielle de la Constitution

L'une des fonctions émergentes de la justice constitutionnelle en Afrique est la fonction normative ou fonction de création des normes². Aussi est-il désormais établi que « l'interprétation du texte constitutionnel par le juge crée la norme »³. En effet, érigés en ultimes interprètes authentiques de la Constitution, les juges constitutionnels africains d'expression française ne se sont pas gardés d'écrire la Constitution en temps de nécessité, perpétuant ainsi la doctrine de l'école aixoise du doyen Louis Favoreu⁴. Cette politique jurisprudentielle vise à surmonter

¹ Sidy Alpha NDIAYE, « Le pouvoir d'injonction du juge constitutionnel en Afrique noire francophone », *Annales Africaines*, nouvelle série, vol. 1, avril 2019, n° 10, p. 34.

² Demba SY, « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », *op. cit.*, p. 51.

³ Point 4 de l'Arrêt n° AE 012 du 13 août 2020 de la Cour constitutionnelle guinéenne.

⁴ Pour plus amples précisions, voir Louis FAVOREU, *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, 1250 p. ; Xavier MAGNON, « Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de la Constitution de L. Favoreu », In Julie BENETTI, Pierre EGEA, Xavier MAGNON et Wanda MASTOR (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, 2^{ième} éd., Paris, Dalloz, 2020, 932 p. ; voir également Luc SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et Politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruxelles,

les « vices de fabrication »¹ dont est parfois atteinte la Constitution. Un tel postulat a récemment été appuyé par des décisions rendues par les Cours constitutionnelles gabonaise, guinéenne, burundaise et malienne.

En ce qui concerne en premier lieu la Cour constitutionnelle gabonaise, la décision ci-avant évoquée traduit bien l'idée selon laquelle cette juridiction fait œuvre constituante. Ce sont les interprétations données par cette Cour qui inclinent à l'idée de l'élaboration jurisprudentielle de la Constitution. L'esprit de la lettre constitutionnelle est rendu plus clair et complet, non sans élever ce juge au rang de pouvoir constituant juridictionnel. Pour s'en convaincre, il importe de relever quelques passages de la décision ci-avant évoquée qui met en lumière ce qu'un auteur n'a pas manqué de considérer comme un excès de pouvoir

Bruylant, 2009, 598 p. ; Nicaise MEDE, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Saarbrück, Ed. Universitaires Européennes, 2012, 468p ; Augustin LOADA, Abdoulaye SOMA et autres, *Avis et décisions commentées de la justice constitutionnelle burkinabè de 1960 à nos jours*, Ouagadougou, CGD, 2009 ; Ismaïla Madior FALL (dir.), *Avis et décisions du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Dakar, CREDILA, 2008 ; Francisco Djedjro MELEDJE, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne*, Abidjan, CNDJ, 2012, 382 p. ; Adama KPODAR, *Commentaire des grands avis et décisions de la Cour constitutionnelle togolaise*, Lomé, PUI, 2007 ; Dieudonné KALUBA DIBWA, *La justice constitutionnelle en République démocratique du Congo. Fondements et modalités d'exercice*, Louvain-La-Neuve, Kinshasa, L'Harmattan, Eucalyptus, 2013, 652p.

¹ Stéphane BOLLE, « Des Constitutions « made in » Afrique », *Communication au VI^e Congrès Français de Droit constitutionnel*, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, p. 16.

juridictionnel¹. Non seulement la Cour s'est reconnu le pouvoir de gestion des pouvoirs, elle s'est également engagée dans une fonction constituante.

En effet, cette juridiction a affirmé que les « articles 4, 34 et 36 de la Constitution ... présentent des lacunes qu'il convient de combler en complétant lesdits articles par (des) dispositions ». De manière plus précise, elle a remarqué que « l'article 13 de la Constitution comporte une lacune qu'il convient de combler en lui ajoutant un autre alinéa »². Aussi a-t-elle ajouté qu'« en cas d'indisponibilité temporaire du Président de la République pour quelque cause que soit, certaines fonctions dévolues à ce dernier à l'exception de celles prévues aux article 18, 19 et 109 alinéa 1^{er} peuvent être exercées, selon le cas soit par le Vice-Président de la République, soit par le Premier Ministre, sur autorisation spéciale de la Cour constitutionnelle saisie par le Premier Ministre ou un dixième des membres du Gouvernement, chaque fois que nécessaire »³. L'indisponibilité temporaire du président de la République n'ayant pas été prévue par la rédaction initiale de l'article 13 de la Constitution du 26 mars 1991 révisée, la Cour constitutionnelle gabonaise a saisi l'incomplétude pour étendre sa formulation. Une telle position peut susciter des débats sur la question de savoir si la Cour n'a pas outrepassé ses pouvoirs et si elle ne se serait pas érigée au-dessus de la loi fondamentale. Face à la situation de nécessité à laquelle les pouvoirs

¹ Cyrille MONEMBOU, « De "l'excès de pouvoir juridictionnel" en Afrique noire francophone. Réflexions à partir des décisions récentes des juridictions constitutionnelles du Gabon et de Madagascar », In Frédéric Joël AÏVO, Jean du BOIS DE GAUDISSION, Christine DESOUCHES et Joseph MAÏLA, *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'Homme et de la démocratie, Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, Paris, L'Harmattan, 2020, p. 787-810.

² Décision n°219/CC du 14 novembre 2018.

³ Article 1^{er} de la Ddcision n° 219/CC du 14 novembre 2018.

constitués gabonais étaient confrontés, le juge constitutionnel s'est dressé en pouvoir constituant dérivé à l'image de son homologue guinéen.

Quant à la Cour constitutionnelle guinéenne, par son arrêt n° AE 012 du 13 août 2020, elle a décidé que la condition de justification de parrainage des électeurs posée par l'article 42 de la Constitution est objectivement suspendue pour le scrutin présidentiel prévu le 18 octobre 2020. Pour motiver sa position, cette haute juridiction argue que « par sa formulation et suivant son esprit, son effectivité ne peut être justifiée que par l'existence d'un texte législatif prenant en compte ses modalités d'application pratique »¹. Or, elle constate que l'ordonnement juridique actuel est caractérisé par l'absence d'un nouveau texte législatif électoral et par la présence d'un Code électoral dont l'adaptation n'est pas encore réalisée par le législateur.

En ce qui concerne la Cour constitutionnelle du Burundi, dans un contexte de crise pré puis post-électorale² précédée d'une tentative avortée de coup d'État en 2015³ à la suite de la validation de la troisième

¹ Point 7 de l'Arrêt n° AE 012 du 13 août 2020.

² En effet, Pierre NKURUNZIZA fut élu Président du Burundi pour la première fois en juillet 2005, au suffrage universel indirect, par les deux chambres (Assemblée Nationale et Sénat) réunies du Parlement burundais. Il fut réélu en juillet 2010 au suffrage universel direct dans un processus largement boycotté par la plupart des partis politiques de l'opposition sur fond de désaccords se rapportant aux résultats des élections communales du 24 mai 2010 remportées par le CNDDFDD avec 64 %. Voir SADIKI KOKO et YUMA KALULU (Théophile), « La question du troisième mandat présidentiel au Burundi : quelles leçons pour la République du Congo Démocratique ? », *JAE*, 2017, v16i1a5, p. 98.

³ Le 13 mai 2015, le général Godefroid NIYOMBARE, ancien chef d'état-major des armées, issu du CNDD-FDD, annonce un coup d'État sur une radio privée pendant que le président NKURUNZIZA est en déplacement à Dar es Salam, en

candidature de Pierre Nkurunziza le 5 mai 2015¹ par ladite Cour, cette dernière n'hésite pas à faire œuvre constituante. Il en est de même de l'arrêt RCCB 393 du 12 juin 2020 qui montre qu'en situation de nécessité, la Cour peut compléter la loi fondamentale. La situation qui prévalait l'obligeait à se garder d'un « déni de justice constitutionnelle »².

Tanzanie pour un sommet consacré à la crise politique au Burundi. La présidence burundaise dément aussitôt le coup d'État et annonce le retour du président. Le général putschiste ordonne la fermeture des frontières et de l'aéroport de Bujumbura. Le 14 mai cependant, les putschistes échouent à prendre le contrôle de la RTNB, qui reste aux mains des loyalistes. Des combats ont lieu aux sièges d'autres médias, tels que la RPA. Le soir, l'entourage de Pierre NKURUNZIZA annonce que le président est rentré au Burundi.

¹ L'interprétation sur la légalité ou non de la candidature de Pierre NKURUNZIZA à l'élection présidentielle de juillet 2015 présente trois courants. Un premier courant considère ladite candidature comme régulière, car l'article 96 de la Constitution burundaise du 18 mars 2005 n'interdirait que le renouvellement des mandats des Présidents de la République élus au suffrage universel direct. Une deuxième tendance, proche de la première, estime qu'au-delà du seul mode électoral, c'est la quintessence même du pouvoir « exceptionnel » conféré au premier Président de la République post-transition (tel que contenu dans l'alinéa 3 de l'Article 302 de la Constitution) qui rendait la candidature de NKURUNZIZA à l'élection présidentielle de 2015 régulière. Enfin, une troisième tendance estime que la candidature du Président NKURUNZIZA violait non seulement la lettre de la Constitution de 2005 mais aussi l'esprit de l'Accord d'Arusha de 2000, tous deux opposés à toute idée de trois mandats successifs de la part de tout Président du Burundi post-conflit. Voir en ce sens SADIKI KOKO et YUMA KALULU (Théophile), « La question du troisième mandat présidentiel au Burundi : quelles leçons pour la République du Congo Démocratique ? », *JAE*, 2017, v16i1a5, p. 98 et 99.

² Alain Ghislain EWANE BITEG, *Le déni de justice constitutionnelle. Réflexions sur la juridicisation du droit constitutionnel dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Thèse en Droit, Université de Yaoundé II, 2017-2018, 533 p.

En effet, à la suite de l'élection présidentielle du 20 mai 2020, Évariste Ndayishimiye est déclaré élu au premier tour par la Commission électorale nationale indépendante avec 71,45% des voix. Après la validation de son élection par la Cour constitutionnelle par arrêt RCCB 387, pendant que sa prestation de serment était prévue le 20 août 2020, le président sortant Pierre Nkurunziza décède le 8 juin 2020 des suites d'un arrêt cardiaque. Il s'est de fait ouvert une vacance au poste de président de la République pour une durée de soixante-treize jours, étant donné d'une part que « le mandat du Président de la République débute le jour de sa prestation de serment et prend fin à l'entrée en fonction de son successeur »¹ ; et d'autre part qu'« en cas de vacance pour cause de démission, de décès ou de toute autre cause de cessation définitive de ses fonctions, l'intérim est assuré par le Président de l'Assemblée Nationale ou si ce dernier est à son tour empêché d'exercer ses fonctions, le Vice-Président de la République et le Gouvernement agissant collégalement »². Le décès du président de la République sortant avant le terme de son mandat et surtout avant la prestation de serment du président élu pouvait-il encore donner lieu à la vacance pour les soixante-treize jours restants ? L'intérim prévu à l'article 121 de la Constitution du 7 juin 2018 pouvait-il être activé ? C'est un cas de figure que le constituant burundais du 7 juin 2018 n'avait pas prévu. Considérée par la Constitution du 7 juin 2018 comme étant « la juridiction de l'État en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité des lois et interprète de la Constitution »³ ; la Cour constitutionnelle devait donc entrer en scène afin que lumière soit faite sur ce mutisme constitutionnel en application des

¹ Article 104 de la Constitution du 7 juin 2018.

² Article 121 de la Constitution du 7 juin 2018.

³ Article 231 de la Constitution du 7 juin 2018.

articles 121¹ et 234² de la Constitution burundaise et 57³ de la loi n° 1/20 du 3 août 2019 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle ainsi que de la procédure suivie devant elle. Le raisonnement méthodique et logique qu'elle tient mérite d'être exposé : « Considérant que l'intérim tel que prévu par le constituant est la période entre la cessation définitive des fonctions de Président de la République avant le terme normal du mandat et un nouveau mandat issu de l'élection d'un nouveau Président ; Considérant que pour le cas sous analyse, la question de la personne qui doit succéder au Président défunt est posée du moment que la Constitution n'a pas expressément prévu la cessation définitive des fonctions de Président de la République dans une période où il existe un Président élu ; [...] ; Considérant que l'intérim prévu par le constituant a pour objet la préparation des élections d'un nouveau Président dans un cadre temporel limité ; Considérant que l'intérimaire n'est pas désigné pour terminer le mandat en cours, mais pour organiser l'élection d'un nouveau Président dans un délai maximum de 3 mois [...] ; Considérant cependant que le décès du Président Pierre Nkurunziza survient au lendemain des élections ayant donné lieu à l'élection d'un nouveau Président en la personne de Monsieur Évariste Ndaytshimie qui n'attendait que la prestation de serment pour prendre ses fonctions ; [...] ; Considérant qu'ainsi l'objet de l'intérim disparaît avec le fait juridique de

¹ Selon cette disposition, « la vacance est constatée par la Cour constitutionnelle, saisie par le Vice-Président de la République et le Gouvernement agissant collégalement ».

² Selon cette disposition, « la Cour constitutionnelle est compétente pour : [...] constater la vacance du poste de Président de la République ».

³ Selon cette disposition, « en cas de vacance du poste de Président de la République, la Cour constitutionnelle se réunit toutes affaires cessantes et constate la vacance ».

l'existence d'un nouveau Président élu ». La Cour conclut « qu'il faut par conséquent passer à la prestation de serment du nouveau Président élu pour lui permettre de débiter son mandat ». Celle-ci eut donc lieu le 18 juin 2020, soit soixante-trois jours plutôt que la date prévue.

Quant à la Cour constitutionnelle malienne enfin, à travers l'arrêt n° 2021-02/CC/VACANCE du 28 mai 2021, elle a fait œuvre jurisprudentielle en présence d'une situation de nécessité. En effet, faisant face à la dissolution du gouvernement et à la démission du président de transition, le traitement constitutionnel de la vacance ainsi ouverte n'avait pas été prévu. Bien que complétant la Constitution du 25 février 1992, la charte de transition du 1^{er} octobre 2020 ne prévoit ni la procédure de la constatation de la vacance de la présidence de la transition, ni les autorités chargées de saisir la Cour à cet effet, encore moins le mode de saisine. Partant, elle déclare recevable la lettre n° 000145 du 27 mai 2021 du ministre directeur du cabinet du vice-président de la transition tendant à la constatation de la vacance de la présidence de la transition. La Cour considère que « ce vide juridique ne saurait bloquer le fonctionnement des organes de la Transition et l'activité des Pouvoirs Publics ». Par conséquent, la Cour constitutionnelle constate la vacance de la présidence de la transition. Arguant que le vice-président de la transition et le président démissionnaire de la transition ont été désignés dans leurs fonctions respectives dans les mêmes formes et conditions et ont prêté serment selon la même formule devant la Cour suprême, la Cour constitutionnelle malienne « dit que le Vice-président de la Transition exerce les fonctions, attributs et prérogatives de Président de la Transition pour conduire le processus de transition à son terme ». Elle dit encore qu'« à compter de la notification du présent arrêt, le Vice-président de la Transition porte le titre de Président de la Transition, Chef de l'État ». Il se dégage sans doute là des normes constitutionnelles jurisprudentielles, preuve que partant de sa qualité d'organe régulateur du fonctionnement

des institutions, la Cour est un constituant d'exception dont l'œuvre est nécessitée par les situations de fait, parfois nourries par un mutisme constitutionnel. Il procède ainsi à la « décriture »¹ du droit constitutionnel. La formation régulièrement atypique de la Constitution contribue sans doute à la consolidation de ce type d'intervention des juges constitutionnels africains d'expression française.

B. La formation ordinairement atypique de la Constitution

Ainsi parle Machiavel : « Dès l'instant que le salut de l'État est en jeu, aucune considération de justice ou d'injustice, d'humanité ou de cruauté, de gloire ou d'ignominie, ne doit plus intervenir. Tout moyen est bon qui sauve l'État et maintient sa liberté »². En présence de situations de crise par exemple, dans les États africains d'expression française, l'on fait parfois recours aux accords politiques (1), voire aux petites et grandes Constitutions (2) à l'effet de normaliser la vie politique et institutionnelle.

1. Le recours aux accords politiques

Évoquer l'accord dans le droit politique peut paraître surprenant, dans la mesure où il s'agit d'une institution qui serait familière au droit des obligations et au droit international public, et étrangère ou peu usitée en droit public interne. Le droit constitutionnel en serait principalement

¹ L'expression et la théorie sont empruntées aux professeurs Vincent FORRAY et Sébastien PIMONT pour exprimer l'action d'écrire en ayant l'intention de décrire le droit. Voir Vincent FORRAY et Sébastien PIMONT, « Transformer le droit en le décrivant : à propos de la « décriture du droit », *RGD*, n° 49, 2019, p. 271-272 ; Vincent FORRAY et Sébastien PIMONT, *Décrire le droit... et le transformer*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2017, 371 p.

² Rapporté par Philippe ARDANT et Pierre DABEZIES, « Introduction », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 3.

exclu. Mais, la montée en puissance du phénomène de contractualisation de la production normative¹ n'a pas laissé intact le droit constitutionnel des États d'Afrique d'expression française en proie à de nombreuses crises socio-politiques, créditant ainsi la thèse du triomphe du conventionnalisme constitutionnel² ainsi que l'idée de l'existence d'un droit constitutionnel en dehors du droit constitutionnel³. En effet, « les désaccords entre la Majorité au pouvoir et l'Opposition sont source de tensions et d'instabilité de l'ordre juridique interne »⁴. Aussi, pour y faire face, ces États ont souvent été obligés de mettre en veilleuse la Constitution pour chercher et appliquer des solutions innovantes *para constitutionem*⁵ par lesquelles les différents protagonistes tiraient leurs

¹ Pour de plus amples développements, voir Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Actes du colloque de clôture du programme de recherche « Le système juridique à l'ère de la contractualisation », développé au sein du Centre René Demogue de l'Université Lille 2, avec le soutien de la Mission de recherche Droit et justice, 11, 12 et 13 octobre 2007, 248 p.

² Frédéric Joël AÏVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDJ*, n° 1, 2012, p. 151.

³ Michard Beriot EKELLE NGONDI, « Le droit constitutionnel en dehors du droit constitutionnel : réflexion sur le constitutionnalisme en Afrique noire », *RADP*, vol. VII, n°14, 26 p.

⁴ Phidias Ahadi SENGE MILEMBA, « Les accords politiques du 18 octobre et 31 décembre 2016 en République Démocratique du Congo : entre sacrifice de la démocratie et gain de la paix ? », *IOSR Journal Of Humanities And Social Science (IOSR-JHSS)*, vol. 22, Issue 5, ver. 6, may 2017, p. 67.

⁵ Voir en ce sens Luc SINDJOUN, « Les pratiques sociales dans les régimes politiques africains en voie de démocratisation : hypothèses théoriques et empiriques sur la para-constitution », *Revue canadienne de science politique*, juin 2007, vol. 40, n° 2, p. 467.

divergences. C'est à cette fin que les accords politiques sont signés¹. Les volontés s'accordent ainsi en marge du texte constitutionnel jugé imparfait², lacunaire³, abstrait, inefficace ou inapte à juguler certaines situations de crise. De ce fait, naissant de la rupture de l'ordre constitutionnel routinier⁴, ces nouveaux processus de sortie enclenchés et mis en œuvre pour résoudre des tensions, des conflits ou des guerres, échappent aux catégories traditionnelles⁵. Autant adhérer à la thèse du professeur Fabrice Hourquebie selon laquelle « c'est peut-être cette distorsion de la notion même de Constitution qui devient le marqueur profond du constitutionnalisme africain francophone »⁶.

En effet, assimilés aux accords de paix, les accords politiques caractérisent des conventions conclues entre les protagonistes d'une crise interne dans le but de la résorber. Leur élaboration résulte généralement

¹ Dorsey D'Aquin LOE SIASTRY, « La signature des accords politiques en Afrique noire francophone », https://www.academia.edu/38151645/La_signature_des_accords_politiques_en_Afrique_noire_francophone, consulté le 13 janvier 2021 à 9h28.

² Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les États francophones », *RFDC*, n° 63, 2005, p. 476-479. Pour cet auteur, l'usage que les gouvernants font des institutions et des mécanismes du droit constitutionnel dans l'exercice quotidien du pouvoir explique en partie leur insuffisance à prévenir et à résoudre certains conflits politiques.

³ *Ibid.*

⁴ Luc SINDJOUN, « Le gouvernement de transition : éléments pour une théorie politico-constitutionnelle de l'État en crise ou en reconstruction », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue et confrontation, Mélanges Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 995.

⁵ Jean du BOIS de GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, Été 2003, p. 47.

⁶ Fabrice HOURQUEBIE, « Le sens d'une Constitution vu d'Afrique », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, *Autour du monde*, n°1, sept. 2018, p. 5.

d'un différend entre le pouvoir et l'opposition qui ne trouve pas de solution, générant un conflit interne propice à un blocage institutionnel. Ils apparaissent ainsi presque toujours dans un contexte exceptionnel¹. Ainsi par exemple, en Côte d'Ivoire, l'accord Linas Marcoussis signé le 23 janvier 2003², fait suite « à la crise dramatique ouverte le 19 septembre 2002 par le déclenchement d'attaques simultanées perpétuées, dans plusieurs villes de Côte d'Ivoire, y compris Abidjan, par des assaillants se réclamant d'une structure dénommée le Mouvement patriotique de Côte d'Ivoire (MPCI), et prolongées par l'occupation des parties septentrionale puis occidentale du pays »³. Les accords politiques apparaissent souvent également dans un contexte électoral.

Tel fut récemment le cas en République démocratique du Congo avec la signature de l'accord du 31 décembre 2016 dit accord de Saint Sylvestre. L'élection présidentielle y était prévue en décembre 2016, marquant ainsi la fin du second et dernier mandat du président Joseph Kabila. Mais, le 29 septembre 2016, son report à 2018 a été décidé par la Commission électorale nationale indépendante (CENI). Le 7 juillet 2017, le président de la CENI déclare impossible de tenir ce délai. C'est alors que

¹ Jean-Louis ATANGANA AMOUGOU, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, n° 3, 2008, p. 1725.

² Les négociations ayant conduit à cet accord avaient été présidées par l'ancien ministre français Pierre MAZEAUD, membre du Conseil constitutionnel, assisté du juge Keba MBAYE et de l'ancien premier ministre ivoirien Seydou DIARRA, ainsi que de facilitateurs et observateurs désignés par l'Organisation des Nations unies (ONU), l'Union africaine (UA), la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et l'Organisation internationale de la francophonie (OIF) et dix partis politiques et mouvements issus de la rébellion.

³ Jean du BOIS de GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, Été 2003, p. 41.

le 5 novembre 2017, il fixe finalement la date du scrutin, couplé aux législatives au 23, puis reporté au 30 décembre 2018. Joseph Kabila au pouvoir depuis le 17 janvier 2001 à la suite de l'assassinat de son père Laurent-Désiré Kabila, ne sera remplacé par Félix Tshisekedi que le 25 janvier 2019. Les accords passés entre les représentants des composantes de la majorité présidentielle, de l'opposition politique et la société civile ont pacifié la scène politique. Cette vocation paisible des accords politiques semble sacrifier le constitutionnalisme, sauf à considérer qu'il y a une transfiguration de ce dernier, qualifié de « constitutionnalisme alternatif »¹. Pendant que le politique primerait ainsi sur le juridique, le consensualisme l'emporterait sur l'unilatéralisme. Le droit constitutionnel et ses procédés classiques font un peu de place à des techniques inhabituelles.

En effet, à bien y regarder, « la signature des accords politiques marque la mise en œuvre d'un chantier politique de la réinvention d'une nouvelle gouvernance fondée sur la consensualité limitée, où les ambitions politiques ont écrasé le droit positif »². Il s'agit sans doute là d'un marqueur de la crise de la normativité de la Constitution³ dans les États africains d'expression française. La Constitution en vigueur est suspendue en partie par le fait que l'accord politique « à contenu

¹ Karim DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC*, n° 90, 2012/2, p. 73-75.

² Phidias Ahadi SENGE MILEMBA, « Les accords politiques du 18 octobre et 31 décembre 2016 en République Démocratique du Congo : entre sacrifice de la démocratie et gain de la paix ? », *IOSR Journal Of Humanities And Social Science (IOSR-JHSS)*, vol. 22, Issue 5, ver. 6, may 2017, p. 70.

³ Voir en ce sens Frédéric Joël AÏVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, n°1, 2012, pp.141 et s.

juridique »¹ prévaut désormais sur celle-ci². Il n'est donc pas souvent à exclure que certaines dispositions des accords politiques soient *contra constitutionem*. Au même titre que les accords d'Accra³, l'accord de Pretoria⁴ et l'accord de paix de Ouagadougou⁵, l'accord politique global et inclusif du Centre interdiocésain de Kinshasa du 31 décembre 2016⁶ et l'accord de Linas Marcoussis en sont de parfaites illustrations.

En effet, pour ce qui est du premier, bien que cet accord réitère le respect de la Constitution⁷, il a créé le Conseil national de suivi de l'accord et du processus électoral (CNSA)⁸ au mépris de l'alinéa 3 de l'article 222 de la Constitution du 18 février 2006. Pourtant, selon cette disposition, c'est le Parlement qui est investi du pouvoir de créer des institutions d'appui à la démocratie⁹. Celui-ci est ainsi évincé, cette institution étant

¹ Jean du BOIS de GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, Été 2003, p. 42.

² Voir en ce sens Alain Franklin ONDOUA, « La nécessité en droit constitutionnel. Étude à partir de quelques expériences africaines », in Magloire ONDOA et Patrick Edgard ABANE ENGOLO, *L'exception en droit, Mélanges en l'honneur de Joseph Owono*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 67-68 et 73-76.

³ Signés les 29 septembre 2002 (Accra I) et le 7 mars 2003 (Accra II).

⁴ Signé le 6 avril 2005.

⁵ Signé le 4 mars 2007.

⁶ Cet accord intervient à la suite de la résolution 2277 du Conseil de Sécurité de l'ONU du 30 mars 2016. Sous M. Edem KODJO, un premier accord a été conclu le 18 octobre 2016. Seulement, on lui a fait le reproche de l'absence d'exclusivité de toutes les forces politiques.

⁷ Chapitre II de l'accord.

⁸ Point VI.2 de l'accord.

⁹ Alinéa 3 de l'article 222 de la Constitution du 18 février 2006 : « toutefois, par une loi organique, le Parlement pourra, s'il échet, instituer d'autres institutions d'appui à la démocratie ». Cet alinéa fait suite aux deux précédents qui précisaient que « les institutions politiques de la transition restent en fonction

née de la volonté des signataires de l'accord¹. Dans le même ordre d'idées, l'article 70 de la Constitution du 18 février 2006 selon lequel « le Président de la République est élu au suffrage universel direct pour un mandat de cinq ans renouvelable une seule fois »² a été écarté, « bien qu'étant à la fin de son mandat, le Président de la République reste en fonction jusqu'à l'installation effective du Président élu »³. Supposé prendre fin le 19 décembre 2016, le mandat du président Joseph Kabila sera prorogé jusqu'au 24 janvier 2019, soit plus de deux ans après son terme normal. Le traitement sera identique pour les mandats des députés nationaux⁴, provinciaux⁵ et des sénateurs⁶. Dans le prolongement de ce droit constitutionnel de crise, la désignation du premier ministre est intervenue en marge de l'article 78⁷ du texte constitutionnel du 18 février 2006. À ce

jusqu'à l'installation effective des institutions correspondantes prévues par la présente Constitution et exercent leurs attributions conformément à la Constitution de la Transition », et que « les institutions d'appui à la démocratie sont dissoutes de plein droit dès l'installation du nouveau Parlement ».

¹ Notamment les représentants des composantes de la majorité présidentielle, de l'opposition politique et la société civile.

² Article 70 de la Constitution du 18 février 2006. Elle avait été adoptée par référendum organisé les 18 et 19 décembre 2005.

³ Point III.2.1 de l'accord.

⁴ Expirés février 2017.

⁵ Expirés en 2012.

⁶ Expirés en 2012.

⁷ Selon cette disposition, « le Président de la République nomme le Premier ministre au sein de la majorité parlementaire après consultation de celle-ci. Il met fin à ses fonctions sur présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement. Si une telle majorité n'existe pas, le Président de la République confie une mission d'information à une personnalité en vue d'identifier une coalition. La mission d'information est de trente jours renouvelable une seule fois. Le

propos, en application du Point III.3.3 de l'accord de Saint-Sylvestre, le président de la République devait nommer un premier ministre présenté par l'opposition politique non signataire de l'accord du 18 octobre 2016/Rassemblement. C'est ainsi que M. Samy Badibanga¹ sera remplacé par M. Bruno Tshibala² le 17 mai 2017. On doit alors tenir pour exacte l'affirmation de Paul Leroy selon laquelle, « ces modifications de la réglementation juridique, justifiées par la nécessité, ne peuvent être condamnées »³. Elles répondent à « l'impérieuse nécessité de construire la paix et la stabilité; de lutter contre l'insécurité grandissante, le chômage et la pauvreté; de restaurer l'autorité de l'État sur l'ensemble du territoire national et de garantir la libre circulation des personnes et des biens sur toute l'étendue du territoire national »⁴.

Cette normativité constitutionnelle de crise par le truchement d'accords politiques fait dire, en RDC, que « le nouvel ordre juridique interne mis en place le 18 octobre comme celui du 31 décembre 2016 sont, dans le fond, en marge de l'esprit de la Constitution du 18 février 2006, et donc susceptibles de créer des zones d'instabilité dangereuses pour la santé politique du pays, dorénavant très fragile. Ces accords politiques versus Constitution du 18 février 2006 constitueraient une réserve de tensions potentielles entre le gouvernement et le parlement »⁵. Bien que

Président de la République nomme les autres membres du Gouvernement et met fin à leurs fonctions sur proposition du Premier ministre ».

¹ En fonction depuis le 17 novembre 2016 à la suite de l'accord du 18 octobre 2016.

² Remplacé le 7 septembre 2019 par M. Sylvestre ILUNGA.

³ Paul LEROY, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDJ, 1966, p. 271.

⁴ Préambule de l'accord de paix de Ouagadougou du 4 mars 2007.

⁵ Phidias Ahadi SENGE MILEMBA, « Les accords politiques du 18 octobre et 31 décembre 2016 en République Démocratique du Congo : entre sacrifice de la

devenus un passage obligé, un mal nécessaire¹, les accords politiques doivent demeurer éphémères. Ainsi, comme le prédit bien le professeur Jean du Bois de Gaudusson, « c'est en fin de compte au droit que reviendra le dernier mot lorsque la situation de non-droit et la crise à la résolution de laquelle il peut contribuer seront surmontées et que sera venu, revenu, le temps des accords juridiques à contenu politique »². Le recours aux petites et aux grandes constitutions autorise à l'espérer.

2. Les recours aux petites et grandes Constitutions

Les prouesses du juge constitutionnel et les accords politiques évoqués ci-avant ne sont pas les seules armes de destruction massive des situations de nécessité dans les États africains d'expression française. L'usage des petites et grandes constitutions conduit également au bâillonnement des crises socio-politiques et institutionnelles.

S'agissant en premier lieu des petites constitutions, à la suite des travaux de Marcel Prélôt³, le professeur Otto Pfzemann les appréhende comme des normes, provisoires, intermédiaires entre la Constitution révolue et la Constitution future encore au stade de projet⁴. Elles peuvent

démocratie et gain de la paix ? », *IOSR Journal Of Humanities And Social Science (IOSR-JHSS)*, vol. 22, Issue 5, ver. 6, may 2017, p. 70.

¹ Frédéric Joël AÍVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, n°1, 2012, p. 152.

² Jean du BOIS de GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, Été 2003, p. 49.

³ Marcel PRELOT, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1949, p. 307 et s., *Précis d'institutions politiques et de droit constitutionnel*, 6^{ième} éd., Paris, Précis Dalloz, 1975, p. 290-291 et 523.

⁴ Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis Dalloz Droit public-Science politique, 2003, p. 102 et s. ;

être formellement constitutionnelles. Pour cela, il faut qu'elles soient contenues dans une forme éponyme. Adoptées en forme infra-constitutionnelle, elles sont matériellement constitutionnelles en ce qu'elles fixent ou déterminent, pour un temps plus ou moins court, l'organisation et la gestion du pouvoir au sein de l'État. Tel est le cas de la loi centrafricaine n° 13.001 du 18 juillet 2013 portant charte constitutionnelle de transition, signée et approuvée le 16 novembre 2014 ainsi que du décret malien n° 2020-0072/PT-RM du 1^{er} octobre 2020 portant promulgation de la charte de transition, faisant suite à l'acte fondamental n° 001/CNSP du 24 août 2020. Elles proviennent, comme le souligne le professeur Koffi Ahadzi-Nonou, des coups de force dus à l'armée ou à des mouvements civils¹. Il en est ainsi des récentes chartes de transition du 1^{er} mars 2022 et 14 octobre 2022 au Burkina-Faso.

À s'en tenir à ce qui précède, on conclurait hâtivement que les petites Constitutions n'ont qu'une fonction pré-constituante². Cette dernière n'épuise cependant pas leur portée. À ce propos, le professeur Emmanuel Cartier précise que, bien que très rarement, les petites Constitutions fixent l'organisation provisoire des pouvoirs publics dans une situation d'exception telle une guerre ou l'occupation du territoire par une puissance étrangère, et n'ont pas *a priori* vocation à permettre l'adoption d'une nouvelle Constitution³. Il convient donc de relever que les petites

rapporté par Emmanuel CARTIER, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, n° 71, 2007, p. 513.

¹ Koffi AHADZI-NONOU, *Constitutions et Régimes politiques du Togo de 1960 à nos jours*, Lomé, Graines de Pensées, 2020, p. 11.

² Voir Patrick Henri ASSIENE NGON, « Les actes pré-constituants dans les États d'Afrique noire francophone », *RADP*, vol. VIII, n° 17, 2019, p. 99-135.

³ Emmanuel CARTIER, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, n° 71, 2007, p. 515. Voir également

Constitutions peuvent être utilisées en cas de nécessité pour remédier à une situation dépassée par la Constitution en vigueur. À cet effet, elles sont adoptées pour une durée limitée au temps nécessaire pour faire cesser la situation d'exception ou, le cas échéant, l'adoption d'une nouvelle Constitution.

Faisant leur entrée dans l'ordre juridique de l'État, les petites Constitutions peuvent marquer une continuité avec l'ordre constitutionnel ancien qu'elles ne font que réviser. Tel fut le cas de la Constitution intérimaire sud-africaine de 1993¹, des Constitutions polonaises de 1919 et de 1992, ainsi que de l'acte fondamental du 29 janvier 2022² et l'acte fondamental du 5 octobre 2022³ au Burkina-Faso. L'article 11 de ce texte précise que dès sa signature, il lève la suspension de la Constitution du 2 juin 1991 dont les dispositions s'appliquent à l'exception de celles qui lui sont incompatibles⁴.

Les petites Constitutions peuvent également attester d'une rupture avec l'ordre constitutionnel ancien. C'est dans ce registre qu'il faut inscrire la Constitution polonaise du 19 février 1947, comme celles de France du 3 septembre 1791, du 10 août 1792⁵. Il en est de même de l'acte n° 7 du 23 août 1991 portant loi constitutionnelle organisant les pouvoirs

dans ce sens Moussa ZAKI, « Petites Constitutions et droit transitoire en Afrique », *RDP*, n°128, 2012, p. 1667-1698.

¹ Elle marque la rupture avec la Constitution de 1983.

² Il est signé à la suite des événements des 23 et 24 janvier 2022. Cet acte fondamental fait suite à la suspension de la Constitution du 2 juin 1991.

³ Il est signé à la suite des événements des 23 et 24 janvier 2022. Cet acte fondamental fait suite à la suspension de la Constitution du 2 juin 1991.

⁴ Cet article 11 est une reprise in extenso de l'article 36 de l'acte fondamental du 29 janvier 2022.

⁵ CARTIER (Emmanuel), *op. cit.*, p. 519 et 520.

durant la période de transition au Togo¹, de la charte de transition du 13 novembre 2014², ainsi que celle du 1^{er} mars 2022³ et celle du 14 octobre 2022⁴ au Burkina-Faso, de la charte constitutionnelle de transition du 18 juillet 2013 en République centrafricaine⁵, de la charte de transition du 21 avril 2021 modifiée au Tchad, de la charte de transition du 27 septembre 2021 en Guinée Conakry, la déclaration constitutionnelle du 30 mars 2011 en Egypte⁶, la déclaration constitutionnelle du 3 août 2011 en Libye⁷. Ces différentes Constitutions procèdent ainsi à la dévolution du pouvoir et à la révision de la Constitution outre les canons établis à cet effet. Il est même parfois précisé qu'en cas de contrariété entre la charte de transition et la Constitution, les dispositions de la charte s'appliquent⁸.

¹ Il fut adopté au lendemain de la Conférence nationale souveraine tenue du 10 juillet au 28 août 1991. Il marque la rupture avec la Constitution du 30 décembre 1979.

² Elle est adoptée à la suite de la révolution populaire des 30 et 31 octobre 2014. Elle traduit la rupture avec la Constitution du 2 juin 1991.

³ Elle abroge l'acte fondamental du 29 janvier 2022 et complète la Constitution du 2 juin 1991. Voir en ce sens son préambule.

⁴ Suite aux événements des 30 septembre, 1^{er} et 02 octobre 2022 ayant conduit à la démission du président de la transition et la dissolution des organes de la transition, cette charte de transition abroge celle du 1^{er} mars 2022.

⁵ A la suite des événements du 24 mars 2013 (prise de pouvoir par la coalition SELEKA), la Constitution du 27 décembre 2004 fut suspendue.

⁶ Adoptée par le Conseil suprême des Forces armées suite à la cession du pouvoir par le président Hosni MOUBARAK à ce même Conseil, en février 2011, elle marque la rupture avec la Constitution du 11 septembre 1971.

⁷ Adoptée par le Conseil national de transition à la suite des événements ayant conduit à la fin du régime de Mouammar Kadhafi. Elle traduit la rupture avec la Constitution du 11 décembre 1969.

⁸ Voir en ce sens l'article 35 de la charte de transition du 1^{er} mars 2022 et l'article 24 de la charte de transition du 14 octobre au Burkina Faso.

S'agissant en second lieu des grandes Constitutions, il faut tout d'abord préciser que, si la Constitution a été qualifiée de « petite », elle peut tout aussi être qualifiée de « grande ». Il suffirait que ces concepts juridiques puissent être déterminés sur la base des critères qui les opposent et les rapprochent également. Dans le cadre de cette étude, les grandes Constitutions correspondent donc aux Constitutions établies pour s'appliquer, non pas de manière transitoire et provisoire, mais de manière permanente et définitive, enfin, jusqu'à ce qu'intervienne de nouvelles Constitutions qui les abrogent. Les grandes constitutions sont l'œuvre du pouvoir constituant originaire généralement détenu par le peuple, ou d'assemblées constituantes¹.

Dans les États africains d'expression française, les situations de crise ou de nécessité aboutissent souvent à un « subtil remodelage de Constitution »², voire à l'élaboration d'une nouvelle Constitution qui abroge l'ancienne dont les normes ont été jugées inappropriées au nouveau contexte économique et socio-politique. C'est dans cet ordre d'idées qu'à la suite de la Révolution du 17 décembre 2010 - 14 janvier 2011 en Tunisie, les députés de la Constituante ont adopté une nouvelle Constitution le 26 janvier 2014. En RCA, après le changement politique du 24 mars 2013 qui a entraîné la suspension de la Constitution du 27 décembre 2004 et la dissolution des institutions républicaines, une charte constitutionnelle a été adoptée le 18 juillet 2013, avant d'être abrogée par la Constitution du 30 mars 2016. De même, au Mali, pour faire face à la crise socio-politique, la Constitution du 25 février 1992 a été révisée par la

¹ Koffi AHADZI-NONOU, *Constitutions et Régimes politiques du Togo de 1960 à nos jours*, Lomé, Graines de Pensées, 2020, p. 13-14.

² Anatole AYISSI et Catherine MAIA, « La gestion des crises constitutionnelles en Afrique : Mandat et défis de la médiation internationale », *AFRI*, vol. XIII, 2012, p. 173.

loi n° 2017-31/AN-RM du 2 juin 2017, avant d'être empiétée par l'acte fondamental n°001/CNSP du 24 août 2020, puis par le décret n° 2020-0072/PT-RM du 1^{er} octobre 2020 portant promulgation de la charte de transition. Par la loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire, cet État s'est vu doté d'une loi suprême censée prévenir les circonstances de nécessité qu'il a connues dans les années 2000. Au Niger, à la suite des événements du 18 février 2010, la Constitution du 25 novembre 2010 fut adoptée par référendum le 31 octobre 2010, abrogeant ainsi la Constitution du 4 août 2009. C'est ainsi, par exemple, que l'on est passé de « le président de la République est élu au suffrage universel, libre, direct, égal et secret pour un mandat de cinq ans renouvelable »¹ à, « le président de la République est élu au suffrage universel, libre, direct, égal et secret pour un mandat de cinq ans renouvelable une seule fois. En aucun cas, nul ne peut exercer plus de deux mandats présidentiels ou proroger le mandat pour quelque motif que ce soit »²; de même que de : « le Parlement comprend deux chambres : l'Assemblée nationale [...]; le Sénat [...] »³, à « le pouvoir législatif est exercé par une chambre unique dénommée Assemblée nationale »⁴.

Conclusion

Avant même d'aboutir, la crise a la vertu corrosive de semer le doute sur l'avenir⁵. Le droit doit-il être violé ? Force reviendra-t-il à la loi ? Le

¹ Article 39 de la Constitution du 4 août 2009.

² Article 47 de la Constitution du 25 novembre 2010.

³ Article 68 de la Constitution du 4 août 2009.

⁴ Article 83 de la Constitution du 25 novembre 2010.

⁵ Philippe ARDANT et Pierre DABEZIES, « Introduction », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 3.

droit saisit-il la nécessité ? La nécessité contraint-elle la loi ? S'érigerait-il un nouveau droit ? Fort heureusement, face à la nécessité, le droit constitutionnel ne peut rester insensible et statique. Les phénomènes politiques devant en toutes circonstances être réglementés au risque de tomber dans l'état de nature où règnent l'anarchie et la dictature. Pour s'en garder, le droit constitutionnel est appelé à évoluer, s'arrimer et mieux saisir les faits ou les situations qui semblent lui échapper ; le temps étant rongeur, la normativité constitutionnelle est exposée à une crise¹.

À cet effet, « pour résister au passage du temps, une constitution doit comporter un ensemble complet de règles et de principes offrant un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement »². En ce qu'elle est une réponse juridique aux préoccupations politiques, aussi prévisible et avant-gardiste puisse-t-elle paraître, la Constitution doit parfois subir des soins de jouvence. D'ailleurs, il est utopique de croire que la volonté des constituants, si tant est qu'elle soit discernable, est à jamais gravée dans le marbre³. En appui à cette thèse, en France, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793 précise qu'« un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures »⁴. À l'image du constituant camerounais du 18 janvier 1996, il faut avoir « le souci de rechercher l'équilibre entre l'indispensable continuité constitutionnelle et

¹ Frédéric Joël AÏVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, n° 1, 2012, p. 141 et s.

² Cour suprême du Canada, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, RCS, 1998, 217, par. 32.

³ Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, « La Constitution doit-elle être efficace ? », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Ariane VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 215.

⁴ Article 28.

la nécessaire adaptation du texte aux nouvelles exigences de la société »¹, et ainsi « trouver le bon équilibre entre la nécessaire réunion d'un certain consensus et le refus de reconnaître à un homme ou à une institution un pouvoir de blocage absolu »².

Prenant conscience de cette nécessité d'évolution ou d'arrimage, les auteurs de la Constitution et leurs interprètes authentiques ne tergiversent pas, lorsque les circonstances l'exigent, à actualiser la version primitive du texte, parfois sous le regard critique de la doctrine. Quelquefois, le pouvoir constituant originaire est obligé de produire une nouvelle Constitution qui répond au paradigme à la mode.

Il faut tout de même préciser que l'ordre juridique ne peut se renouveler intégralement du jour au lendemain³, encore moins se renouveler à intervalles bien trop réguliers. À cet effet, il faut que l'ordre constitutionnel se caractérise par sa stabilité et sa prévisibilité, autres marqueurs de son efficacité, mais surtout de la sécurité politique et constitutionnelle. Le principe de la préservation des valeurs démocratiques et la fondamentalité de certains droits et libertés devraient être préservés en toute circonstance. Pourtant, dans le contexte africain, l'une des orientations de l'évolution constitutionnelle en situation de

¹ Alain ONDOUA, « Rapport introductif », in Alain ONDOUA (dir.), *La Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 : Bilan et perspectives*, Yaoundé, Afredit, 2007, p. 13.

² André CABANIS et Michel Louis MARTIN, *Les Constitutions d'Afrique francophone. Évolutions récentes*, Karthala, 1999, p. 185.

³ Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 188 ; rapporté par Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^{ième} éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 123.

nécessité est la régression du droit, de la démocratie¹, l'affaiblissement du principe de légalité². Quand est-ce que le constitutionnalisme africain passera-t-il réellement du formalisme à l'effectivité ?³ La culture démocratique et de l'État de droit devrait servir de substrat dans la consolidation de l'État constitutionnel en Afrique. Tous les acteurs de la vie politique ne pourraient-ils pas donner vie à la charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance⁴. S'il est admis que, « lorsqu'un danger grave menace l'existence même de l'État, on doit sortir du cadre constitutionnel dans la mesure où la nécessité l'exige »⁵, il faut tout de même reconnaître que la sortie doit rester limitée, pondérée et contrôlée. La décision n° 009/CC/22 du 23 septembre 2022 de la Cour constitutionnelle centrafricaine offre à ce propos un éclatant enseignement⁶.

¹ Sergiu MIȘCOIU, Kokou Folly Lolowou HETCHELI et Sèdagban Hygin F. KAKAI, *Recul démocratique et néoprésidentialisme en Afrique centrale et occidentale*, Institutul European, 2015, 241 p.

² Guy BRAIBANT, « L'État face aux crises », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 7 et 8.

³ Albert BOURGI, « L'évolution constitutionnelle en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, n° 52, 2005, p. 721-748 ; Magloire ONDOA, « La Constitution duale : Recherches sur les dispositions constitutionnelles transitoire au Cameroun », *RASJ*, vol.1, n°2, 2000, p.23.

⁴ Adoptée le 30 janvier 2007.

⁵ Maurice BATTELLI, « Les pleins pouvoirs en Suisse », *RDP*, 1950, p. 138.

⁶ Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle centrafricaine avait été saisie afin de constater l'impossibilité de l'organisation d'une révision de la Constitution du 30 mars 2016 ou d'un référendum constitutionnel et inconstitutionnalité. La Cour a décidé que la révision de la Constitution ne pouvait être opérée qu'après la mise en place du Sénat en application des articles 151 et 152 de la Constitution. Bien plus ajoute la Cour, le recours au referendum pour la révision de la Constitution par le président de la République ne peut se faire en violation du serment prêté

par le président de la République démocratiquement élu le 30 mars 2016 et réitéré le 30 mars 2021 en application de l'article 38 de la Constitution.

**LE CONTENTIEUX DE L'ASSIETTE
EN DROIT POSITIF MALIEN**

**Dr Aboubacrine AGUISSA,
enseignant-chercheur à l'Université des sciences
juridiques et politiques de Bamako USJPB
aboubacrinetoure@live.fr**

Résumé : Le contentieux fiscal au Mali passe forcément par deux organes : administratif et juridictionnel. Pour la phase administrative, elle est préalable à toute procédure judiciaire. Elle se matérialise par une "réclamation préalable". En l'absence de formulation d'une telle réclamation, le recours juridictionnel serait donc déclaré irrecevable. Ainsi cette phase offre à l'administration l'occasion d'étudier à nouveau la situation et les arguments du contribuable, elle permet d'éviter d'engager directement une démarche juridictionnelle, qui serait plus lourde à conduire de manière gestationnelle et financière. Dans celle-ci, le contribuable demande soit une rectification de son imposition, soit il sollicite la clémence du fisc en demandant des faveurs auprès de l'administration fiscale. Cette réclamation préalable est notifiée au directeur départemental des impôts et elle doit contenir certaines exigences. La demande de remise ou de faveur est dénommée recours gracieux car c'est une grâce que le contribuable cherche auprès du fisc. Ce dernier est libre de le lui accorder ou non.

S'agissant du recours juridictionnel, il est la suite logique ou la suite de l'échec d'un compromis entre le contribuable et fisc. Ce recours est dirigé devant des organes juridictionnels compétents. Cette compétence est répartie en matière fiscale entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires. Ce contentieux permet au contribuable de formuler des contestations, à compter de la mise en œuvre du recouvrement forcé. Ces contestations ne peuvent porter que sur des cas précis. Dans le cadre de la procédure, le contribuable conteste le recouvrement dont il fait l'objet et il s'oppose à la forme de l'acte de poursuite ; il s'agit d'une opposition à l'acte de poursuite ou bien il conteste l'obligation de payer qui lui est faite, c'est-à-dire l'exigibilité de la somme réclamée. Cette contestation ne remet toutefois pas en cause ni l'assiette ni le calcul de l'impôt.

Mots-clés : Contentieux, Assiette, Fiscalité, Impôt.

Le contentieux de l'impôt au Mali est composé de trois contentieux. Le contentieux du recouvrement, celui des dispositions pénales et le contentieux de l'assiette. Ce dernier se rapporte à l'établissement de l'impôt. Il comprend à la fois les litiges nés de la détermination, de la matière imposable, du calcul ou liquidation de l'impôt et de l'identification des redevables. Ces litiges se rapportent surtout à la contestation du bien-fondé des impositions, ou à la régularité de la procédure employée au moment de l'établissement de l'impôt. Ce contentieux doit obligatoirement être déclenché par l'introduction d'une réclamation préalable auprès de l'administration fiscale avant la saisine du juge. Pour ce qui est de l'administration ces recours relèvent du contentieux ou du gracieux.

Le contentieux de l'assiette est obligatoirement soumis à une phase de recours précontentieuse, se matérialisant par une "réclamation préalable".

En l'absence de formulation d'une telle réclamation, le recours juridictionnel serait donc déclaré irrecevable. Ainsi cette phase offre à l'administration l'occasion d'étudier à nouveau la situation et les arguments du contribuable, elle peut permettre d'éviter d'engager directement une démarche juridictionnelle, qui serait plus lourde à conduire de manière gestationnelle et financière.

En matière d'assiette, la "réclamation préalable" est notifiée au directeur départemental des impôts. Elle doit mentionner l'imposition contestée ainsi qu'exposer brièvement les faits, moyens et conclusions du contribuable. Différents documents justificatifs peuvent également l'accompagner, le but étant de fournir suffisamment d'informations à l'administration pour lui permettre d'opérer une réponse circonstanciée.

Une fois la réclamation déposée, l'administration fiscale dispose de six mois pour instruire et statuer sur la réclamation, ce délai pouvant éventuellement être allongé de trois mois supplémentaires. L'administration peut décider d'admettre totalement ou partiellement la demande du contribuable, mais également rejeter la réclamation.

Le silence gardé pendant six mois est assimilé à une décision de rejet de la réclamation. C'est la phase au désaccord persistant que la phase proprement contentieuse s'ouvre. Le contribuable a deux mois pour saisir le juge à compter du jour de la réception de la décision préalable de l'administration fiscale. Toutefois, en l'absence de décision préalable rendue dans le délai de six mois, le recours devant le juge n'est enfermé dans aucun délai. Les contentieux de l'assiette se caractérisent par une répartition de la compétence juridictionnelle selon la nature de l'impôt au titre duquel la contestation est née. Le juge judiciaire est compétent pour les contestations relatives aux droits d'enregistrement, à la taxe de publicité foncière et aux droits de timbre. Le juge administratif est compétent pour les contestations relatives à la taxe sur le chiffre d'affaires ou aux impôts directs.

La charge de la preuve incombe soit au contribuable, soit à l'administration selon les règles propres à l'impôt concerné. Par exemple, elle pèse sur le contribuable qui demande la réduction de l'imposition lorsque cette dernière a été établie de façon forfaitaire. Deux situations se présentent alors : le contribuable conteste le bien-fondé des sommes réclamées par l'administration : il s'agit d'une procédure contentieuse au sens strict. Le contribuable ne conteste pas les sommes réclamées mais éprouve une gêne financière pour s'acquitter de ses obligations fiscales¹. Il s'agit d'une procédure de remise gracieuse.

Ces constats nous amènent à poser la question de savoir, Comment se présente le contentieux de l'assiette au Mali ? et quelle analyse critique peut-il faire l'objet ? Pour répondre à ces interrogations nous allons tenter, dans une approche juridique, d'une part de présenter la réclamation devant l'administration et d'autre part, on analysera le contentieux devant la juridiction administrative.

I. Le recours administratif

Cette phase administrative constitue un préalable obligatoire pour le contribuable. Ce n'est que dans l'hypothèse où le contribuable n'a pas entièrement obtenu satisfaction à l'issue de cette procédure préalable obligatoire qu'il est en droit de saisir le juge². La réclamation préalable doit respecter des conditions de forme et de délais qui, si elles sont respectées, déclenchent son instruction par l'administration fiscale³. La réclamation devant l'administration est la phase préalable avant tout

¹ Nicolas DELALANDE, *Les batailles de l'impôt. Consentement et résistances de 1789 à nos jours*, Seuil, 2011.

² Aurélien BAUDU, *L'essentiel du Droit des procédures fiscales*, 4^e édition 2017 2018, Gualino, p. 141.

³ Marie- Joseph AGLAE, « De l'impôt et ses limites », *RFFP* 2012, n° 120, p. 39 à 50.

recours juridictionnel. Elle a pour objet de régler de façon administrative le litige opposant le contribuable et l'administration, lequel est né lors du contrôle fiscal¹. Les prérogatives de l'administration fiscale sont considérables ; un juste équilibre exige que les garanties du contribuable soient efficacement assurées d'où l'importance des recours qui sont à leur disposition. C'est ainsi que la grande majorité des litiges sont directement réglés par l'administration fiscale elle-même, dans le cadre des recours hiérarchiques². Cette réclamation du contribuable se déroule en deux étapes à savoir une étape obligatoire dite réclamation contentieuse (A) d'une part, et d'un recours gracieux (B), d'autre part.

A. L'étape obligatoire de la réclamation contentieuse

Le *Petit Robert* définit le contentieux comme « l'ensemble des litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux »³. Pour sa part, le *Lexique des termes juridiques* considère qu'un « contentieux est formé par un ensemble de procès se rapportant au même objet: contentieux privé, pénal, administratif fiscal etc. »⁴. En s'appuyant sur ces définitions, le contentieux en matière fiscale, peut être entendu comme l'ensemble des litiges qui naissent de l'action de l'administration fiscale.

L'étymologie du vocable « contentieux » n'implique, cependant, pas automatiquement le recours au juge fiscal. Il faut savoir, d'ailleurs, que le contentieux fiscal s'arrête souvent après la phase administrative, elle n'est dans la plupart des cas nullement prolongée par un procès fiscal. La

¹ V. Maurice COZIAN, *Fiscalités des entreprises*, éd. Litec, 2006, n° 2770, p. 600.

² Martin COLLET, « La loyauté : un principe qui nous manque ? », *Dr. fisc.* 2016, n° 42, comm. 554.

³ *Le Nouveau Petit Robert de langue française*, édition 2017, p. 522.

⁴ *Lexique des termes juridiques*, 16^e édition, Dalloz, 2019, p. 174.

procédure de la réclamation préalable et des réponses de l'administration fiscale permet, en effet, de régler la majorité des différends durant la phase administrative. Cette phase est, d'ailleurs, qualifiée de « quasi juridictionnelle ». Compte tenu du recours administratif préalable obligatoire et de leur organisation rationnelle par l'administration fiscale, les requêtes portées devant les juridictions ne cessent de diminuer.

En effet, les actes pris par l'administration dans le cadre de ses missions de collecte de l'impôt, ne reçoivent pas nécessairement l'adhésion des contribuables. C'est pourquoi le législateur leur a donné la possibilité de contester la régularité et le bien-fondé de l'établissement et du recouvrement de l'impôt¹.

Elle consiste en une réclamation formulée par le contribuable et adressée à l'administration fiscale tendant à faire reconnaître des droits aux profits du contribuable. Elle a pour objet la réparation d'une erreur commise par l'administration fiscale lors de l'imposition des revenus du contribuable.

1. Les conditions dans lesquelles une réclamation contentieuse peut être introduite

L'introduction et la recevabilité de la réclamation doivent remplir certaines conditions à savoir : mentionner l'imposition contestée, exposé sommaire des moyens et conclusions de la partie, signature manuscrite de l'auteur, avis de l'avis d'imposition.

La réclamation doit être écrite et signée par le contribuable ou par la personne déléguée par lui à cet effet et dûment habilitée à l'engager. Elle doit aussi permettre l'identification du réclamant et de l'imposition mise en cause. La réclamation doit contenir un exposé des arguments invoqués par le contribuable, appuyés des pièces justificatives nécessaires. Le

¹ Félix ATECK A DJAM, *Droit du contentieux fiscal camerounais*, éd. Harmattan 2009, n° 7, p. 17.

réclamant doit préciser les circonstances de fait et les moyens légaux permettant de justifier sa demande. Le contribuable ou son mandataire doit adresser une réclamation au plus tard le 31 décembre de la deuxième année suivant l'acte attaqué (avis de mise en recouvrement, versement de l'impôt) pour les impôts nationaux et au plus tard le 31 décembre de l'année suivante celle de l'acte pour les impôts locaux.

Toute personne qui introduit ou soutient une réclamation pour autrui doit justifier d'un mandat régulier. Le mandat doit, à peine de nullité, être produit en même temps que l'acte qui l'autorise ou enregistré avant l'exécution de cet acte.

La réclamation peut être collective si elle concerne des contribuables imposés collectivement, les membres de sociétés de personnes qui contestent les impôts à la charge de la société ou la demande de plusieurs maires, qui demandent de la part de leurs administrés un dégrèvement de taxe foncière pour pertes de récoltes. Lorsqu'une réclamation n'est pas adressée au service compétent, ce dernier (services des impôts ou Trésor public) doit la transmettre à l'autre service sans que la recevabilité de la réclamation puisse être contestée par l'administration fiscale¹. À ce stade, la réclamation correspond à un recours hiérarchique. Quand l'administration fiscale reçoit une réclamation, elle doit adresser un récépissé au contribuable. Ensuite, l'administration doit se prononcer sur la réclamation dans un délai de six mois à compter de la date de la réclamation². Les réclamations sont instruites, selon le cas, par les agents de la direction générale des finances publiques ou de la direction générale des douanes et droits indirects. Toutefois, il n'est pas exigé de mandat des avocats inscrits au barreau ni des personnes qui, en raison de leurs

¹ Jean-Luc PIERRE, Note sous CE, 17 octobre 2007, n°293973, GRIFFOIN, Procédures 2008, comm. 28.

² Article R. 198-10 LPF.

fonctions ou de leur qualité, ont le droit d'agir au nom du contribuable. Il en est de même si le signataire de la réclamation a été mis personnellement en demeure d'acquitter les impositions mentionnées dans cette réclamation.

Dans le cas où un contribuable fait l'objet d'une procédure de reprise ou de rectification de la part de l'administration des impôts, il dispose d'un délai égal à celui de l'administration pour présenter ses propres réclamations. Les réclamations relatives aux taxes, cotisations, redevances sur les céréales et produits dérivés sont recevables jusqu'à l'expiration de la campagne suivant celle au cours de laquelle a été, soit notifié l'avis de mise en recouvrement, soit effectué le versement de la somme contestée.

La réclamation peut être régularisée à tout moment par la production de l'une des pièces énumérées ci-dessus. Les réclamations collectives introduites par les maires pour cause de pertes de récoltes doivent indiquer la nature des pertes, la date du sinistre et le nombre approximatif des contribuables atteints. Les délais de réclamation sont posés par des dispositions réglementaires¹. La réclamation doit être exercée au plus tard le 31 décembre de la deuxième année qui suit la mise en recouvrement ou l'exigibilité de l'impôt. En ce qui concerne les impôts directs locaux, la réclamation doit être exercée dans un délai réduit d'un an². Dans le cas où un contribuable fait l'objet d'une procédure de reprise ou de rectification de la part de l'administration fiscale, il dispose d'un délai égal à celui de l'administration pour présenter ses propres réclamations, soit trois ans³.

Les conditions de forme de la réclamation sont très souples. les réclamations doivent être individuelles, même si elles peuvent être collectives dans certains cas (les contribuables imposés collectivement, les

¹ LPF, art. R. 196-1 et s.

² LPF, art. L. 277.

³ LPF, art. R. 196-3.

membres des sociétés de personnes qui contestent les impôts à la charge de la société, les maires qui sollicitent au nom de leurs administrés un dégrèvement de taxe foncière pour pertes de récoltes)¹. Aussi, toute réclamation doit à peine d'irrecevabilité², mentionner l'imposition contestée ; contenir l'exposé sommaire des moyens et les conclusions de la partie ; porter la signature manuscrite de son auteur ; être accompagnée soit de l'avis d'imposition, d'une copie de cet avis ou d'un extrait du rôle, soit de l'avis de mise en recouvrement ou d'une copie de cet avis, soit, dans le cas où l'impôt n'a pas donné lieu à l'établissement d'un rôle ou d'un avis de mise en recouvrement, d'une pièce justifiant le montant de la retenue ou du versement.

La réclamation préalable ne dispense pas du paiement de l'impôt contesté. Elle n'a pas d'effet suspensif. Le contribuable a la possibilité de demander expressément un sursis de paiement³. Les réclamations relatives aux impôts, contributions, droits, taxes, redevances, soultes et pénalités de toute nature, établis ou recouverts par les agents de l'administration, relèvent de la juridiction contentieuse lorsqu'elles tendent à obtenir soit la réparation d'erreurs commises dans l'assiette ou le calcul des impositions, soit le bénéfice d'un droit résultant d'une disposition législative ou réglementaire.

Relèvent de la même juridiction les réclamations qui tendent à obtenir la réparation d'erreurs commises par l'administration dans la détermination d'un résultat déficitaire ou d'un excédent de taxe sur la valeur ajoutée déductible sur la taxe sur la valeur ajoutée collectée au titre

¹ L'article R. 197-1 du LPF.

² Article R. 197-3 du LPF.

³ Aurélien BAUDU, *L'essentiel du Droit des procédures fiscales*, 4e édition 2017 2018, Gualino, p. 143.

d'une période donnée, même lorsque ces erreurs n'entraînent pas la mise en recouvrement d'une imposition supplémentaire.

La réclamation préalable est une phase obligatoire dans la procédure contentieuse, le contribuable ne peut saisir le juge compétent qu'à compter de la décision de l'administration fiscale. Cette dernière dispose en principe d'un délai de six mois pour statuer sur la demande de réclamation préalable d'un contribuable¹. Si elle n'est pas en mesure de le faire, elle doit, avant l'expiration de ce délai, en informer le contribuable en précisant le terme du délai complémentaire qu'elle estime nécessaire pour prendre sa décision. Ce délai complémentaire ne peut, toutefois, excéder trois mois. En cas de rejet total ou partiel de la réclamation, la décision doit être motivée.

En l'absence de décision expresse de la part de l'administration fiscale au terme de ce délai, le contribuable est en droit de saisir la juridiction compétente. L'absence de réponse dans ce délai vaut décision implicite de rejet de l'administration fiscale. La réclamation préalable est un dispositif qui est controversé car l'administration fiscale se retrouve être à la fois juge et partie, ce qui offre donc peu de garanties aux contribuables². L'agent qui est chargé d'instruire la réclamation préalable est souvent celui qui a procédé à la vérification et aux redressements. À l'inverse, la réclamation préalable évite l'engorgement des tribunaux, ce qui permet un ultime dialogue entre l'administration fiscale et le contribuable.

En cas de contestation de l'exigibilité de l'impôt de la part du contribuable, l'administration fiscale émet un titre de perception à l'encontre de ce dernier pour le sommer à payer immédiatement la somme exigée. Ce titre produit les mêmes effets qu'un jugement. Le délai de prescription en recouvrement est de quatre ans. La demande du

¹ LPF, art. R. 198-10.

² Loi du 27 décembre 1927.

contribuable lorsqu'elle est émise dans les règles de l'art, fera l'objet d'un traitement de la part de l'administration fiscale compétente en la matière.

2. Le traitement de la réclamation contentieuse

L'objet de la réclamation porte entre autres sur la remise en cause des impôts, droits ou taxes émis par l'administration ; la restitution des droits ayant fait l'objet de versement indu, le bénéfice d'une exonération, d'une réduction ou de tout autre avantage prévu par la loi. Les réclamations relatives aux impositions de toute nature établies ou recouvrées par les agents de l'administration fiscale relèvent de la juridiction contentieuse lorsqu'elles tendent à obtenir soit la réparation d'erreurs commises dans l'assiette ou le calcul des impositions, soit le bénéfice d'un droit résultant d'une disposition législative ou réglementaire. Il en est de même en ce qui concerne les réclamations qui tendent à obtenir la réparation d'erreurs commises par l'administration fiscale, même lorsque ces erreurs n'entraînent pas la mise en recouvrement d'une imposition supplémentaire. Les demandes fondées sur la non-conformité de la règle de droit dont il a été fait application à une règle de droit supérieure relèvent de la même juridiction contentieuse.

L'analyse de ces faits est de nature à justifier la régularité des impositions contestées ou, au contraire, le bien-fondé de la réclamation du contribuable. L'analyse des moyens de droit invoqués par le réclamant à l'appui de sa réclamation. Elle apprécie les arguments avancés par le contribuable compte tenu des dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Le service compétent pour statuer sur une réclamation est celui à qui la réclamation est adressée. C'est en principe la direction générale des finances publiques ou la direction générale des douanes et droits indirects. Selon le cas, elle statue sur les réclamations dans le délai de six mois suivant la date de leur présentation. Si elle n'est pas en mesure de le

faire, elle doit, avant l'expiration de ce délai, en informer le contribuable en précisant le terme du délai complémentaire qu'elle estime nécessaire pour prendre sa décision. Ce délai complémentaire ne peut, toutefois, excéder trois mois¹. En cas de rejet total ou partiel de la réclamation, la décision doit être motivée. Les décisions de l'administration sont notifiées dans les mêmes conditions que celles prévues pour les notifications faites au cours de la procédure devant le tribunal administratif².

En d'autres termes, la décision de l'administration doit en cas de rejet total ou partiel de la demande, indiquer les motifs justifiant ce rejet. Si le contribuable n'accepte pas la décision rendue par l'administration ou, à défaut de réponse de celle-ci dans le délai de six mois suivant la date de la réclamation, il peut saisir le tribunal compétent dans un délai de trente jours suivant la date de la notification de la décision de l'administration.

La réclamation du contribuable ne fait pas obstacle au recouvrement immédiat des sommes exigibles ; et dans le cas échéant l'administration a les pouvoirs de déclencher la procédure de recouvrement forcé, sous réserve de restitution totale ou partielle des dites sommes après décision de l'administration ou jugement du tribunal³.

En tout état de cause l'administration fiscale a pour mission de mobiliser les ressources nécessaires, dont a besoin l'Etat pour l'accomplissement de ses tâches essentielles, notamment la satisfaction de l'intérêt général. Or la mobilisation de telles ressources exige qu'il y ait des contributeurs. Ces contributeurs aux charges publiques, par le truchement de l'impôt, « les contribuables » ou les assujettis, ne s'acquittent pas toujours de leur obligation en souriant. Ils ont même une

¹ Patrick SERLOOTEN et Olivier DEBAT, *Droit fiscal des affaires*, 17^e éd. Dalloz 2019, p. 50.

² Jean-Claude MARTINEZ, *Le statut de contribuable*, LGDJ, 1980, 394 p. 96.

³ Jacques GROSCLAUDE et Philippe MARCHESSOU, *Droit fiscal général*, 11^{ème} éd. Dalloz 2017, p. 72.

tendance naturelle à éluder ou à minimiser le montant de la contribution due, en prenant quelques libertés avec les lois et règlements. C'est l'un des objets du contentieux fiscal conduisant à la saisine de l'administration fiscale. Autrement dit, les rapports qui viennent d'être décrits donnent souvent naissance à des litiges, qui constituent le fondement d'un contentieux particulier : le contentieux fiscal.

B. Le recours gracieux

C'est une procédure qui a pour objet la sollicitation d'une faveur auprès de l'administration fiscale. Elle a pour objet la réduction ou l'annulation d'une imposition au profit du contribuable¹. Elle permet au contribuable de demander une mesure de bienveillance, telle qu'elle remise totale ou partielle des pénalités fiscales qui lui ont été infligées, voire une remise de certains impôts² qu'il n'est pas en état de payer. Pour ce faire, le chef d'entreprise qui connaît des difficultés financières peut, de cette façon, solliciter des délais de paiement et des remises gracieuses. L'administration est évidemment libre de les accorder ou de les refuser³. La demande de recours gracieux n'est soumise à aucune condition de délai et la décision de l'administration n'est pas susceptible de recours judiciaire⁴.

¹ B. PLAGNET, « L'utilité de la Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux fiscal », *Dr. et patr.* 2010, n° 194, p. 65.

² Les impôts directs uniquement.

³ V. Maurice COZIAN, *op. cit.* n° 1971 en ce qui concerne la taxe professionnelle.

⁴ Gérard LEGRAND, Hugues MARTIN et s Perrine LAGARDE, *Le recouvrement de l'impôt. Organisation et contentieux*, LexisNexis, 2014, 430 p. 47.

1. La nature de la réclamation gracieuse

La réclamation gracieuse a pour objet la demande de faveur auprès des services fiscaux du contribuable qui, pour des raisons ou difficultés diverses se trouve dans l'impossibilité de payer sa dette fiscale. Les demandes tendant à obtenir à titre gracieux une remise, une modération ou une transaction, doivent être adressées au service territorial selon le cas, de la direction générale des finances publiques ou de la direction générale des douanes et droits indirects dont dépend le lieu de l'imposition. Elles doivent contenir les indications nécessaires pour identifier l'imposition et, le cas échéant, être accompagnées soit de l'avis d'imposition, d'une copie de cet avis ou d'un extrait de rôle, soit de l'avis de mise en recouvrement¹ ou d'une copie de cet avis².

Dans ce cadre, l'administration fiscale peut accorder sur la demande du contribuable des remises totales ou partielles d'impôts directs régulièrement établis. Tout contribuable a la possibilité de solliciter une remise gracieuse des droits et pénalités mis à sa charge. Cette faculté est laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'administration. La remise gracieuse ou la modération constitue un acte unilatéral d'abandon de créance. Le fonctionnaire chargé d'instruire la demande procède à un examen des circonstances particulières de l'affaire, de la situation de l'utilisateur et doit apprécier son civisme fiscal³.

L'administration fiscale peut accorder sur la demande du contribuable, par voie de transaction, une atténuation d'amendes fiscales ou de majorations d'impôts lorsque ces pénalités ne sont pas définitives⁴. La

¹ LPF, art. L. 247 10 et 20

² Art. 41 du décret français n° 2012-430 du 29 mars 2012.

³ En droit français, l'autorité compétente pour statuer est le directeur des services fiscaux, si l'objet de la demande est inférieur à 150 000 €, ou le ministre du Budget et des Comptes publics, si la demande est supérieure à 150 000 €.

⁴ LPF, art. L. 247 30.

transaction ne s'applique donc qu'aux pénalités. Il s'agit d'une convention conclue entre le contribuable et l'administration dans laquelle cette dernière s'engage à modérer ou supprimer les pénalités et en échange duquel le contribuable s'engage à payer dans les meilleurs délais l'impôt dû. La transaction a pour effet de priver le contribuable de pouvoir contester l'impôt au plan contentieux.

A priori, cette décision pourra éventuellement faire l'objet d'un recours gracieux. Le contribuable pourra, sans aucun doute former un recours hiérarchique contre cette prise de position. Il peut, en effet, déposer une demande de second examen dans un délai de deux mois¹. Cette demande ne pourra pas intégrer d'éléments nouveaux. L'administration fiscale devra alors procéder de manière collégiale, sachant que la composition du collège sera déterminée par décret, et répondre dans les délais identiques à la première demande. Le contribuable pourra, ensuite, former un recours gracieux devant le collège du rescrit ou un recours hiérarchique devant le ministre du budget (Charles Ménard, « Le rescrit : l'année 2008 restera-t-elle dans les mémoires ? », *Dr. Fisc.*, 12/02/2009, 183). L'administration fiscale a lancé, au mois de mai 2009, une consultation publique sur deux projets d'instruction visant à préciser les procédures de rescrits généraux et spéciaux.

2. Le traitement de la réclamation gracieuse

L'administration fiscale a la liberté pour répondre favorablement à la demande du contribuable. L'autorité compétente peut se prononcer sans instruction préalable sur les demandes des contribuables tendant à obtenir une modération, remise ou transaction qui, en l'état des procédures en cours à l'époque où elles sont formées, ne peuvent être favorablement accueillies. En matière d'impôts locaux, les demandes

¹ Article L. 80 CB LPF.

gracieuses sont soumises à l'avis du maire¹. La proposition de transaction est notifiée par l'administration au contribuable par lettre recommandée avec avis de réception ; ce document mentionne le montant de l'impôt et celui des pénalités encourues ainsi que le montant des pénalités qui seront réclamées au contribuable s'il accepte la proposition. Le contribuable dispose d'un délai de trente jours à partir de la réception de la lettre pour présenter son acceptation ou son refus².

Même si les délais de reprise sont écoulés, les omissions ou insuffisances d'imposition révélées par une procédure judiciaire, par une procédure devant les juridictions administratives ou par une réclamation contentieuse peuvent être réparées par l'administration des impôts jusqu'à la fin de l'année suivant celle de la décision qui a clos la procédure et, au plus tard, jusqu'à la fin de la dixième année qui suit celle au titre de laquelle l'imposition est due.

La prescription est interrompue par la notification d'une proposition de rectification, par la déclaration ou la notification d'un procès-verbal, de même que par tout acte comportant reconnaissance de la part des contribuables et par tous les autres actes interruptifs de droit commun.

Les agents de l'administration peuvent intervenir de manière inopinée dans les locaux professionnels des entreprises émettrices et réceptrices des factures et, s'il y a lieu, dans les locaux professionnels des prestataires de services de télétransmission des factures pour contrôler la conformité du fonctionnement du système de télétransmission des factures et de la procédure de signature électronique avancée aux conditions fixées par décret. Lors de l'intervention mentionnée au premier alinéa, l'administration remet au contribuable, ou à son représentant, un avis d'intervention précisant les opérations techniques envisagées sur le

¹ Art. 2 du décret n° 2013-443 du 30 mai 2013.

² Thierry LAMBERT, « Le fiscaliste : un juriste comme les autres », *Gestion & Finances publiques* 2014, n° 3/4, p. 12 à 20.

système de télétransmission des factures ou de procédure de signature électronique. Au Mali, les jugements en matière gracieuse sont enregistrés au droit fixe de 2 500 francs CFA¹.

II. Le recours contentieux devant la juridiction administrative

Les compétences juridictionnelles en matière fiscale se répartissent entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires, lesquelles se partagent également les questions prioritaires de constitutionnalité en droit fiscal. Ce contentieux permet au contribuable de formuler des contestations, à compter de la mise en œuvre du recouvrement forcé, qui ne peuvent porter que soit sur la régularité en la forme de l'acte ; soit sur l'existence de l'obligation de payer, sur le montant de la dette compte tenu des paiements effectués, sur l'exigibilité de la somme réclamée, ou sur tout autre motif ne remettant pas en cause l'assiette et le calcul de l'impôt².

Dans le cadre de cette procédure, le contribuable conteste le recouvrement dont il fait l'objet et il s'oppose à la forme de l'acte de poursuite ; il s'agit d'une opposition à l'acte de poursuite ou bien il conteste l'obligation de payer qui lui est faite, c'est-à-dire l'exigibilité de la somme réclamée. Cette contestation ne remet en cause ni l'assiette ni le calcul de l'impôt. Il s'agit d'une opposition à exécution de l'obligation de payer.

A. L'introduction de la demande

Le contribuable doit saisir la juridiction compétente selon qu'il conteste la régularité en la forme de l'acte de poursuite (juge de

¹ V. art. 337 du Code général des impôts du Mali.

² Aurélien BAUDU, *L'essentiel du Droit des procédures fiscales*, op. cit., p. 145.

l'exécution) ou l'obligation de payer (juge de l'impôt). La demande sous forme écrite est formulée par le contribuable ou son représentant légalement constitué à cet effet. Lorsqu'il conteste le montant mis à sa charge, le contribuable a la faculté de demander le bénéfice du sursis légal de paiement. L'exigibilité de la créance est alors suspendue et le bénéfice du sursis lui est accordé en contrepartie de garanties qui doivent être constituées dans certains cas.

La demande de réclamation doit également être déposée auprès de la juridiction compétente. Pour ce faire nous traiterons successivement les demandeurs à l'action (1) et la compétence juridictionnelle (2).

1. Les parties à l'origine de la demande (Les demandeurs à l'action)

La question principale qui se pose ici est celle de savoir qui a la qualité pour demander réparation, correction ou régularisation en la matière. En d'autres termes, qui est habilité pour saisir le tribunal en cas de contestation de l'imposition effectué par les services fiscaux ? La réponse est toute simple. Le contribuable peut intenter personnellement l'action en justice toutes les fois que les conditions de l'action sont réunies¹. De même, son représentant nommément désigné pour agir en son lieu et place pour le rétablissement de ses droits violés ou méconnus².

La phase juridictionnelle intervient au terme de la décision de rejet de l'administration fiscale sur la réclamation préalable du contribuable, ou en cas d'absence de réponse de l'administration fiscale à l'issue du délai des six mois qu'elle a pour statuer préalablement. Dans le premier cas, le contribuable dispose d'un délai de deux mois pour saisir le juge compétent. Dans le second cas, tant que la décision expresse de

¹ Les conditions de l'action en justice sont : la qualité ou capacité pour agir, l'intérêt pour agir et le délai pour agir.

² Emmanuel de CROUY-CHANEL, *Le contribuable-citoyen. Histoire d'une représentation (1750-1999)*, Thèse Paris I, 1999.

l'administration fiscale n'est pas intervenue, aucune condition de délai n'est posée, ce qui offre au contribuable une possibilité de recours contentieux à tout moment devant l'un ou l'autre ordre juridictionnel, selon l'impôt qui fait l'objet du litige.

2. Juges compétents en matière fiscale

Le contentieux du recouvrement relèverait ainsi du juge administratif pour les impôts qui relèvent de lui et du juge judiciaire pour les autres impôts. Quel que soit le juge saisi, la finalité est de statuer sur le bien-fondé de la demande du contribuable étant donné que ladite réclamation doit être motivée. La juridiction saisie peut, lorsqu'une erreur non substantielle a été commise dans la procédure d'imposition, prononcer, sur ce seul motif, la décharge des majorations et amendes, à l'exclusion des droits dus en principal et des intérêts de retard. Elle prononce la décharge de l'ensemble lorsque l'erreur a eu pour effet de porter atteinte aux droits de la défense ou lorsqu'elle est de celles pour lesquelles la nullité est expressément prévue par la loi ou par les engagements internationaux conclus par la France.

Le contribuable doit saisir la juridiction compétente selon qu'il conteste la régularité en la forme de l'acte de poursuite (juge de l'exécution) ou l'obligation de payer (juge de l'impôt). La juridiction compétente doit se prononcer sur les justifications qui ont été présentées à l'administration fiscale.

Pour saisir le juge du référé administratif, il faut remplir trois conditions à savoir la recevabilité du référé de suspension est conditionnée, tout d'abord, par le fait que le contribuable consigne auprès du comptable 1/10^{ème} des impôts contestés sur un compte d'attente, somme qui sera restituée si le juge estime que les garanties offertes par le contribuable sont suffisantes ; ensuite, il faut un doute sérieux quant à la légalité de la procédure d'imposition et enfin l'urgence de la décision du

juge est exigée pour éviter que le recouvrement ait de graves conséquences^{1/2}.

La procédure applicable devant le Tribunal administratif, la Cour administrative d'appel et la section administrative de la cour suprême, en matière d'impôts directs. La procédure applicable devant le Tribunal de grande instance et la Cour d'appel et la Cour de cassation, en matière de droits d'enregistrement, de taxes de publicité foncière, de droits de timbre, de contributions indirectes et de taxes assimilées à ces droits. Notons au passage que le contentieux fiscal devant les juridictions administratives s'est considérablement accru ces dernières années, ce qui pose le problème de la durée moyenne des procédures contentieuses en matière fiscale devant les juridictions administratives.

Le jugement du contentieux par les tribunaux de l'ordre judiciaire ne paraît en revanche pas poser les mêmes problèmes de délai. Les raisons de ce partage de compétence semblent historiques, puisque la compétence du juge judiciaire en matière fiscale tire son origine de la nécessaire protection du droit de propriété.

Le juge saisi est appelé à rendre une décision motivée. La décision du juge de l'exécution est exécutoire de plein droit. Le délai d'appel est de quinze jours à compter de la notification de la décision aux parties. L'appel n'a pas d'effet suspensif³. La décision du juge de l'impôt varie selon qu'il s'agit de celle : – du juge administratif (impôts directs, taxes sur le chiffre d'affaires et assimilées) pour laquelle le délai d'appel est de deux mois à compter de la notification du jugement, et qui n'a pas d'effet suspensif ; – du juge judiciaire (impôts indirects et droits d'enregistrement et de timbre et assimilés) pour laquelle le délai d'appel est de un mois à compter de la signification du jugement, et qui a un effet suspensif.

¹ Gérard LATIL, *Contentieux fiscal*, Editions Francis Lefebvre.

² CE, 25 avril 2001, n° 230166 et 230345, min c/ SARL JANFIN.

³ C'est pour dire que l'appel ne suspend pas l'exécution de la décision.

En dehors de cette compétence à la fois judiciaire et administrative, nous avons également les compétences matérielle et territoriale. La compétence matérielle ou « *ratione materiae* » est l'aptitude donnée à une juridiction à connaître des infractions en raison de leur nature. En l'espèce, le contribuable a le choix selon qu'on est en présence d'un contentieux de l'assiette ou de recouvrement.

Quant à la compétence territoriale, elle peut être entendue comme l'aptitude d'une juridiction à connaître d'une infraction en fonction des circonstances de lieu, c'est-à-dire en tenant compte du lieu de commission de la faute qui fait l'objet d'une demande de réparation. Cette compétence est également dénommée la compétence « *ratione loci* ». Dans cette hypothèse le contribuable ne peut agir que devant la juridiction de son chef-lieu d'imposition et non devant le tribunal d'un autre département.

B. Le déroulement des instances

Le juge de l'impôt peut aussi réformer l'acte d'imposition, c'est-à-dire le modifier. Le juge de l'impôt substitue, en quelque sorte, à la décision administrative d'imposition, une nouvelle décision, cette fois à caractère juridictionnel. Ces pouvoirs étendus se justifient par la circonstance que l'action n'est pas dirigée contre l'acte d'imposition mais bien contre l'imposition elle-même. Le contribuable n'intente pas un procès à l'acte mais plutôt à la créance fiscale. Il critique une activité particulière de l'administration fiscale et conteste l'opération d'imposition individuelle le concernant personnellement.

En matière de contributions indirectes et de réglementations assimilées, toute constatation susceptible de conduire à une taxation donne lieu à un échange contradictoire entre le contribuable et l'administration. Le contribuable est informé des motifs et du montant de la taxation encourue par tout agent de l'administration. Il est invité à faire connaître ses observations. Le déroulement proprement dit des instances

au cours de l'instruction conduira le juge saisi à prendre des mesures d'ordre général (1), d'une part, et des mesures d'ordre spécial (2), de l'autre.

1. Les mesures générales de l'instruction (au niveau des impôts) du juge administratif

L'instruction relative à ce contentieux recouvre donc une très grande variété de demandes, et d'abord -la demande en réparation d'erreurs commises au préjudice des contribuables dans l'assiette ou la liquidation de l'imposition. Ces demandes comprennent d'une manière générale toutes demandes faites soit en vue de l'annulation complète d'une imposition estimée établie à tort (demandes en décharge), soit en vue de la diminution d'une imposition estimée excessive (demandes en réduction), soit en vue du reversement de paiement estimé indu (demandes en restitution).

-La demande en bénéfice d'un droit résultant d'une disposition législative ou réglementaire. Les demandes tendant à l'exercice d'un droit sont celles qui s'appliquent à une imposition à l'origine régulièrement établie ou perçue mais qui se trouvent remises en cause par la survenance d'un événement auquel une disposition législative ou réglementaire reconnaît un caractère révocatoire.

-La demande en restitution d'une imposition sur la non-conformité à une règle de droit supérieure. Conformément à l'article, les demandes doivent tendre exclusivement à l'obtention du versement d'une somme par l'administration et être fondées sur une décision de justice révélant la non-conformité de la règle de droit dont il a été fait application¹. Cette décision peut émaner soit du juge national² soit de la commission

¹ L. 190 al. 4 et 5 du LPF.

² Qui peut être de l'ordre judiciaire et/ou administratif.

communautaire¹ qu'il s'agisse d'un recours en annulation, d'une action en manquement introduite par la Commission, par un État membre ou qu'il s'agisse d'une question préjudicielle soulevée par le juge national.

-La demande de suspension de l'exigibilité de l'impôt lorsque le contribuable conteste la procédure d'imposition dont il fait l'objet. Cette demande peut prendre plusieurs formes au nombre desquelles nous retenons quelques-unes.

-La demande de sursis de paiement prévue en attendant que l'administration fiscale ou le juge de l'impôt se prononce sur le bien-fondé de la réclamation contentieuse². L'administration fiscale est tenue d'accorder le sursis de paiement dès lors que le contribuable présente des garanties financières suffisantes³ sauf si le litige porte sur une somme inférieure à un certain seuil⁴. Lorsque les garanties offertes sont jugées insuffisantes par le comptable chargé du recouvrement, celui-ci informe le contribuable de sa décision de rejet des garanties. Cette décision peut être contestée devant le juge du référé. Chaque année, l'administration fiscale Française traite environ plus de 40 000 demandes de sursis de paiement⁵.

Le référé suspension permet au juge administratif de suspendre l'application d'un acte d'imposition. Le résultat obtenu est similaire à celui de la demande de sursis de paiement sauf que le juge n'exige ici aucune garantie financière particulière. La suspension de l'acte nécessite la réunion de plusieurs conditions : un doute sérieux sur la régularité de l'acte d'imposition et, si l'urgence le justifie, qui est appréciée au regard

¹ Il peut s'agir de la commission de l'UEMOA en ce qui nous concerne ou de la commission de l'UE pour ce qui concerne la France.

² L'article L. 277 du LPF.

³ Caution bancaire par exemple.

⁴ En droit français lorsque la somme ne dépasse pas 4 500 euros

⁵ Aurélien BAUDU, *L'essentiel du Droit des procédures fiscales*, op. cit. p. 138.

de la gravité des conséquences que pourrait entraîner le recouvrement de l'impôt sur la situation du contribuable¹.

2. Les mesures spéciales d'instruction

En matière de contributions indirectes, après mise en mouvement par l'administration ou le ministère public d'une action judiciaire, l'administration ne peut transiger que si l'autorité judiciaire admet le principe d'une transaction. L'accord de principe est donné par le ministère public lorsque l'infraction est passible à la fois de sanctions fiscales et de peines, par le président de la juridiction saisie lorsque l'infraction est passible seulement de sanctions fiscales. Après jugement définitif, les sanctions fiscales prononcées par les tribunaux ne peuvent faire l'objet de transaction. Les demandes de remise, totale ou partielle, des sanctions fiscales pour tenir compte des ressources et des charges du débiteur, sont instruites par l'administration et soumises au président de la juridiction qui a prononcé la condamnation. La remise ne peut être accordée qu'après avis conforme du président de la juridiction.

Lorsqu'une transaction est devenue définitive après accomplissement des obligations qu'elle prévoit et approbation de l'autorité compétente, aucune procédure contentieuse ne peut plus être engagée ou reprise pour remettre en cause les pénalités qui ont fait l'objet de la transaction ou les droits eux-mêmes. Dans le cas où le contribuable refuse la transaction qui lui a été proposée par l'administration et porte ultérieurement le litige devant le tribunal compétent, celui-ci fixe le taux des majorations ou pénalités en même temps que la base de l'impôt. La transaction permet de suspendre et le cas échéant de mettre fin à la procédure contentieuse en cours dès lors.

Conclusion

¹ CE, 25 avr. 2001, SARL JANFIN.

En définitive, le contentieux fiscal ou de l'impôt passe nécessairement par deux organes administratif et judiciaire. En ce qui concerne la phase administrative, elle est préalable à toute procédure judiciaire. Dans celle-ci, le contribuable demande soit une rectification de son imposition, soit il sollicite la clémence du fisc en demandant des faveurs auprès de l'administration fiscale. La demande de remise ou de faveur est dénommée recours gracieux car c'est une grâce que le contribuable cherche auprès du fisc. Ce dernier est libre de le lui accorder ou non.

S'agissant du recours judiciaire, il est la suite logique ou la suite de l'échec d'un compromis entre le contribuable et fisc. Cette phase est rare dans la pratique dans la mesure où la plupart des litiges fiscaux sont réglés dans la phase administrative. A noter que contrairement au juge qui ne peut pas transiger, l'administration fiscale peut transiger avec le contribuable jusqu'à l'obtention d'un compromis c'est pourquoi, rares sont les litiges qui ne se voient de leur contenu au niveau de la phase administrative.

REFERENCE BIBLIOGRAPHIQUE

I. Ouvrages

- AGLAE (Marie-Joseph), « De l'impôt et ses limites », *RFFP* 2012, n° 120, p. 39 à 50.
- AMSELEK (Paul), « Un phénix du droit financier : les impositions quasi-fiscales », in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 111 à 133.
- AMSELEK (Paul), « Impositions et cotisations obligatoires », in *Mélanges Philip*, Economica, 2005.
- BAUDU (Aurélien), *L'essentiel du Droit des procédures fiscales*, 4^e édition Gualino 2017 2018.
- BOURGET (Renaud), *Étude historique et comparative du développement de la science juridique fiscale (fin XIX^e et XX^e siècles)*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 112, 2012, 1347 p.
- CABANNES (Xavier), « La redevance : de la rémunération du coût du service rendu à la rémunération de la valeur économique de la prestation fournie. Une longue marche vers un prix de marché ? », in *Mélanges Robert Hertzog*, Economica, 2010, p. 67 à 82.
- CASTAGNEDE (Bernard) et GUTMANN (Daniel), « Faut-il baisser les impôts ? », *L'Année fiscale*, 2003, p. 9 à 30.
- CASTAGNEDE (Bernard), « Nature et caractères du droit fiscal » *Dr. fisc.* 2007, suppl. n° 25, p. 23 à 27.
- COLLET (Martin), *L'impôt confisqué*, Odile Jacob, 2014, 100 p.
- COLLET (Martin), « Le Conseil constitutionnel et la distinction des impôts et des cotisations sociales » *Dr. Fisc.* 2014, n° 40, comm. 553.
- COLLET (Martin), « La loyauté : un principe qui nous manque ? », *Dr. fisc.* 2016, n° 42-43, comm. 554.

- COZIAN (Maurice), « Sociologie de la fiscalité (Les nouveaux privilèges fiscaux des héritiers de la noblesse et du clergé) », *L'Année sociologique*, 1999, n° 2, p. 497 à 510.
- COZIAN (Maurice), *précis de la fiscalité de l'entreprise*, édition Litec 2006.
- CROUY-CHANEL (Emmanuel de), *Le contribuable-citoyen. Histoire d'une représentation (1750-1999)*, Thèse Paris I, 1999.
- CROUY-CHANEL (Emmanuel de), « La définition juridique de l'impôt. L'exemple de la doctrine française », in T. BERNIS.
- DUPONT (J.-C.), M. XIFARAS (dir.), *Philosophie de l'impôt*, Bruylant, 2006, p. 135.
- DELALANDE (Nicolas), *Les batailles de l'impôt. Consentement et résistances de 1789 à nos jours*, Seuil, 2011.
- FOUQUET (Olivier), « L'amoralisme du droit fiscal », *Rev. adm.* 2000, n° 313, p. 47 et 48.
- FOUQUET (Olivier), « Le droit souple : quel avenir fiscal ? », *Dr. fisc.* 2016, n° 17, comm. 297.
- GROSCLAUDE (Jacques) et HERTZOG (Robert), « Le mythe de l'impôt unique », *RFFP* 1990, n° 29, p. 29 à 57.
- GROSCLAUDE (Jacques) et MARCHESSOU (Philippe), *Droit fiscal général*, 11^{ème} éd. Dalloz 2017.
- GUTMANN (Daniel), « La "pénalisation" du droit fiscal : mythe ou réalité ? », *Dr. fisc.* 2011, comm. 122.
- HERTZOG (Robert), « La juridiction administrative et la classification des recettes publiques », *RFFP* 2000, n° 70, p. 97 à 119.
- KISSANGOULA (Justin), « Le Conseil d'État, la notion d'impositions de toutes natures et la jurisprudence sur l'incompétence négative du législateur », *RFFP* 2000, n° 70, p. 193 à 205.
- LAMBERT (Thierry), « Éthique et fiscalité », *LPA* 2011, n° 239, p. 6 à 11.
- LAMBERT (Thierry), « Le fiscaliste : un juriste comme les autres », *Gestion & Finances publiques* 2014, n° 3/4, p. 12 à 20.

- LARBRE (David), « Le caractère confiscatoire de l'impôt », *Dr. fisc.* 2012, n° 20, p. 14 à 22.
- LE GALL (Jean-Pierre), « L'autonomie du droit fiscal », *Dr. fisc.* 2000, n° 3, p. 136 à 144.
- LE GALL (Jean-Pierre), « Du bon usage de quelques concepts juridiques par la fiscalité française », *Dr. fisc.* 2001, n° 12, p. 514 à 522.
- MARDIERE (Christophe de la), « Résistance à l'impôt et résistance par l'impôt », *L'Année fiscale*, 2005, p. 145 à 156.
- MARDIERE (Christophe de la), « Le luxe et l'impôt », *Lamy Droit des affaires* 2011, n° 66, p. 114 à 117
- MARDIERE (Christophe de la), « Maximes, pensées et badineries fiscales », *Dr. fisc.* 2012, n° 24, p. 19 à 23.
- MARIONNEAU (Astrid), « L'introduction de la notion d'espérance légitime en droit fiscal », *Dr. fisc.* 2014, n° 47, comm. 631.
- MARTINEZ (Jean-Claude), *Le statut de contribuable*, LGDJ, 1980, 394 p.
- MOUBACHIR (Yasmina), *Impositions et régime fiscal*, LGDJ, 2007.
- NEGRIN (Olivier), « Une légende fiscale : la définition de l'impôt par Gaston Jèze », *RD publ.* 2008. 138 à 151.
- OLLEON (Laurent), « Autonomie du droit fiscal : le moribond se porte bien », *RJF* 2002, n° 5, p. 355 à 361.
- PEZET (Fabrice), « Le caractère confiscatoire de l'impôt et les exigences constitutionnelles françaises », *Dr. fisc.* 2013, n° 22, comm. 630.
- PHILIP (Loïc), « Jalons pour une réforme fiscale », in *Mélanges en l'honneur de Robert Hertzog*, *Economica*, 2010, p. 423 à 438.
- PHILIP (Loïc), « La CSG et la notion d'impôt », *Dr. fisc.* 1991, n° 14, p. 612 à 615.
- PICHET (Éric), « La doctrine budgétaire et fiscale actuelle : contraintes, mises en œuvre et conséquences », *Dr. fisc.* 2012, n° 45, p. 12 à 19.
- ROUZAUD (Pierre), *L'impôt confiscatoire : notion et jurisprudence*, Lancier, 2016, 86 p.

-STEICHEN (Alain), « Typologie des systèmes fiscaux comparés », *L'Année fiscale*, 2003, p. 31 à 67. TALY (Michel), *Les coulisses de la politique fiscale*, PUF, 2016, 273 p.

-TOURNAFOND (Olivier), « L'impôt est-il légitime », in *Mélanges Henri Hovasse*, LexisNexis, 2016.

-VARII AUCTORES, *Théories contre l'impôt*, textes réunis par Alain LAURENT et présentés par Claude REICHMANN, Les Belles Lettres, 2000, 220 p.

-VARII AUCTORES, « Quelle fiscalité à l'horizon 2017 ? (et au-delà) », *Dr. fisc.* 2012, n° 14, 83 p.

II. Textes législatifs et réglementaires

- Code général des impôts du Mali
- Code général des impôts français
- Code des douanes du Mali
- Code des procédures civile, commerciale et sociale du Mali
- Code des procédures fiscales français
- Constitution du Mali
- Lexique des termes juridiques

**LA PARTICIPATION CITOYENNE DANS LA MOBILISATION DES
RESSOURCES FINANCIERES LOCALES AU MALI.**

Dr Aboubacrine AGUISSA,
enseignant-chercheur à l'Université des sciences juridiques et
politiques de Bamako (USJPB)
aboubacrinetoure@live.fr

Résumé : L'émergence des collectivités territoriales, communément appelée décentralisation, est cruciale pour l'ancrage de la démocratie, la paix, le développement local et la lutte contre la pauvreté dans toutes ses dimensions. Pour ce faire, la mobilisation des ressources financières locales, à laquelle les citoyens doivent participer, consiste à confier aux collectivités territoriales la responsabilité de gérer des ressources financières, au service de projets ambitieux et décisifs pour le développement harmonieux et équilibré du pays. L'accent est mis sur les mécanismes de participation citoyenne à travers les ressources des collectivités quelle qu'en soit la provenance (internes externes). Plusieurs obstacles ont été identifiés dans cet exercice au nombre desquels nous avons le faible contrôle citoyen, le manque de civisme, le non acquittement par les citoyens de leurs obligations financières... Du côté des autorités locales déconcentrées et/ou décentralisées, on peut regretter le manque de transparence, l'absence de politique ou de stratégies d'implication des populations, et un faible contrôle de la part des représentants de l'Etat. D'une manière générale, pour pouvoir mobiliser

des fonds, les collectivités territoriales maliennes doivent disposer des mécanismes tendant à faciliter le recouvrement des taxes fiscales et parafiscales que la loi met à leur disposition¹.

Mots clés : Citoyen, Mobilisation, Locale, Participation, Ressource

Depuis son accession à l'indépendance, l'Etat du Mali a poursuivi la politique de décentralisation déclenchée par le colonisateur, qui consiste à transférer une partie de ses compétences à une collectivité locale qu'il crée à cet effet. Cette politique de décentralisation apparaît clairement dans les textes les plus importants, notamment les différentes Constitutions², même si elle a connu des nombreuses difficultés, en ce qui concerne sa mise en œuvre, voire son effectivité. Un des objectifs assignés à la décentralisation est de favoriser une meilleure mobilisation de l'épargne locale et cela passe nécessairement par une large participation de l'ensemble des citoyens. Les ressources financières notamment les recettes fiscales constituent une des composantes majeures des ressources d'un pays, d'un département, d'une commune... Elles occupent une place de choix dans le fonctionnement des collectivités à côté des ressources humaines et les ressources techniques.

Depuis l'expansion de la politique de décentralisation en 1999, les communes du Mali connaissent d'énormes difficultés dans la mobilisation des ressources qui leur sont attribuées par la législation en vigueur dans le pays, en la matière. Ainsi, le constat est que, dans la plupart des

¹ B. SEWADE, « Mobilisation des ressources de l'Etat, les recettes publiques en débat », colloque, Abomey-Calavi, 9 octobre 2018.

² La Constitution de 1960, consacrant la première république, la Constitution de 2 juin 1974, consacrant la deuxième république et celle du 25 février 1992 consacrant la troisième république.

communes, les problèmes se situent à plusieurs niveaux : le faible recouvrement des impôts et taxes, le faible rendement des services administratifs de la collectivité, le manque de confiance entre élus et populations, la mauvaise gestion des ressources financières, l'absence d'une prise d'initiative communale concrète pour des solutions adéquates afin de mobiliser les ressources potentielles, et aussi l'incapacité d'honorer les contributions pour accéder au fond d'investissement des collectivités territoriales. C'est dans cette optique que Tiégoué A. Ouattara débute son livre en ces termes « dans les activités quotidiennes de l'individu comme de l'Etat, les finances tiennent une place capitale »¹. Il renchérit en ajoutant ceci : « si l'argent est le nerf de la guerre, il est aussi le nerf de la paix »². Au regard de la complexité de la mobilisation des ressources financières, il est primordial de mettre l'accent sur la participation des citoyens afin de développer les stratégies efficaces pour rendre la décentralisation surtout financière effective et de promouvoir le développement local, voire nationale. C'est dans cet ordre d'idées que l'étude du Centre de formation des collectivités territoriales (CFCT) sur la mobilisation des ressources financières locales rappelle ceci « La viabilité des collectivités territoriales dépend, dans une large mesure, de leur capacité à mobiliser les ressources financières, matérielles et humaines nécessaires à leur développement. Le constat est que l'Etat s'est dessaisi de certaines missions au profit des collectivités territoriales pour permettre une plus grande participation des populations à leur propre développement. Dans cette logique, les collectivités territoriales doivent

¹ Tiégoué A. OUATTARA, *L'économie des finances publiques et le système budgétaire malien*, éditions-jamana, 2002, p. 17.

² *Ibid.*

apprendre à compter avant tout sur leur propre potentiel pour faire la preuve de leurs capacités à prendre en mains le destin des populations »¹.

En effet, la participation citoyenne est une démarche qui consiste en l'implication du citoyen dans le choix, l'élaboration, la mise en œuvre et l'évaluation des politiques publiques. Elle est considérée comme la possibilité juridique pour les citoyens, individuellement ou par groupes, n'agissant pas pour le compte d'un organisme public étatique, de prendre part à un processus public politique, de développement. Ainsi, consulter et informer la population de façon continue sur l'élaboration du budget et sur les dépenses communales sont d'excellentes méthodes pour impliquer les citoyens dans les affaires de la commune et renforcer leur adhésion. Informer constitue aussi un préalable pour faciliter la mobilisation locale des ressources financières ainsi que d'autres appuis locaux. Cette ouverture sur les aspects financiers peut promouvoir la transparence et réduire les éventuelles crises de confiance relative à la gestion financière assurée par les conseillers, le bureau ou le maire et les citoyens.

En participant à l'estimation du budget de sa commune et en étant informé de la gestion, le citoyen comprend sa place et son rôle dans la communauté. Partant de là, il appréciera ou comprendra que sa contribution à la mise en œuvre des actions de développement de sa commune est nécessaire. Il prend conscience du fait que, sans son apport et celui des autres habitants, il est impossible de parvenir à des changements qualitatifs et à la production de richesses pour la commune.

Au regard de son implication, la participation citoyenne dans la mobilisation des ressources financière ne laisse indifférent ni les chercheurs, ni les acteurs politiques, encore moins les décideurs. C'est en ce sens que la participation citoyenne dans la mobilisation des ressources financière questionne et se questionne. Elle a donc une utilité, qu'on

¹ Centre de formation des collectivités territoriales (CFCT), *Sur la mobilisation des ressources financières locales*, 2015.

interroge. Quel est le rôle des citoyens dans la mobilisation des ressources financières locales ? cette participation a-t-elle des limites ? Le questionnement est d'importance théorique, puisqu'il met en relief le rôle du citoyen dans la construction du développement local. Ce questionnement est d'importance opératoire, puisqu'il s'attache à élucider les défis actuels relatifs à la mobilisation des ressources financières.

Dès lors, il est essentiel de réfléchir d'abord sur les procédés ou mécanismes de participation des citoyens dans la mobilisation des ressources financières locales (I) avant de réfléchir par la suite aux obstacles découlant de cette participation des citoyens (II).

I. Les mécanismes de participation des citoyens dans la mobilisation des ressources financières locales

« On peut gouverner de loin mais on administre mieux de près ». Ce passage incarnant la libre administration des collectivités locales, implique de faire participer les citoyens dans la gestion des affaires de leurs collectivités afin d'assurer une meilleure mobilisation des ressources financières qui constituent la pierre angulaire d'une bonne décentralisation. Pour ce faire, il est impératif que les citoyens s'impliquent davantage dans la mobilisation à la fois des ressources internes (A) et des ressources externes (B).

A. La mobilisation des ressources propres aux collectivités territoriales

Les ressources constituent l'ensemble des moyens dont disposent les collectivités afin d'exercer à bon escient leurs compétences. C'est ainsi que les ressources se caractérisent de plusieurs ordres. Elles peuvent être financières¹, humaines¹, matérielles et immatérielles². Mais l'étude de ce

¹ On peut citer par exemple les crédits budgétaires.

passage portera essentiellement sur la place du citoyen dans la mobilisation des taxes sur le développement régional et local (TDRL) (1) d'une part, et, d'autre part, les autres catégories de ressources (2).

1. Les ressources issues des TDRL

La TDRL est une taxe personnelle qui occupe une place de choix parmi les ressources des collectivités locales destinées à financer leurs programmes de développement économique, social et culturel. Dès lors que la Constitution du 25 février 1992 prévoit dans son article 23, que tout citoyen doit « s'acquitter de ses contributions fiscales »³, Il est donc obligatoire pour les citoyens de se mobiliser fortement afin de payer la TDRL en raison de son importance dans le budget de la collectivité locale.

Toutefois, l'extension de la politique de décentralisation en 1999 semble connaître d'énormes difficultés dans la mobilisation des ressources qui leurs ont été attribuées par les textes de la République. Ainsi, dans beaucoup de cas, elles se caractériseraient par un faible niveau de recouvrement des impôts et taxes, le faible rendement des services administratifs des collectivités et la mauvaise gestion des ressources financières. C'est ce qui a conduit à l'instauration de la taxe de développement régional et local (TDRL) qui a remplacé plusieurs petites taxes. Son montant varie d'une commune à l'autre de 875 FCFA à 3 000 FCFA en fonction des personnes et des années dans les communes.

Ainsi, chaque localité fixe le montant de sa TDRL. Selon les articles 152 et 153 du Code général des impôts, la TDRL est due pour l'année entière

¹ Il s'agit des personnels administratifs.

² Les biens meubles et immeubles, et les droits dont l'ensemble forme le patrimoine.

³«Tout citoyen doit œuvrer pour le bonheur commun. Il doit remplir toutes ses obligations civiques et notamment s'acquitter de ses contributions fiscales » article 23 de la Constitution du 25 février 1992.

par toute personne âgée de plus de quatorze ans résidant au Mali à compter du 1er janvier de l'année d'imposition ou y fixant leur résidence dans le courant de l'année d'imposition.

Les personnes exemptées de la TDRL sont, notamment les hommes de troupe, les élèves et étudiants, les personnes âgées de plus de 60 ans au 1^{er} janvier de l'année d'imposition, les femmes ayant fait au moins quatre maternités, les personnes en traitement régulier pour les maladies sociales dont la liste fait l'objet d'un arrêté conjoint des ministres chargés respectivement des Finances et de la Santé ainsi que les indigents, autrement dit, les personnes se trouvant sans ressources par leurs infirmités ou se trouvant dans l'impossibilité de se livrer à un travail.

La première étape du recouvrement est le recensement devant être effectué par la mairie. Celle-ci doit également dresser des rôles, c'est-à-dire des papiers d'avertissement de paiement à l'endroit des contribuables. Ces rôles doivent être distribués dans chaque famille. Ensuite, sur instruction du régisseur principal de la mairie, les agents municipaux doivent recouvrer la TDRL.

Il faut rappeler que le recouvrement de cette TDRL a permis à beaucoup de collectivités de réaliser des projets de développement. Elle constitue la source principale du financement des collectivités. Malheureusement, il y a quelques années que les mairies n'arrivent plus à faire ce recensement car son coût est très élevé et les citoyens ne s'acquittent pas volontairement de leur obligation fiscale.

Les taux de la TDRL varient en fonction des communes au Mali et peuvent, sur décision du Conseil de cercle, du Conseil municipal ou du conseil de district, être fixés à des montants supérieurs ou inférieurs aux taux fixés dans le code général des impôts¹.

¹ Région de Kayes : Bafoulabé 2 150f ; Diéma 1 700f ; Keniéba 2 165f ; Kayes commune 1 515f ; Kayes cercle 1 400f ; Kita commune 1 950f ; Kita cercle 2 065f ; Niono commune 1 400f ; Niono cercle 1 400f ; Yélimané 2 135f ; Région

Selon la loi n° 2011-036 du 15 juillet 2011, les impôts et les taxes recouverts sur le territoire des communes, des cercles et des régions sont transférées aux budgets de ces collectivités territoriales suivant les clés de répartition ci-après : commune : 80 % du montant de la taxe de développement régional et local ; cercle : 15 % de la taxe de développement régional et local ; région : 5 % de la taxe. S'agissant du district de Bamako et de ses communes, les articles 1 et 2 de la loi n° 96-058 du 16 octobre 1996 déterminant les ressources fiscales du district de Bamako et des communes qui le composent, les impôts et taxes énumérés recouverts sur le territoire du district de Bamako sont transférés au budget dudit district comme suit : district : 20% du montant de la taxe dont le taux est fixé à 3 000 FCFA par contribuable ; communes du district : 80 % du montant de la taxe¹.

de Koulikoro : Kati commune 1 500f ; Kati cercle 1 500f ; Dioila 1 700f ; Kangaba 1 400f, Koulikoro commune 1 700f ; Koulikoro cercle 1 700f, Banamba 1 650f ; Nara 1 760f ; Kolokani 1 650f ; Région de Sikasso : Bougouni commune, 2 000f ; Bougouni cercle 2 000f ; Yanfolila 2 600f ; Kolondièba 2 350f ; Koutiala commune 2 500f ; Koutiala cercle 2 500f ; Yorosso 2 400f ; Sikasso commune 1 750f ; Sikasso cercle 1 860f ; Kadiolo 1 860f ; Région de Ségou : Baraouéli 1 700f ; Bla 1 700f ; Macina 1 855f ; Niono 1 825f ; Ségou commune 1 700f ; Ségou cercle 1 700f ; San commune 1 700f, San cercle 1 700f ; Tominian 1 700f ; Région de Mopti : Badiangara 1400f ; Bankass 1 400f ; Koro 1 400f ; Djenné 1 400f ; Douentza 1 400f ; Mopti commune 1 400f ; Mopti cercle 1 400f ; Tenenkou 1 400f ; Youwarou 1 400f ; Région de Gao : Gao commune 1 050f ; Gao cercle 1 050f ; Ansongo 1 050f ; Bourem 1 050f ; Menaka 1 050f ; Région de Tombouctou : Diré 875f ; Goundam 875f ; Gourma Rarhouss 875f ; Niafunké 875f ; Tombouctou commune 875f ; Tombouctou cercle 875f ; Région de Kidal 1 050f ; District de Bamako 3 000f.

¹ La loi n° 2011 - 036 du 15 juillet 2011 relatives aux ressources fiscales des communes, cercles et régions, abrogeant et remplaçant la loi n° 044 du 7 juillet 2000 déterminant les ressources fiscales des autres communes, cercles et

En cas de refus de paiement, les différentes étapes de la procédure indiquée par la loi sont observées : la sommation¹, le commandement², la saisie des biens³, la vente⁴, la contrainte par corps. Le receveur/percepteur est chargé d'engager ces procédures devant le juge⁵. En plus de la TDRL qui joue un rôle considérable dans les ressources des collectivités locales, les citoyens sont tenus aussi au respect du paiement d'autres catégories de ressources prévues par la loi⁶ et qui contribuent fortement à l'accroissement du budget des collectivités locales.

2. Les autres catégories des ressources

Les impôts locaux maliens sont régis par le Code général des impôts, le Code des collectivités territoriales et les lois n° 96-058 du 16 octobre 1996, n° 2011-034 et 36 du 15 juillet 2011. Ces impôts et taxes locaux sont décomposés suivant la nature de leur assiette. Personnes physiques, activités économiques, activités extractives (mines), véhicules, et divers⁷. La direction générale des impôts (DGI) collecte 40 % des recettes des

régions. Ces deux lois ont une importance particulière en matière de fiscalité locale.

¹ Qui correspond au premier avertissement.

² Encore le redevable reçoit un deuxième avertissement et une mise en demeure.

³ Les biens à hauteur du montant imposé sont saisis.

⁴ L'on procède à la vente des biens.

⁵ Au Mali, la loi n° 00-036 du 15 juillet 2011 détermine les ressources fiscales des communes, des cercles et des régions a consacré le transfert aux collectivités territoriales de certains impôts et taxes.

⁶ La loi n° 2011036 du 15 juillet 2011 relative aux ressources fiscales des communes, des cercles et des régions.

⁷ La loi n 2011-034 du 15 juillet 2011 institue la taxe foncière au Mali.

collectivités locales. 93 % de ces recettes locales prélevées par la direction générale des impôts proviennent de la patente¹.

La patente professionnelle en constitue la majeure partie (82 %), la contribution de la patente sur les marchés et contrats administratifs (5,53 %), la patente dans la vignette synthétique (3 %) et dans la vignette taxe sur les transports routiers (2,5 %) étant relativement faible². La taxe de voirie représente (4,43 %) des impôts locaux collectés par la direction générale des impôts, dont l'essentiel porte sur la patente professionnelle.

En matière de recouvrement des impôts et taxes, il existe une incohérence entre deux textes juridiques. Le Code des collectivités territoriales confère aux agents du Trésor le recouvrement des impôts et taxes, alors que selon la loi³ en vigueur, ce recouvrement incombe à la DGI. Cette divergence des textes juridiques peut s'expliquer en partie par la faiblesse des recettes fiscales territoriales.⁴ La loi de 2011 relative aux ressources des collectivités maliennes consacre le transfert des impôts et taxes ci-après : des contributions des patentes et licences ; la taxe de développement régional et local ; et la taxe sur le bétail.

Selon une étude de la direction générale des impôts en 2013, les ressources locales assises sur les activités des entreprises représentaient 45 % de ressources locales dont près de 86 % la patente. Cet impôt est considéré comme une autorisation d'exercer par l'ensemble des professionnels quelle que soit la taille de leur activité. En ce qui concerne les contributions assises sur la personne notamment l'impôt sur les

¹ G. ROTA GRAZIOSI, E. CALDEIRAV et G. CHAMBAS (G.), FMI, *Fiscalité locale et décentralisation au Mali*, juillet 2015, p. 26.

² Les recettes provenant des licences -déjà très faibles en 2011 (0,41 %)- sont quasi nulles depuis 2012 (0,03 % en 2012, 0,02 % en 2013, 0,07 % en 2014).

³ Loi n° 2011-036 du 15 juillet 2011 relative aux ressources fiscales des communes, des cercles et des régions.

⁴ Il convient de noter que les recettes de la taxe foncière collectées par la DGI n'apparaissent pas explicitement dans les comptes du Trésor.

traitements des salaires¹ proviennent de l'imposition des salaires des fonctionnaires relevant des collectivités territoriales, en particulier du personnel de l'éducation nationale, et la santé travaillant dans le ressort de la collectivité.

Le taux et l'assiette de l'impôt sur les traitements des salaires établis par le Code général des impôts sont appliqués uniformément sur tout le territoire malien. En d'autres termes, les recettes locales de l'impôt sur les traitements des salaires ne correspondent pas à une surtaxe locale comme dans certains pays fédéraux, mais au partage d'un impôt géré de façon centrale². La taxe foncière est aussi assise sur la personne mais très complexe dans le sens où la réalité diffère en zone urbaine qu'en zone rurale³. La taxe foncière établie en 2011 est relevée ou perçue au taux de 3 % sur la valeur locative des immeubles bâtis et des terrains nus acquis depuis plus de quatre ans⁴. Elle s'applique aux personnes physiques et morales. Les recettes de cette taxe collectée par la DGI sont particulièrement faibles⁵.

Les performances entre les collectivités locales en termes de taxe foncière sont très inégales. Le district de Bamako est à l'origine de plus de 80 % des recettes de la taxe foncière en 2014 et affiche le niveau de recettes de la taxe foncière par tête le plus important : 65 FCFA par tête.

La taxation locale des ressources naturelles⁶ relève de plusieurs ministères et de plusieurs Codes sectoriels⁷. Une consolidation des

¹ 16 % des recettes locales fiscales en 2013.

² A.B. SOW, *Financer la décentralisation, étude du fonds de dotation du Sénégal*, Paris, Harmattan, 2010, p. 24-25.

³ Programme de développement Institutionnel, « Etude sur la révision du système de fiscalité locale », CDI, août 2010, p. 69.

⁴ Loi n° 2011-034 du 15 juillet 2011 qui institue la taxe foncière au Mali.

⁵ 195 M FCFA en 2014 au regard de l'expérience d'autres pays de la région.

⁶ Mines, forêt, pêche.

⁷ Code minier, forestier.

différents prélèvements réalisés sur des activités exploitant les ressources naturelles est nécessaire afin de pouvoir les rationaliser. Celle-ci est d'autant plus nécessaire que la fragmentation institutionnelle existant au Mali, avec l'existence en particulier d'un ministère en charge des domaines distinct du ministère des Finances fragilise la maîtrise des différentes bases imposables.

La fiscalité minière a également plusieurs composantes locales. La patente sur les entreprises minières qui est une taxe sur les investissements initiaux des sociétés minières représente plus de la moitié de la patente totale, soit 3,4 Mds FCFA/an. Les redevances superficielles sont établies dans les trois Codes miniers¹. Les taux varient selon la nature des titres² exploration³ ou exploitation⁴ et selon la catégorie des minerais exploités. La direction des domaines collecte les redevances superficielles des titres d'exploitation qui sont des droits réels assimilables à des titres fonciers, alors que la direction des mines collecte les redevances des titres d'exploration. Une consolidation est en cours au niveau du ministère des Mines.

S'agissant des vignettes sur les cycles à moteurs, elle est tout au plus une taxe qui varie selon la cylindrée et présentait 6,5 % des ressources fiscales locales en 2013. L'absence de recettes des taxes sur l'autorisation de construire ou sur l'usage privatif du domaine public compromet l'établissement d'une taxation de la propriété foncière. Une gestion efficace des permis de construire est une condition nécessaire au contrôle de la propriété foncière. L'absence de ressources en particulier de la taxe

¹ 1991, 1999 et 2012.

² Il existe 562 titres à la date de la visite de la mission de FMI, selon la GIZ qui effectue un travail d'assistance technique sur le cadastre minier(<http://malirevenuesystems.org>).

³ 1 000 FCFA/km² à 2 000 FCFA/km² dans le CM 2012.

⁴ 100 000 FCFA/km².

sur l'autorisation de construire est particulièrement inquiétante dans le contexte de Bamako, dont le taux de croissance est soutenu¹. Elle révèle une défaillance dans la maîtrise qu'ont les administrations concernées du domaine public et de son exploitation et/ou une probable source de corruption. Cette participation citoyenne à la mobilisation financière englobe également les ressources extérieures.

B. La mobilisation des ressources externes par les citoyens

Dans le contexte actuel de la décentralisation au Mali, les ressources financières des collectivités constituent l'épine dorsale du développement des collectivités locales. Cette réalité est visible non seulement sur le plan du fonctionnement de la collectivité (1) mais aussi et surtout sur le plan des investissements (2).

1. L'importance des ressources externes dans le fonctionnement des collectivités

La mobilisation des ressources externes par les citoyens permet de prendre en compte maintes charges relevant des collectivités dans le cadre de son fonctionnement notamment à travers l'entretien de l'administration de la collectivité ainsi que le financement des actions destinées à la gestion quotidienne des équipements au sein de la collectivité et services de base. A cet effet, on peut citer par exemple le recrutement et le paiement régulier des enseignants du premier cycle de l'enseignement fondamental ou la prise en charge du personnel de santé, de la mairie etc.

L'acquisition de ses ressources externes pour assurer le bon fonctionnement des collectivités peut se faire sur plusieurs cadres. D'abord, l'Etat à travers son apport direct contribue favorablement à

¹ +7 % par an.

appuyer les collectivités dans la gestion des personnels et les équipements pour le compte de la collectivité. Mais il convient de noter que cet apport de l'Etat en termes d'appui des collectivités en matière de ressources est souvent insuffisant et difficile même à y accéder.

En plus de l'Etat, les partenaires techniques et financiers contribuent aussi fortement au fonctionnement des collectivités à travers les différents financements qu'ils font. Pour assurer cette initiative des partenaires techniques et financiers, il y a eu la mise en place de plusieurs mécanismes de financement des communes en termes de dispositifs spécifiques tels que FEICOM, ANICT, FODECOM, etc. Les dispositions législatives donnent aussi la latitude aux collectivités territoriales de créer un cadre de coopération direct avec les partenaires pour obtenir des financements. Cela s'inscrit dans le cadre d'une coopération décentralisée qui a permis à plusieurs collectivités d'avoir des financements pour le fonctionnement de leurs localités.

Ainsi, la coopération décentralisée permet entre autres, à la collectivité territoriale, de mobiliser des ressources complémentaires pour la réalisation des projets et programmes de développement. Tout citoyen malien peut prendre l'initiative d'inciter une collectivité territoriale d'un autre pays à conclure un accord de coopération décentralisée avec sa collectivité territoriale de résidence. L'individu ou l'organisation qui aura pris cette initiative cherchera à s'entourer de l'appui de l'organe délibérant de la collectivité territoriale concernée. Les ressources externes sont importantes aussi bien sur le plan des investissements que le fonctionnement.

2. L'importance des ressources externes sur le plan des investissements

En termes d'investissements, les ressources financières des collectivités sont d'une importance notoire. Elles permettent aux collectivités de financer la construction des centres de santé, des écoles, des routes et plusieurs autres infrastructures afin d'assurer le développement des

collectivités. Ces ressources externes proviennent souvent de l'Etat à travers un apport direct qui s'effectue sur la base d'un transfert de ressources aux collectivités territoriales dont le seuil est prévu par les textes¹. « Lorsque la collectivité territoriale est informée du montant de son droit de tirage, elle formule des projets d'investissement jusqu'à concurrence du montant notifié par l'ANICT² ».

Pour monter le dossier, la collectivité territoriale peut recourir aux services de prestataires qui élaborent l'étude de faisabilité. Une demande de financement, accompagnée de l'étude de faisabilité du projet doit être transmise au chef d'antenne régionale de l'Agence nationale des investissements des collectivités territoriales ANICT. Cette dernière est autorisée à faire des observations sur le dossier de projet dans le but de le parfaire. Les dossiers de projets d'investissement respectant les conditions d'éligibilité fixées par l'ANICT et sont inscrits au programme de la prochaine session du Comité régional d'orientation, de coordination et de suivi des actions de développement (CROCSAD).

Quand une collectivité territoriale présente un dossier de projets d'investissement qui ne figure pas sur la liste positive des investissements établie par l'ANICT, le chef d'antenne est chargé de transmettre directement le dossier à la direction générale de l'agence au niveau national pour requérir son avis. Dans les deux cas de figure, la décision finale est prise par le directeur général de l'ANICT après avis du président du conseil d'administration.

Une fois que le dossier est accepté, la subvention accordée est versée au trésor. Alors, la collectivité territoriale signe au niveau de l'antenne régionale, une convention de financement. Sur la base d'un contrat, la

¹ Loi n° 07-072 du 26 déc. 2007 relative au fonds national d'appui aux collectivités territoriales https://knowledge-uclga.org/IMG/pdf/appui_aux_collectivites_territoriales_mali.pdf

² *Ibid.*

collectivité territoriale engage un prestataire pour la mise en œuvre du projet. Elle est tenue de faire au chef d'antenne, un compte rendu de l'état d'exécution des travaux. La contribution de la collectivité territoriale au financement du projet est requise, sauf pour les investissements et équipements relevant de la santé et de l'éducation. Les ressources peuvent aussi provenir des partenaires technique et financier qui investissent généralement dans les programmes et les projets sectoriels des collectivités notamment dans les domaines tels que l'agriculture, l'élevage, la santé, l'éducation, l'environnement etc. Aussi, par l'entremise de la coopération décentralisée, les ressources externes permettent de financer et de renforcer les capacités des collectivités en matière de jumelage, les actions de solidarité et de coopération technique et économique.

Dans certaines collectivités, le constat a même démontré que leurs ressortissants à l'étranger constituent une autre source de financement important pour le développement de ses collectivités. La région de Kayes est illustrative. Les ressortissants de certaines communes de la région participent inlassablement au développement de leur localité en investissant dans la construction de plusieurs édifices tels que les écoles, les centres de santé etc. pour le bonheur de la population. Ces derniers sont perçus comme une source importante de financement du développement local. Ils interviennent tant sur le plan communal que communautaire. Toutefois, la collectivité dans le cadre des besoins d'investissements pour son développement, peut aussi procéder à des emprunts. Pour ce faire, elle est tenue de saisir l'autorité de tutelle par une demande d'autorisation. Mais ce qui est déplorable c'est que, seules les grandes communes de la capitale ou des centres urbains régionaux bénéficient de nos jours de cette opportunité.

II. Les obstacles liés à la participation des citoyens dans la mobilisation des ressources financières locales

La participation dans la mobilisation des finances constitue un indice de la participation des citoyens au développement des collectivités et de leur adhésion aux projets de développement. Elle est également un indice de l'effectivité du droit à l'information des citoyens. Cette participation rencontre tout de même des obstacles qui sont respectivement liés aux citoyens eux-mêmes (A) et aux autorités locales (B).

A. Les obstacles tenant aux populations locales elles-mêmes

Ces obstacles seront analysés à travers le déficit d'engouement des citoyens pour la gestion de la commune (1) et ensuite le faible contrôle des citoyens des actions locales (2).

1. Le déficit d'engouement pour la gestion de la commune

Les citoyens constituent la base du développement de leurs localités et devraient ainsi être prise en compte par les autorités locales et leurs partenaires techniques et financiers. Ils doivent participer à la gestion des affaires communales surtout, la gestion financière de la commune.

C'est dans ce sens que l'article 45 al. 2 de la loi n° 2017-051 du 2 octobre 2017, portant Code des collectivités territoriales en République du Mali dispose que : « Le vote du budget est précédé d'un débat public sur le projet de budget. Pour le budget communal, le débat public doit être précédé d'une consultation des conseils de villages, de fractions ou de quartiers constituant les communes »¹. Les textes de lois portant organisation et fonctionnement des communes les reconnaissent une multitude de droits dont ils doivent jouir. Il s'agit ainsi du droit de

¹ Article 45 al. 2, du Code des collectivités territoriales du Mali.

participer aux débats sur la gestion de leurs communes et aussi du droit d'accès aux comptes administratifs et aux comptes de gestion.

Cependant, d'autres réalités apparaissent dans la pratique. La population ne s'intéressant pas à la gestion de la commune, ignore lesdits droits et du coup n'en jouit pas. Elle développe l'idée selon laquelle « la gestion des affaires communales relève de la seule compétence des autorités localement élues »¹. Il est d'un constat général que les citoyens ignorent l'utilisation qui est faite des impôts et taxes perçues sur eux. Cela entraîne une démotivation de la part des citoyens voire un refus à payer les contributions fiscales.

Par ailleurs, l'engagement des populations pour payer des impôts et taxes formalisés et budgétisés pourrait s'accroître si, en retour, les arrondissements et villages pouvaient bénéficier de flux financiers visibles sous forme d'infrastructures sociales et communautaires ou sous forme de services sociaux améliorés. Or, cela n'est possible que « si les intérêts particuliers des villages et des arrondissements sont respectés dans la planification du développement communal »². Il est du devoir des citoyens de faire un travail de veille et de contrôle continu sur la gestion des affaires locales.

2. *Le faible contrôle des citoyens*

Le contrôle citoyen de l'action publique (CCAP) se définit comme « toutes actions de la part des citoyens ou des organisations de la société civile (OSC) qui vise à contrôler l'action publique ou à obliger l'Etat ou la collectivité à rendre comptes aux citoyens ». Le CCAP met l'accent sur

¹ Y. BENGALY et S. CAMARA (S.), *Mobilisation des ressources financières dans les collectivités territoriales du Mali, cas de la commune rurale de Sangarébougu*, Université de Bamako - Maitrise 2009

² Institut Royal des Tropics (KIT)-Amsterdam : « Financer la décentralisation rurale », Bulletin n° 357, p. 89, 2004.

deux aspects majeurs qui sont : le droit des citoyens de participer à la prise de décision dans les affaires publiques et de demander des comptes aux gestionnaires publics. Le devoir des gestionnaires publics de consulter les citoyens et de prendre en compte leurs propositions, de rendre compte des actes posés et de répondre aux sollicitations des citoyens dans la gestion publique.

L'exercice du CCAP par les citoyens leur offrira l'avantage de promouvoir la bonne gouvernance, d'accroître l'efficacité du développement, de renforcer les moyens d'action des projets de développement, de se renforcer les capacités à participer, négocier et contrôler la gestion de la chose publique, d'obliger les décideurs à rendre compte de leur gestion des affaires dont ils sont mandataires et d'améliorer la performance des programmes grâce à une utilisation plus rationnelle des ressources et une meilleure identification des besoins et priorités.

Pour le réseau¹ réussir la décentralisation au Mali « Le CCAP pose de manière inéluctable le dialogue entre électeurs et élus, fonctionnaires et citoyens, dépositaires et donneurs de charges publiques, fournisseurs et bénéficiaires de services. Chaque acteur à quelque niveau qu'il se situe doit faire preuve davantage de responsabilité pour que la gestion des affaires publiques soit transparente, démocratique, efficiente, durable et équitable. Donc cette approche pose les questions clefs de la transparence, de la participation, de la responsabilité, de la citoyenneté, bref de la gouvernance. Placé au cœur des stratégies de lutte contre la pauvreté, cette approche vise aussi une gestion plus efficiente des ressources de manière à ce qu'elles soient orientées vers des secteurs prioritaires au

¹ Le réseau RLD est un programme de l'IIED et de ses partenaires au Sahel. Il se propose d'aider à relever les défis de la gestion durable et équitable des ressources naturelles dans le contexte de la décentralisation.

bénéfice des populations vulnérables. La transparence et l'accès équitable à l'information constituent des éléments clés du CCAP »¹.

Ce processus conduira tout de même à la participation effective des populations à la gestion et au suivi quotidien du budget communal en vue du développement local. Plus concrètement, il s'agit de donner des responsabilités aux populations communales sur l'utilisation et la justification du budget communal afin de réaliser les activités déjà approuvées dans les délibérations communales.

L'élaboration et la gestion participative du budget supposent une bonne organisation de la base et la mise en place de mécanismes de concertation, de prise de décisions et de dispositifs de mise en œuvre et de suivi des initiatives communales de développement². En associant les populations à l'élaboration et surtout à la gestion directe des fonds publics pour la mise en œuvre de projets dont ils sont les premiers bénéficiaires, les élus locaux font preuve de délégation de pouvoir et de responsabilité. C'est une attitude qui atteste d'une volonté de partage des compétences avec la base.

Au Mali, la loi ne permet pas une gestion participative du budget communal parce que les collectivités territoriales sont soumises aux règles de la comptabilité publique. Cependant, l'ouverture dans la loi de délégation des activités de la commune aux organisations locales sous forme de contrat permet de travailler dans ce sens.

B. Les obstacles tenant aux autorités locales décentralisées

La démocratie et le développement local reposent sur une participation active des populations à la gestion des affaires publiques. L'adhésion des

¹ http://iedafrique.org/IMG/pdf/Seg_taaba_CCAP.pdf, Page consulté le 17 /06 / 2021

² Soutenir la mise en œuvre de la décentralisation en milieu rurale au Mali

populations à la décentralisation exige une bonne politique de communication et d'information¹. On note une insuffisance notoire de communication et d'information sur l'action et le fonctionnement actuel des communes (1) ce qui conduira à analyser le régime juridique de la communication et de l'information locale (2).

1. Un principe de communication et d'information

Inter-échanger entre les autorités locales et les citoyens est l'un des défis majeurs à relever pour le développement local et l'instauration d'un climat de confiance. Une telle pratique est nécessaire pour l'amélioration de la qualité et de la reconnaissance des services rendus par les collectivités territoriales.

La mise en place d'un système d'information efficace afin de mettre tous les acteurs² impliqués dans le développement de la collectivité au même niveau d'information. Pour ce faire, M. Diallo avance que la collectivité doit disposer d'une stratégie d'information élaborée de manière participative³.

¹ La communication est la dynamique qui existe entre les élus locaux et les populations et qui permet à ces dernières d'être au fait des affaires communales de manière continue. Plusieurs types d'informations existent au niveau de la commune : schéma d'aménagement du territoire, plan de développement général de la commune, bilans et rapports des activités réalisées, listes des opérateurs agréés, données statistiques et qualitatives sur la commune, types et montants des impôts, critères d'imposition, etc. Tous les acteurs de la commune n'ont pas nécessairement besoin d'avoir toutes les informations. Les besoins d'information varient selon les centres d'intérêts. Les paysans peuvent avoir besoin d'être informés sur le schéma d'aménagement du terroir, alors que les opérateurs économiques s'intéresseront plutôt au régime de la fiscalité communale.

² Elus et citoyens

³ M. DIALLO, « Citoyenneté locale, information et communication », Université des sciences juridiques et politiques, mai 2020,

Pour l'organisation de différents modes de consultation de la population sur les enjeux du développement social, économique et politique, tels que les espaces de dialogue et de concertation au niveau communal ; l'instauration d'un climat de paix sociale ; le conseil municipal doit veiller à prévenir et/ou à régler tous les conflits sociaux susceptibles de troubler l'ordre social¹.

Dans les communes, le besoin d'information n'est pas souvent exprimé. Il apparaît à travers les rumeurs sur l'action communale, le comportement des élus dans la gestion des biens publics notamment la gestion du foncier et du budget². En fait, dans la plupart des communes, il n'existe aucune politique de communication formellement construite et utilisée. Les élus locaux n'ont pas suffisamment pris conscience de leur devoir de rendre compte et d'informer les populations communales. Même au sein du conseil communal, l'information ne circule pas³. Ainsi devait rappeler M. Diallo « La communication est indispensable dans une gouvernance démocratique. Les échanges de points de vue sur certaines matières permettent d'établir un consensus sur les actions à mener et de déléguer des responsabilités. Au niveau de la commune, la communication est le meilleur moyen d'impliquer les populations dans les chantiers du développement »⁴.

C'est le plus souvent le bureau du conseil qui détient l'information et l'utilise comme il veut. Parfois, quelques élus locaux détiennent à eux seuls l'information et la manipulent à leur guise. Pour que la communication fonctionne dans une commune, il faut que les élus locaux

¹ *Ibid.*

² Centre Djoliba-KIT : *Soutenir la mise en œuvre de la Décentralisation en milieu Rural au Mali.*

³ *Ibid.*

⁴ M. DIALLO, « Citoyenneté locale, information et communication », Université des sciences juridiques et politiques, mai 2020,

et les populations acceptent et intériorisent leurs devoirs et leurs droits en matière d'information. Cela est aussi rappelé par Anne Leyvaf-Granger en ces termes « Telles qu'existent les communes, les départements et les régions, il semble légitime de mettre en place une stratégie d'information et de communication pour les citoyens, membres de ces collectivités territoriales, ainsi que pour les élus eux-mêmes »¹. Pour Lucien Sfez, « cette obligation de communication qui touche les institutions politiques nationales et locales serait le signe d'une crise du lien social et politique »².

Il est donc nécessaire que les collectivités locales dressent leur plan de communication qui doit être suffisamment bâtie et tient compte d'un certain nombre d'éléments nécessaires à une bonne communication. Comme cela a été rappelé par l'étude du Centre Dioliba, il convient de faire un travail de « filtrage de l'information » en ce sens que souvent, les informations données et partagées avec les populations ne portent pas sur des enjeux importants³. L'insuffisance d'informations données par les personnes ayant une voix autorisée⁴ pousse les gens à recourir à des sources informelles d'information et à imaginer des choses qui, une fois exprimées, se transforment en rumeurs⁵.

Ensuite, la communication au niveau communal se fait à travers des canaux inadaptés. Généralement, l'information communale se fait par le biais d'affichage sur les panneaux de la mairie. Cela disqualifie automatiquement le nombre élevé de la population, car analphabète ;

¹ A. L. GRANGER, *La communication locale : entre service public et promotion politique*, Année 1999 120 p. 41-54 https://www.persee.fr/doc/colan_0336-1500_1999_num_120_1_2925

² Lucien SFEZ, *La Communication*, PUF, 1991, cité par Anne LEYVAF-GRANGER.

³ Centre Djoliba-KIT : *Soutenir la mise en œuvre de la Décentralisation en milieu Rural au Mali*.

⁴ Maires et autres membres du conseil communal

⁵ *Ibid.*

L'affichage d'informations écrites ne leur profite en rien. Les collectivités gagneront mieux leurs politiques de communication en s'assurant d'utiliser les moyens nécessaires à leur compréhension. L'implantation de radios locales, pourrait être des outils efficaces de promotion du dialogue, de la démocratie et de la conscience communale¹.

Les communes qui sont en avance dans la réalisation de projets de radios de proximité mettent le plus souvent l'accent sur la nécessité de diffuser des messages qui éclairent les populations sur des questions d'intérêt collectif pour éviter la Constitution de rumeurs et rectifier de fausses informations². D'autres réfléchissent à des formules de questions-réponses par radio afin d'instaurer des débats directs et vivants entre élus locaux et populations³. Il est tout au plus important de rappeler que l'ANICT finance des radios de proximité et que l'Etat accorde à ces radios locales des fréquences dans son espace aérien local. Cela prouve que les autorités maliennes encouragent une politique de communication et d'information dans les communes.

Par ailleurs, il est à noter que les citoyens sont indifférents s'il s'agit des affaires communales. « Ceci s'explique en partie par le poids du passé. En effet, avant le processus de démocratisation, il n'était pas permis d'user de son droit d'information auprès des autorités administratives »⁴. « Les populations n'ont pas encore tourné cette page historique, ce qui les rend indifférentes par rapport à l'usage de ce droit qui leur est maintenant reconnu »⁵. Compte tenu de leurs enjeux et impacts, l'information et la communication sont considérées comme des obligations légales dont l'objectif est de garantir un minimum de transparence en donnant aux

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

populations l'opportunité de participer au processus de gestion des affaires locales¹.

2. L'encadrement juridique de la communication et l'information communale

Le législateur malien ne s'est pas encore penché de manière explicite sur le domaine de la communication et de l'information communales. Mais, une lecture attentive de la loi² conduit à noter le souci du législateur de promouvoir l'information et la communication dans la commune. Toutefois des ouvertures en matière d'information et de communication dans la commune sont perceptibles dans plusieurs dispositions des textes maliens. Ainsi, selon l'article 37 « Les séances du conseil communal sont publiques à moins que les trois quarts des membres en décident autrement. Les séances sont toutefois obligatoirement publiques lorsque les délibérations portent sur les programmes de développement, les moyens de leurs réalisations, les dons et legs, les discussions du budget et des comptes communaux »³.

Il ressort de prime abord de cet article que les séances sont publiques, ce qui laisse le droit de fait à tous les citoyens d'une commune de prendre part à une session. L'article 41 quant à lui dispose : « Après chaque session du conseil communal, il est rédigé un compte-rendu qui sera affiché dans les huit jours au siège de la commune ou porté à la connaissance des habitants de la commune par tout moyen de communication et d'information approprié notamment des assemblées générales de villages, de quartiers et de fractions. Ce compte-rendu doit être signé par le maire et le secrétaire général ». En ce qui concerne l'article 44, il rappelle que « Tout habitant ou contribuable de la commune

¹ M. DIALLO, *op. cit.*

² Loi n° 2017-051 du 2 octobre 2017, portant Code des collectivités territoriales en République du Mali.

³ *Ibid.*

a le droit de demander communication à ses frais ou de consulter sur place à la mairie les documents ci-après : les procès-verbaux et les délibérations du conseil communal ; les budgets et comptes de la commune ; les arrêtés communaux »¹.

En effet, dans la pratique la moitié des populations locales dit ne pas être informée de ce qui se passe dans la commune. Quand on n'est pas informé, on vit d'imaginaires et de préjugés. C'est le cas aujourd'hui dans beaucoup de communes. Les populations pensent que les maires sont « assis sur du beurre », c'est-à-dire qu'ils font ce qu'ils veulent parce qu'ils ont tout à leur disposition. Cette manière de concevoir les prérogatives du pouvoir local façonne des attitudes et comportements peu constructifs.

Il est impératif que les autorités locales corrigent cette insuffisance en établissant la transparence et la confiance mutuelle. Les élus locaux qui informent leurs populations bénéficient d'un quitus social par rapport à leur gestion. Ils se sentent à l'aise et mettent à l'aise les citoyens dans leurs relations avec les autorités communales. Un tel climat est favorable à un dialogue franc et ouvert. Cela contribue tout au plus à alimenter le débat économique et social, à comprendre les enjeux réels du moment, à entretenir le dialogue social. L'information et la communication libèrent la parole et la pensée des populations sur les questions d'intérêt public. Plus on est informé, plus on est curieux et plus on a besoin de s'exprimer. C'est un moyen pouvant dissuader les citoyens à participer au développement de sa commune.

Conclusion

En somme, il convient de constater que malgré les efforts consentis par les contribuables et les services chargés du recouvrement, la participation citoyenne dans la mobilisation des ressources financière demeure faible

¹ *Ibid.*

même si certaines collectivités remplissent les conditions fixées par la loi. Cette unique participation financière n'est pas à mesure de projeter le développement local tant attendu par les citoyens.

L'impact de la participation financière des citoyens est insignifiant au regard des besoins si énormes des populations surtout dans les communes rurales où on manque presque de tout. La participation citoyenne semble donc équilibrée mais dans le sens inverse. En effet, les citoyens ne sont pas impliqués dans les instances de prise de décision, ils n'ont pas accès à l'information, ils ne paient pas convenablement leurs taxes, les collectivités ne rendent pas suffisamment des comptes aux citoyens des activités réalisées. Ce qui démontre la place de l'information dans cette gouvernance locale.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUE :

- BENGALY (Y.), CAMARA (S.), *Mobilisation des ressources financières dans les collectivités territoriales du Mali, cas de la commune rurale de Sangarébougu*, Université de Bamako - Maitrise 2009
- BOUVIER (M.), ESCLASSAN (M.-C.) et LASSALE (J.-P.), *Finances Publiques*, 14^e éd., LGDJ, 2015-2016, 1030 p.
- CATTEAU (D.), *Droit budgétaire, Comptabilité publique : LOLF et GBCP*, 2^e éd., Hachette supérieur, 2015, 167 p.
- DJIRE (Moussa), « Les conventions locales-outil de gestion durable des ressources naturelles, de prévention des conflits et de consolidation de la décentralisation », *Bulletin n° 358 SNV-CEDELO*, 2003, 89 p.
- DIAGNE (Mayacine), *Le droit des collectivités locales en Afrique : l'exemple du Sénégal*, 2^e édition, Panafrika, 2010, 191p.
- DIALLO (M.), « Citoyenneté locale, information et communication », Université des Sciences Juridiques et Politiques, mai 2020,
- GRANGER (A.-L.), *La communication locale : entre service public et promotion politique*, Année 1999, pp. 41-54
https://www.persee.fr/doc/colan_0336-1500_1999_num_120_1_2925
- GRAZIOSI (G.-R.), CALDEIRA (E.) et CHAMBS (G.), *Fiscalité locale et décentralisation, fonds monétaire international Département des finances publiques*, juillet 2015.
- KASSIBO (Bréhima), « La décentralisation au Mali », *Etat des lieux*, *Bulletin n° 14*, APAD 1997, 160 p.
- SFEZ (Lucien), *La Communication*, PUF, 1991,
- MATTRET (J.-B.), *Les Finances locales*, CNFPT, Paris, 2006.
- NICAISE (M.), *Finances publiques, Espace UMOA-UEMOA*, Dakar, l'Harmattan Sénégal, 2016, 527 p.
- OUATTARA (T.-A.), *L'économie des finances publiques et le système budgétaire malien*, édition Jamana, seconde édition, 2002, 224 p.

La participation citoyenne dans la mobilisation des ressources financières locales

- SISSOKO (Moussa), *La décentralisation et gouvernance en Afrique : Etude comparative sur l'appropriation de la réforme par les communautés rurales au Mali et au Burkina Faso 2007*, Rapport de synthèse,
- SY (Ousmane), *Renforcer la gouvernance démocratique au Mali*, Forum Multi-Acteurs, ARGA, Bamako 2008-2012, 358 p.
- SY (O.), site officiel, *La décentralisation, une stratégie de remobilisation des capacités locales pour sortir de la crise*, Bamako, 14 octobre 2013.
- SY (O.), *La décentralisation au Mali : discours à la pratique, 04-05-2004*, édition de : Thea hilhorst et Gérard Baltissen (KIT)-Amsterdam Bulletin 358 ; SNV et CEDELO ;
- VERPEAUX (M.), *Les collectivités territoriales et décentralisation* p 278 et 279, 9^e édition.
- YONABA (S.), *Les finances publiques de l'État burkinabé*, Ouagadougou, PADEG, collections précises de droit burkinabé, 393 p.
- YAMEOGO (J.-W.), *Participation citoyenne à la gouvernance locale et développement des collectivités Territoriales : cas de la région du Centre-Est du Burkina Faso*, Mémoire, 2016.
- GEORGES (Philippe), Guy SIAT, *Droit Public*, 14^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 163.
- DE (Souleymane), *Le Droit des collectivités territoriales Malien*, Université des Sciences Juridiques et Politiques, Mai 2020
- La Constitution du 25 février 1992.
- Loi n° 2017 -051 du 02 octobre 2017 portant code de collectivité territoriale au Mali.
- Loi n° 2017-052 du 2 octobre 2017 déterminant les conditions de la libre administration de collectivités territoriales au Mali.
- Loi n° 2017-053 du 2 octobre 2017 portant statut particulier du district de Bamako.
- Loi n° 2011-036 du 15 juillet 2011 relative aux ressources fiscales des communes, des cercles, des régions du Mali.

- Loi n° 96-058 du 16 octobre 1996 déterminant les ressources fiscales du District de Bamako ;
- Loi n° 98-012 du 19 janvier 1998 régissant les relations entre l'administration et les usagers des services publics ;
- Loi n° 07-072/ du 26 décembre 2007 relative au fonds national d'appui aux collectivités territoriales.
- Le courrier des maires et des élus locaux*, novembre 2014-n° 284.
- Guide pratique de restitution publique de la gestion des collectivités territoriales*.
- Guide méthodologique d'élaboration des PDESC*.
- Guide de contrôle de la gestion de la commune au Mali*, p. 7.
- Ministère de l'Administration territoriale et des Collectivités Locales, *Etat des lieux et perspectives de la décentralisation*, Décembre 2004, p. 7 et s.
- Programme de développement Institutionnel, « *Etude sur la révision du système de fiscalité locale* », CDI, août 2010, p. 69.
- Guide d'administration-fiscale- locale*.
- http://iedafrique.org/IMG/pdf/Seg_taaba_CCAP.pdf, Page consulté le 17/06/2021.

**LA CEDEAO ET LES OBLIGATIONS
INTERNATIONALES DES ÉTATS MEMBRES**

**Brou Ange AHUI,
maître-assistant, UFR SJAG,
Université Alassane Ouattara - Bouaké**

La Cour de justice de l'UEMOA a ordonné, le 24 mars 2022, le sursis à l'exécution des sanctions infligées au Mali¹ décidées par la CEDEAO² et endossées par l'UEMOA³ au sommet d'Accra du 9 janvier de la même année⁴. La décision juridictionnelle autant que l'acte querellé de la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement sont relatifs aux obligations internationales des Etats membres. Les organisations internationales constituent un cadre de prédilection des obligations

¹ CJ UEMOA, Ordonnance n° 06/2022/CJ du 24 mars 2022.

² CEDEAO, Communiqué final, 9 janvier 2022.

³ UEMOA, Session extraordinaire, Communiqué final, 9 janvier 2022.

⁴ Après le coup d'Etat perpétré au Mali le 28 mai 2021, les autorités militaires n'ont pas satisfait aux exigences de la CEDEAO consistant à produire un chronogramme relativement court pour la transition. Les chefs d'Etat et de gouvernement de la CEDEAO ont donc considéré que les nouvelles autorités maliennes ne se conformaient pas aux obligations découlant des instruments juridiques communautaires, notamment le protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance.

internationales à la charge des Etats. Elles conditionnent le comportement de ceux-ci par un effet de rétroaction¹. Dès lors, la question des obligations internationales se pose inéluctablement à l'aune de la souveraineté des Etats.

Mais avant d'aller plus loin dans l'analyse, il faut d'abord se livrer à une approche notionnelle des obligations internationales et de la CEDEAO. Le terme obligation provient de *obligatio*, dérivé de *ligare* qui signifie lier. Dans le sens commun, l'obligation est le « lien de droit en vertu duquel une personne peut être contrainte de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose »². L'obligation internationale est présentée comme un « lien de droit par lequel un État ou une organisation internationale est tenu envers d'autres à une prestation déterminée ou à s'en abstenir, à suivre une certaine ligne de conduite »³. Une telle approche paraît restrictive en ce qu'elle ne fait peser l'obligation internationale que sur les États ou les organisations internationales, ignorant ainsi les autres acteurs de la société internationale dont les individus⁴, qui sont, à bien des égards, soumis à des obligations au plan international.

¹ Le phénomène de rétroaction se perçoit à l'égard des Etats qui, bien qu'étant créateurs des organisations internationales, voient celles-ci conditionner leur comportement. Cf. Pierre-Marie DUPUY, KERBRAT Yann, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2018, p. 173-174.

² *Le Petit Robert*, édition 2015, p. 1719.

³ *Dictionnaire de la terminologie du droit international* [publié sous le patronage de l'Union académique internationale], Paris, Sirey, 1960, p. 423.

⁴ Diane ETHIER, *Introduction aux relations internationales*, Montréal, PUM, 2010, 4^e éd., p. 125 et s. Spécifiquement pour l'individu, se référer avec intérêt à Maurice BOURQUIN, « La position de l'individu dans l'ordre juridique international », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, nov. 1954, n° 431, vol. 36, p. 880-897. L'auteur admet que le droit international conventionnel

Il faut, en conséquence, privilégier l'approche extensive qui voit en l'obligation internationale un « lien juridique par lequel un sujet de droit international est tenu envers un ou plusieurs autres, d'adopter un comportement déterminé ou de s'en abstenir »¹. L'obligation internationale est ainsi le lien juridique en vertu duquel les sujets de droit international adoptent un comportement d'une manière singulière.

Il semble que cette autre définition manque de précision. Elle méconnaît la possibilité, pour les assujettis de l'obligation, de les transgresser. Il est donc intéressant d'adjoindre la précision apportée par la CDI pour qui « l'obligation [internationale] est une situation juridique subjective par rapport à laquelle intervient le comportement du sujet, soit qu'il se conforme à l'obligation soit qu'il la transgresse »². L'éventualité de la transgression, tirée du multilatéralisme dans le cadre spécifique d'une organisation internationale, justifie l'existence d'un contrôle³. Le contrôle s'effectue sur les actes étatiques découlant des obligations internationales des Etats membres de la CEDEAO. Elles se déclinent en obligations communautaires et en obligations extracommunautaires. Les premières sont secrétées par le cadre communautaire ouest-africain, spécifiquement

(notamment les conventions de Genève de 1949), coutumier et jurisprudentiel (en référence à la jurisprudence du tribunal international de Nuremberg) octroie certes des droits aux individus, mais par voie de conséquence, il met à sa charge des obligations dont les violations sont susceptibles d'être déférées devant les tribunaux compétents.

¹ Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 765.

² Rapport CDI sur travaux de sa vingt-huitième session, Commentaire d'introduction au chapitre III du projet sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, *ACDI*, 1976, vol. II, 2^e partie, p. 70.

³ Jean CHARPENTIER, « Le contrôle par les organisations internationales de l'exécution des obligations des États », *RCADI*, 1983, t. 182, p. 156.

par la CEDEAO. Quant aux secondes, elles découlent des engagements étatiques conventionnels d'ordre universel et continental, principalement placés sous les auspices de l'ONU et l'UA.

La CEDEAO est une organisation internationale sous-régionale¹ composée de quinze États membres². Elle a été créée en 1975³ et refondée en 1993⁴. Elle a pour principale mission de « promouvoir la coopération et l'intégration dans la perspective d'une union économique de l'Afrique de l'Ouest en vue d'élever le niveau de vie de ses peuples, de maintenir et d'accroître la stabilité économique, de renforcer les relations entre les États membres et de contribuer au progrès et au développement du

¹ Elle peut, par ailleurs, être considérée comme un « organisme régional », au sens du chapitre VIII de la charte des Nations unies, ainsi que l'a précisé le professeur Maurice Kamto. Selon lui, l'organisme régional est un traité ou accord international qui est destiné à régler les affaires qui touchent au maintien de la paix et de la sécurité internationales par une action à caractère régional compatible avec les buts et principes des Nations unies, en établissant une institution internationale de caractère régional dotée d'organes permanents et de la personnalité juridique internationale. Maurice KAMTO, « Le rôle des « accords et organismes régionaux » en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales à la lumière de la charte des Nations unies et de la pratique internationale », *RGDIP*, 2007, n° 4, p. 771-802.

² Bénin, Burkina Faso, Cap Vert, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée-Bissau, Liberia, Mali, Niger, Nigeria, Sénégal, Sierra-Leone, Togo. À l'origine, la Mauritanie était membre. Elle s'y est retirée en 2000 pour intégrer l'Union du Maghreb Arabe.

³ Le traité fondateur a été adopté et signé le 8 mai 1975 à Lagos.

⁴ Le traité fondateur a été révisé le 24 juillet 1993 à Cotonou pour tenir compte des nouvelles données économiques (liées à la mondialisation), aux préoccupations sécuritaires (déstabilisation interne des États, maintien de la paix et de la sécurité) et aux exigences démocratiques (respect des droits de l'homme, bonne gouvernance).

continent africain »¹. Elle est décrite comme étant « la seule organisation d'intégration ayant véritablement une envergure régionale pour avoir transcendé les différentes sphères coloniales de l'Afrique de l'Ouest »². L'option de l'intégration régionale s'avère être l'unique moyen de réduction des handicaps des États ouest-africains³. Le projet d'intégration en Afrique de l'ouest était à l'avenant de la conception idéaliste globale d'unité africaine exprimée par le doyen Francis Wodié, selon laquelle « Les regroupements régionaux, voire le regroupement continental, se révèlent comme seuls aptes à conférer aux États africains une dimension économique et démographique appropriée aux exigences du développement économique et social »⁴.

L'intégration consiste en un transfert de compétences des États membres d'une organisation internationale à celle-ci, à qui ils octroient des pouvoirs de décision et des compétences supranationales⁵. Elle vise à mutualiser plusieurs économies distinctes pour former un seul espace

¹ Traité révisé, art. 3§ 1.

² Luc Marius IBRIGA, COULIBALY Saïb Abou, SANOU Dramane, *Droit communautaire ouest-africain*, Ouagadougou, Université de Ouagadougou, 2008, p. 48.

³ Soumaïla CISSE, « Le rôle de l'intégration régionale dans le développement en Afrique de l'Ouest : Avancée et défis », in *Regions and Cohesion*, 2011, n° 2, vol. 6, p. 106. Les handicaps dont il s'agit se déclinent pour l'essentiel en la taille réduite des économies, l'enclavement, la disparité des dispositions relatives aux échanges commerciaux, le manque d'entente en matière commerciale.

⁴ Francis WODIE, *Les institutions internationales régionales en Afrique occidentale et centrale*, Paris, LGDJ, 1970, p. 15.

⁵ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2016, 11^e éd., p.561 ; voir aussi SALMON Jean (dir.), *op. cit.*, p. 591.

économique¹. Elle se caractérise, selon l'échelle de degré fournie par Bela Balassa, par une zone de libre-échange, une union douanière, un marché commun, une union économique et une union économique et monétaire². À s'en tenir à ces réalisations intégrationnistes, la CEDEAO semble se ranger dans la catégorie des organisations d'intégration³. Le référentiel en la matière est l'Union européenne qui s'est construite progressivement⁴ selon une méthode singulière⁵. *Mutatis mutandis*, la création des organisations intégratives africaines⁶, et particulièrement celle de la CEDEAO⁷, paraît suivre un tel cheminement.

¹ Alain BEITONE et al., *Dictionnaire de science économique*, Malakoff, Dunod, 2019, 6^e éd., p. 348.

² Bela Alexander BALASSA, *The Theory of Economic Integration*, New York, Routledge Revivals, 2012, 304 p.

³ Voir notamment traité révisé, art. 36 à 41, 46, 50 à 55, 59.

⁴ Michel CLAPIE, *Institutions européennes*, Paris, Flammarion, 2003, p. 111 et s.

⁵ Philippe MANIN, « La « méthode communautaire » : changement et permanence », *Mel. Guy Isaac*, Tome 1, p. 213-237. L'auteur explique que les piliers à l'origine de la création de l'Union européenne ont instauré un intergouvernementalisme qui a été tempéré par la montée en puissance de la Commission et du Parlement. Pour une analyse des méthodes classiques, lire Elsa BERNARD, « La distinction entre organisation de coopération et organisation d'intégration : l'Union européenne au carrefour des « méthodes » », in DUBIN Laurence, RUNAVOT Marie-Clotilde (dir.), *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou réformation*, Paris, Pedone, 2014, p. 103.

⁶ Laurent SERMET, « Modes et méthodes de l'intégration régionale en Afrique », *Revue UE*, 2018, p. 475-485.

⁷ Kwam Edmond KOUASSI, *Organisations Internationales Africaines*, Paris, Berger-Levrault, 1987, p. 296-305.

L'organisation internationale emporte un postulat d'institutionnalisation de moyens fonctionnels¹ par une nécessaire et indispensable érosion², un déclin³ voire un abandon⁴ de la souveraineté. Cette exigence juridique a des implications profondes dans la structuration des rapports internationaux⁵ ainsi que dans la conception désormais manichéenne d'une tendance à une certaine prépondérance des organisations internationales sur les États les composant.

De l'aveu du professeur Pierre-Marie Dupuy, la souveraineté n'est en aucun cas une forteresse assiégée⁶. Le doyen Georges Scelles avait été davantage incisif en professant la vanité d'une contribution aussi bien du droit général que particulièrement du droit international sur la notion de souveraineté de l'État⁷. Il conçoit en effet que l'idée selon laquelle un individu ou un groupe d'individus posséderait un pouvoir absolu de

¹ Michel VIRALLY, *Le droit international en devenir*, Paris, PUF, 1990, p. 272.

² Nicolas POLITIS, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie des droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, 1925, vol. 6, p. 1-121.

³ Ami Collé SECK, *Intégration et Souveraineté étatique, approche comparative entre l'Europe et l'Afrique à travers l'UE, l'UEMOA et l'OHADA*, Thèse, Doctorat, Droit public, Université Le Havre Normandie, 2018, p. 173 et s.

⁴ Dominique Junior ZAMBO ZAMBO, « Droit international ordinaire et droit communautaire dans l'ordre juridique camerounais : libres propos sur la recherche d'une différenciation », *JDI*, n° 1, 2021, p. 37 ; Gaston KENFACK DOUAJNI, « L'abandon de souveraineté dans le traité OHADA », *Penant*, 1999, n° 830, p. 125134.

⁵ René-Jean DUPUY, « État et organisation internationale », in DUPUY René-Jean (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 1998, p. 14-30.

⁶ DUPUY, *Ordre juridique et désordre international*, Paris, Pedone Pierre-Marie, 2018, p. 97.

⁷ Georges SCELLE, *Précis du droit des gens*, Paris, Recueil Sirey, 1932, p. 14.

déterminer la compétence de sa compétence est hérétique, car « Tout sujet de droit qui se prétend souverain s'insurge immédiatement contre le Droit et le nie »¹. Il faut cependant souscrire à la distinction souveraineté interne et souveraineté internationale ou externe pour recadrer la théorie négationniste de Scelle. Raymond Carré de Malberg donne à la souveraineté une dimension interne en ce qu'il énonce une supériorité absolue de l'État conduite par une volonté prédominante sur les individus et les groupes². Encore que Jean Bodin, premier théoricien de la souveraineté, applique à celle-ci une relativité tant fonctionnelle que temporelle³. L'autre dimension, celle touchant à la souveraineté externe, est conçue de telle manière que même les engagements internationaux limitant la liberté de l'État, dans tel ou tel domaine, ne seraient que la manifestation de l'exercice de sa souveraineté⁴, ainsi que l'a conclu la CPJI au sujet de l'affaire du vapeur « Wimbledon »⁵.

La CEDEAO, en tant qu'organisation internationale sous régionale est conçue comme promouvant l'intégration des États membres. À ce titre, elle « peut requérir la mise en commun partielle et progressive de leur souveraineté nationale au profit de la communauté dans le cadre d'une

¹ *Ibidem*, p. 13.

² Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920-1922, t. 1, p. 71-72.

³ Il soutient que la souveraineté absolue dont se prévalent les dirigeants n'est point immuable ni irréversible. Ceux-ci n'en sont que les possesseurs occasionnels qui rendent compte au peuple qui l'a déléguée. Jean BODIN, *Les Six Livres de la République*, Paris, Classiques Garnier, 2013, p. 444 et s.

⁴ Carlo SANTULLI, « Souveraineté externe », in MBONGO Pascal, HERVOUËT François, SANTULLI Carlo (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Paris, Berger-Levrault, 2014, p. 862.

⁵ CPJI, 17 août 1923, affaire du vapeur « Wimbledon », *Grande-Bretagne et al. c/ Allemagne*, rec. CPJI, Série A, n°1, p.15-34, spéc. p. 25.

volonté politique collective »¹. Le droit communautaire fonde que des organes propres à l'organisation expriment « sur des matières d'intérêt commun, une volonté distincte de celle des États membres »². Pourtant, la communauté est censée refléter la volonté des États en ce que ses organes principaux et/ou politiques sont formés par les représentants de ceux-là. La contradiction est saisissante dans la mesure où les décisions des organes communautaires créent, à la charge des États destinataires, des obligations juridiques. Elle vient de ce que ces organes sont composés de représentants des États. Or les actes juridiques secrétés remettent en cause, dans certains cas, leur souveraineté. Les actes interpellent assurément car la souveraineté des États est en jeu. Ce qui pourrait susciter la remise en cause de la substance autant que de la pertinence des actes communautaires et par-delà, leur finalité.

En cela, la présente étude renouvelle les enjeux de la question. Ils sont doubles. Le premier réside dans le fait qu'une réflexion centrée sur les obligations internationales des États membres de la CEDEAO revêt un caractère d'originalité. Les travaux précédents³ abordent l'étude de la CEDEAO sous l'angle institutionnel⁴, ses forces⁵, ses faiblesses¹ ou au

¹ CEDEAO, Traité révisé, préambule, point 5.

² Luc Marius IBRIGA, COULIBALY Saïb Abou, SANOU Dramane, *Droit communautaire ouest-africain*, op. cit., p. 32.

³ Nous n'avons pas ici la prétention de les énumérer de façon exhaustive.

⁴ Maurice GLELE-AHANHANZO, *Introduction à l'Organisation de l'unité africaine et aux organisations régionales africaines*, Paris, LGDJ, 1986, 602 p. ; SALL Alioune, *Les mutations de l'intégration des États en Afrique de l'Ouest. Une approche institutionnelle*, Paris, L'Harmattan, 2006, 189 p.

⁵ L. Marius et al. IBRIGA., *Droit communautaire ouest-africain*, op. cit., p. 123 et s. ; Ahmed MAHIOU, « La communauté économique africaine », *AFDI*, 1993, vol. 39, p. 798-819.

regard de ses compétences et fonctions juridictionnelles². La question des obligations découlant de la construction communautaire ouest-africaine reste de ce fait en suspens ou, en tout cas, marginale. La seconde utilité de l'initiative amorcée se perçoit à travers la dialectique des rapports entre l'institution communautaire et ses États membres. Ce couple apparaît tantôt en duo tantôt en duel, en raison des circonstances et des décisions, par un effet de « gravitations mutuelles entre le droit international et la politique »³. La Communauté semble se heurter à des réticences et des résistances relativement aux décisions qui seraient de nature à toucher

¹ Mamadou RAMDE, *Les limites de l'intégration régionale internationale : le cas de la CEDEAO* Mémoire, Science politique, université de Montréal, 2003, 90 p. ; Elliot BERG, « L'intégration en Afrique de l'Ouest. Problèmes et stratégies », *Revue d'économie du développement*, 1993, n° 2, p. 51-82.

² Alioune SALL, *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de justice de la CEDEAO*, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, 2019, 264 p. Plusieurs autres études sont consacrées à la matière, mais elles s'inscrivent dans une approche comparatiste : SOBZE Serge François, « La contribution des juridictions communautaires au processus d'intégration sous-régionale en Afrique francophone », *RDP*, 2021, n° 5, p. 1351-1385; Alioune SALL, « La justice de l'intégration. Réflexion sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA », Dakar, CREDILA/L'Harmattan-Sénégal, 2018, 2^e éd., 482 p. ; Maurice KAMTO, « Les cours de justice des communautés et des organisations d'intégration économique africaines », *African Yearbook of International Law*, 1998, p. 107-150 ; SANOU Dramane, *La juridictionnalisation des organisations régionales d'intégration en Afrique*, Thèse, Doctorat, Droit, univ. Paris 1, 2012, 722 p. ; Emile-Derlin KEMFOUET KENGNY, *Les juridictions des organisations d'intégration économique en Afrique*, Paris, LGDJ, 2018, 416p.

³ Robert KOLB, *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 2^e éd., p. 534.

aux intérêts des Etats. Une illustration patente est offerte en Guinée¹, au Mali² et au Burkina Faso³. Les sanctions infligées à l'encontre de ces États, à la faveur des changements anticonstitutionnels qu'ils ont respectivement connus, ont été critiquées.

Le volontarisme⁴ qui constitue l'un des ferments de toute organisation internationale trouve un regain de sursaut en Afrique de l'Ouest. Il permet une préservation à la fois « expresse »⁵ et « discrète »⁶ de la souveraineté à laquelle les États africains sont naturellement attachés⁷. En

¹ *Le Monde-AFP*, « Guinée : la CEDEAO annonce des sanctions contre les auteurs du coup d'État, et réclame des élections dans les six mois ». Publié le 17 septembre 2021 à 02h24. Disponible sur https://www.lemonde.fr/afrique/article/2021/09/17/guinee-la-cedeao-annonce-des-sanctions-contre-les-auteurs-du-putsch-et-reclame-des-elections-dans-les-six-mois_6094959_3212.html (consulté le 22 février 2022 à 14h54).

² Daouda DOUMBIA, « Bras de fer CEDEAO-Mali. Entre orgueil et la réalité du terrain, la CEDEAO joue sa survie ». Publié le 7 février 2022. Disponible sur <http://news.abamako.com/h/265812.html> (Consulté le 22 février 2022 à 15h02).

³ *Le Monde-AFP*, « Coup d'État au Burkina Faso : le pays suspendu par la CEDEAO », Publié le 28 janvier 2022 à 19h41. Disponible sur https://www.lemonde.fr/international/article/2022/01/28/coup-d-etat-au-burkina-faso-le-pays-suspendu-de-la-cedeao_6111444_3210.html (Consulté le 22 février 2022 à 15h07).

⁴ Maurice KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *RCADI*, 2004, vol. 310, p. 55. Selon lui, l'acte juridique est un acte volontaire qui porte l'intention de son auteur comme représentation de « la fin ou du but de son action en tant qu'elle constitue le motif de cette action ».

⁵ Marien Ludovic NDIFFO KEMETIO, « Multiplication des organisations d'intégration et souveraineté des États en Afrique », *RDP*, 2020, n° 6, p. 1677.

⁶ *Idem*, p. 1679.

⁷ Pierre KIPRE, *Le concept de souveraineté en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2019, p. 13.

raison de l'effet relatif des traités¹ et du *pacta sunt servanda*², les membres de l'organisation sous-régionale ont à se soumettre à celle-ci dans les matières qui relèvent de sa compétence. Or l'on semble assister à un accouplement contradictoire³ entre ces deux sujets. Cet accouplement est symptomatique de la crise médiate puisant sa source dans la dégradation de la confiance placée par les peuples dans les institutions politiques nationales et régionales. De ce fait, il paraît à propos de se pencher sur la question de savoir si la CEDEAO assure valablement le rôle qu'elle s'est assignée relativement aux obligations internationales de ses États membres.

À travers cette interrogation, il s'agit moins d'une prédominance de l'organisation sur les États⁴ mais plutôt d'une « instrumentalisation » ou d'une « politisation »⁵ de celle-ci par certains chefs d'État qui pose problème. La réflexion sort de la simple dialectique des sujets pour épouser une utilité juridique reposant sur l'adéquation du comportement opératif et normatif interne de l'État en lien avec ses obligations internationales⁶. Pour prendre la mesure de la prégnance de l'organisation

¹ Benjamin MULAMBA MUBUYI, *Droit des organisations internationales*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 21.

² Mario BETTATI, « Création et personnalité juridique des organisations internationales », in DUPUY René-Jean (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Martinus, Nijhoff Publishers, 1999, p.38-39.

³ Expression empruntée au doyen Francis WODIE, *op. cit.*, p. 15.

⁴ La prédominance des États membres de la sous-région ouest africaine sur l'organisation ne souffre d'aucun doute. Cf. SEMUHIRE Innocent, *Les organisations internationales, le régionalisme international, le régionalisme international africain*, Bern, Peter Lang, 1996, p. 311.

⁵ *Idem*, p. 312.

⁶ Lire avec intérêt Hélène RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, Paris, Dalloz, 2013, 586 p.

sur ses États membres, il faut convenir qu'elle est la principale institution garante de l'existence et de la mise en œuvre de leurs engagements internationaux. Elle se perçoit, dès lors, comme la matrice incontestée de leurs obligations internationales (I).

Cependant, il faut se rendre à l'évidence que les actes de la CEDEAO sont parfois contrariés. Des critiques sont formulées contre ceux des actes tendant à sanctionner les Etats. Ils deviennent, de ce fait, réfractaires à l'application des dispositions communautaires se révélant contraires à leurs intérêts. La CEDEAO apparaît alors comme l'auteure controversée de sanctions (II).

I. La CEDEAO, matrice incontestée d'obligations

La CEDEAO se présente comme l'organisation ouest-africaine économique et politique par excellence. Elle dispose d'un pouvoir normatif¹. Dès lors, elle est créatrice d'obligations internationales (A). Elle est aussi une observatrice engagée du comportement des Etats membres, relativement aux obligations internationales contractées par ceux-ci en dehors de son cadre. À ce titre, elle s'érige en censeur de leurs obligations extracommunautaires (B).

A. La créatrice d'obligations communautaires

En raison des changements auxquels elle a été confrontée, la CEDEAO a fait évoluer son pouvoir normatif en une fonction de régulation

¹ L'organisation est compétente pour adopter des décisions (art. 9§1), des règlements (art. 12 § 1) qui ont force obligatoire dans les dispositions déterminées (art. 9, § 4, art.12, § 3).

normative¹. En effet, d'une organisation à vocation originellement essentiellement économique, elle a mué en une organisation également politique. Ainsi, elle conserve ses prérogatives d'initiative de normes d'intégration économique (1) tout en s'érigeant en force d'impulsion de principes politiques (2).

1. L'initiatrice de normes d'intégration économique

Le pessimisme de Philippe Moreau-Defarges au sujet de la création d'un espace économique ouest-africain comparable à la Communauté européenne qui resterait sur le papier² ne correspond pas, en de nombreux points, à la réalité actuelle. La CEDEAO a réussi à édicter des normes économiques qui se révèlent être allées dans le bon sens de l'intégration. Deux domaines font essentiellement l'objet de codification communautaire. Il s'agit de l'objectif fondamental de la construction du marché commun et d'une union économique³.

Le marché commun désigne un espace économique dans lequel les agents économiques, suivant le procédé de la fusion des marchés nationaux, opèrent librement, sans entraves, par l'effet d'une union

¹ Lire à ce sujet Claude-Albert COLLIARD, *Les organisations internationales*, Paris, Les Cours de droit, 1973-1974, Fasc. 1, p. 325. Charles Chaumont distinguait la notion de fonction de celle de pouvoir. La fonction fait allusion à la nature et au contenu même des attributions conférées à l'organisation. Quant au pouvoir, il désigne la manière dont l'organe remplit les fonctions entendues comme les effets que le fonctionnement de l'organisation permanente produit dans l'ordre juridique. Cf. Charles CHAUMONT, *Les organisations internationales*, Paris, Les Cours de droit, 1948-1949, Facs. 1, p. 159.

² Philippe MOREAU-DEFARGES, *Les organisations internationales contemporaines*, Paris, Seuil, 1996, p. 57.

³ L. Marius IBRIGA et al., *op. cit.*, p. 121.

douanière et du principe de la libre circulation des personnes, des services et des capitaux.

D'abord, en matière d'union douanière, la CEDEAO a mis en place un dispositif normatif tendant à éliminer les droits de douane et à établir un tarif extérieur commun à l'égard des États tiers. La zone de libre-échange est basée sur le Schéma de Libéralisation des Échanges. Elle a été lancée en 1979¹ avant d'être consacrée par le traité révisé en son art. 3 § b2 d). Trois opérations ont été actées.

Les États sont convenus que la création du marché commun se ferait à travers la libéralisation des échanges par l'élimination entre eux des droits de douane à l'importation ou à l'exportation des marchandises et des barrières non tarifaires. Il s'agit de favoriser le commerce intracommunautaire en valorisant la production locale². L'obligation qui en découle réside dans le fait que les États renoncent à appliquer des impositions qui devraient relever de leurs compétences souveraines. En cela, il pèse sur eux l'obligation de n'imposer aucuns droits de douane ou autres taxes d'effet équivalent sur les produits originaires de la

¹ Le schéma de libéralisation des échanges de la CEDEAO (SLE) est le mécanisme qui visait à assurer la libre circulation des marchandises sans le paiement des droits de douane ou autres taxes d'effet équivalent sur les importations originaires des États membres de la CEDEAO. Dès son lancement, il a concerné les produits agricoles et les créations artisanales. En 1990, les produits industriels ont été intégrés à la liste.

² Protocole A/P/1/03 du 31 janvier 2003 relatif à la définition de la notion de produits originaires des États membres de la CEDEAO ; Règlement C/REG.3/4/02 du 23 avril 2002 relatif à la procédure d'agrément des produits originaires au schéma de libéralisation des échanges de la CEDEAO.

Communauté¹. Une telle mesure fait courir le risque d'une perte de revenus résultant de l'importation des produits. C'est la raison pour laquelle le Bénin et le Cap Vert ont émis une réserve portant sur le point de l'absence de compensation des pertes des ressources².

Il découle, de ce qui précède, l'instauration du tarif extérieur commun (TEC). La décision A/DEC.17/01/06 portant mise en place du TEC³ participe de la volonté d'harmoniser les taux de taxation des marchandises entrant dans l'espace communautaire. Elle est fondée sur l'art. 37 du traité révisé. Le TEC est composé d'une nomenclature tarifaire et statistique (NTS), d'un tableau des droits et taxes ainsi que des mesures de sauvegarde⁴. Il est effectif depuis le 1^{er} janvier 2015⁵. Le TEC tend à protéger le secteur industriel des États de la concurrence de certains

¹ Au sens du protocole A/P1/1/03, sont considérés comme produits originaires des États membres de la CEDEAO, les produits entièrement obtenus ou ayant fait l'objet d'une ouvrison ou une transformation suffisante dans ces États (art. 2).

² Lire à ce sujet : ecowas-akomantoso.com/_lang/fr/doc/_iri/aku/ecowas/statement/decision/1979-11-25/C_DEC.8_11_79/fra/@/!main (Dernière consultation le 2 juin 2022).

³ Décision du 12 janvier 2006 amendée par l'acte additionnel A/SA.1/06/09 du 22 juin 2009.

⁴ Saïdou Nourou TALL, *Droit des organisations internationales africaines*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 271-272.

⁵ Rostand BAZEU, « L'impact des organisations régionales d'intégration sur le développement économique de l'Afrique. Regards croisés sur l'expérience de la CEEAC et de la CEDEAO », *African Yearbook of International Law*, 2015, n° 21, p. 68.

produits importés d'autres pays¹. Il favorise *in fine* le commerce intra-régional², donc la libre circulation des biens.

Ensuite, une autre obligation à laquelle les États membres se sont engagés est la libre circulation des personnes, des services et des capitaux³. Sans négliger les deux derniers éléments, il semble plus intéressant de s'attarder sur la libre circulation des personnes qui paraît préoccupante en raison de la charge sociologique et des impératifs juridiques qu'elle implique. En tout état de cause, la circulation des personnes et des capitaux favorise la libéralisation des facteurs de production⁴ autant que la circulation des services et des biens. Cette liberté est à mettre en liaison avec le droit de résidence et d'établissement⁵. D'ailleurs, l'art. 59 du traité révisé portant sur l'immigration édicte que les citoyens de la Communauté ont le droit d'entrée, de résidence et d'établissement dans l'un quelconque des États⁶. Depuis 1982, il a été instauré une citoyenneté communautaire ouest-africaine⁷.

¹ Kémoko DIAKITE, *Droit de l'intégration africaine*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 107.

² *Idem*.

³ Les biens peuvent être entendus comme les marchandises qui relèvent du commerce. Cet aspect est à intégrer au point portant sur le marché commun.

⁴ L. Marius IBRIGA et *al.*, *op. cit.*, p. 132.

⁵ Traité révisé, art. 3§2 d) (iii).

⁶ Cette disposition est basée sur le protocole A/P.1/5/79 de 1979 sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement, qui fait l'objet de plusieurs actes additionnels tels que les Protocoles additionnels A/SP.1/7/85 de 1985, A/SP.1/7/86, A/SP.1/6/89, A/SP.2/5/90.

⁷ Protocole A/P3/5/82 portant Code de la citoyenneté de la Communauté (Cotonou, 29 mai 1982). Il est entré en vigueur le 10 juillet 1984.

La liberté de circulation, de résidence et d'établissement puise sa source dans la citoyenneté ouest-africaine. En la matière, la CEDEAO a été un précurseur par rapport à l'Union européenne¹, quand bien même les effets juridiques ne soient pas identiques². La construction de l'espace communautaire ouest-africain se heurte en effet au sacro-saint principe de la souveraineté en vertu duquel chaque État régit l'accès à son territoire, au séjour et à l'établissement sur celui-ci. À ce propos, le professeur Ahadzi-Nonou écrit que l'intégration dans l'espace CEDEAO donne à constater « des processus ratés, des espoirs déçus au rang desquels il faut inscrire la libre circulation des personnes et le droit d'établissement, se heurtant le plus souvent au symbolique attaché aux frontières et à la préférence nationale »³. L'exemple du droit de séjour est révélateur des obstacles potentiels découlant de la souveraineté. L'art. 5

¹ La citoyenneté européenne découle du traité de Maastricht signé le 7 février 1992.

² La citoyenneté européenne permet aux bénéficiaires d'avoir accès aux droits suivants : droit de circuler et de séjourner, de travailler et d'étudier sur le territoire des autres pays membres ; droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et aux élections du parlement européen dans n'importe quel État où ils résident ; droit de pétition et d'initiative citoyenne ; droit de saisine du Médiateur européen ; droit à la protection diplomatique d'un autre État. Voir sur certains aspects Etienne PATAUT, « La citoyenneté et les frontières du droit de l'Union européenne », *RTD eur.*, 2011, n° 3, p. 561-576 ; Marion GAILLARD, *L'Union européenne. Institutions et politiques*, Paris, La Documentation française, 2018, p. 36 et s.

³ Koffi AHADZI-NONOU, *La Citoyenneté régionale face aux enjeux de la libre circulation des personnes et le droit d'établissement dans l'espace CEDEAO*, Institut de l'Afrique de l'Ouest, Analyse Critiques et Stratégiques d'Action, 2013, p. 2, cité par SOW, « La diffusion du droit communautaire ouest-africain », *Civitas Europa*, 2016/2, n° 37, p. 360.

du protocole d'Abuja de 1986 prescrit que le citoyen communautaire désireux de résider sur le territoire d'un État membre est soumis à la formalité d'obtention d'une carte ou d'un permis de résident. La carte ainsi sollicitée peut être refusée discrétionnairement par les autorités étatiques compétentes. Dès lors, il ressort que « Le droit de résidence est donc perçu comme une concession des autorités d'accueil plutôt que comme un véritable droit reconnu aux citoyens »¹. Cependant, la position selon laquelle la CEDEAO a manqué l'intégration dans le domaine de la libre circulation des personnes n'est pas partagée par Kémoko Diakité. Pour lui, « La CEDEAO a obtenu des résultats appréciables dans le domaine de la libre circulation, du droit de résidence et d'établissement »². Tout bien considéré, l'existence d'un droit matériel de la liberté de circulation, de séjour et d'établissement en Afrique de l'ouest rencontre, dans sa mise en œuvre, des difficultés en ce que celle-ci est soumise à des pesanteurs³.

La réalisation des objectifs dans le domaine économique n'est possible que s'il y a effectivement une harmonisation des législations nationales. La construction du marché commun est au prix d'un nivellement des disparités des réglementations et d'une réelle libéralisation intercommunautaire⁴. Il se trouve, par ailleurs, que l'intégration ouest-

¹ S. Nourou TALL, *Droit des organisations internationales africaines, op. cit.*, p. 278.

² Kémoko DIAKITE, *Droit de l'intégration africaine, op. cit.*, p.95.

³ Simon-Pierre ZOGO NKADA, « La libre circulation des personnes : réflexions sur l'expérience de la CEMAC et de la CEDEAO », *Revue internationale de droit économique*, 2011/1, p. 113-136 ; Kassem Salam SOURWENA, « L'intégration régionale par le prisme de la frontière étatique : cas de l'Afrique de l'ouest », *Afrilex*, 2020, p. 21-23.

⁴ L. Marius IBRIGA et al., *op. cit.*, p. 142.

africaine se structure autour de principes politiques impulsés par la CEDEAO.

2. L'impulseur de principes politiques

Les chefs d'État et de gouvernement ouest-africains ont manifesté un intérêt particulier à la stabilité politique à travers la reconnaissance de valeurs démocratiques. Dès lors, ils ont adopté la déclaration de principes politiques, à Abuja, le 6 juillet 1991¹. Les écueils rencontrés à l'occasion de la crise libérienne des années 1990² ont servi de leçon aux dirigeants, qui ont pris l'option d'une stabilité politique interne, en plus de la recherche du développement économique.

Les questions d'ordre politique sont ainsi entrées dans le champ de compétences de l'organisation par l'effet de la théorie des compétences implicites. À se référer à l'acte constitutif de 1975, aucune disposition ne prévoyait son intervention dans la sphère politique des États. Une telle matière revenait exclusivement à ceux-ci, sur le fondement du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures. Mais, sur la base de la déclaration de 1991, la CEDEAO attend des États qu'ils promeuvent le pluralisme politique³ et garantissent les droits fondamentaux au profit des populations⁴. Cependant, le caractère non contraignant de l'acte n'a pas permis une mise en situation concluante. La déclaration n'est qu'un acte déclaratoire qui s'apparente à une litanie de bonnes intentions ou de bonnes pratiques. Sa portée recommandatoire et proclamatoire a entraîné l'acte à la désuétude.

¹ A/DCL/1/7/91, Déclaration de principes politiques de la CEDEAO.

² Djédjro Francisco MELEDJE, « La guerre civile du Liberia et la question de l'ingérence dans les affaires intérieures des États », *RBDI*, 1993/2, p. 393-436.

³ Déclaration de principes politiques de la CEDEAO, point 6.

⁴ *Idem*, point 4.

Face à la persistance des troubles internes due au resserrement des libertés individuelles et à un abandon des valeurs démocratiques, il a été adopté le protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance¹. Ce texte opère un glissement de l'intervention de la CEDEAO dans la gestion intérieure des États. Selon les professeurs Ismaïla Madior Fall et Alioune Sall, il se donne comme une constitution en ce que « ses dispositions mêmes intéressent directement l'organisation et le fonctionnement des « pouvoirs publics constitutionnels » des États »². L'application du protocole par les États se révèle être un marqueur de démocratie. Il est invocable, *a posteriori*, devant les juges nationaux et le juge communautaire.

Saisie par un recours en inconstitutionnalité d'une loi, la Cour constitutionnelle togolaise a eu à se pencher sur la conformité d'une disposition légale au protocole³. Dans cette affaire, la requérante, l'Union des forces du changement (UFC), a estimé que la modification de certaines dispositions du Code électoral et spécifiquement l'art. 98 nouveau⁴ heurtait les dispositions pertinentes de l'art. 3 du protocole. Si au final, la Cour a déclaré la disposition querellée conforme à la Constitution togolaise, elle n'a pas, en revanche, écarté le fondement

¹ Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance, additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité.

² Ismaïla Madior FALL, Alioune SALL, « Une constitution régionale pour l'espace CEDEAO : le protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance de la CEDEAO », p. 2. Disponible sur <http://la-constitution-en-afrique.org/article-34239380.html> (Consulté le 07/03/22).

³ Cour constitutionnelle du Togo, Décision n° C-003/09 du 9 juillet 2009.

⁴ L'art. 98 nouveau dispose que « La date du scrutin est fixée par décret en Conseil des ministres ; si elle correspond à un jour ouvrable, celui-ci est déclaré férié ».

juridique que lui a servi la requérante. Elle en a fait référence dans les visas de sa décision. Le protocole a ainsi « été intégré dans le bloc de constitutionnalité par la Cour constitutionnelle togolaise »¹. Il en résulte que le protocole peut valablement être invoqué devant le juge national.

La Cour de Justice de la CEDEAO connaît également des cas de violation des dispositions pertinentes du Protocole. Dans *l'affaire Khalifa SALL et autres*², elle s'est prononcée sur le respect par l'État sénégalais des principes démocratiques tels que prévus, entre autres, par le protocole A/SP1/12/01. *L'affaire CDP c/ État du Burkina Faso* achève de convaincre de ce que le protocole puisse être excipé devant le prétoire du juge communautaire. À cette occasion, celui-ci a jugé que l'autonomie constitutionnelle et politique des États doit être en conformité avec les engagements pris par les États et notamment le protocole de 2001. Il a cité *expressis verbis* l'art. 1^{er} g) et i) et l'art. 2.3. Il a, au surplus, reconnu que les États doivent se conformer aux dispositions des instruments juridiques extra-communautaires auxquels ils sont parties. En cela, le juge communautaire érige la CEDEAO en observatrice des obligations internationales extra-communautaires.

B. Le censeur d'obligations extra-communautaires

Le traité révisé laisse la latitude aux États de conclure des accords internationaux à condition que ceux-ci lui soient compatibles³. La CEDEAO veille, à ce titre, à la conformité des engagements pris par les États membres à l'ordre communautaire. Et, par-delà, elle se présente

¹ Yakouba OUEDRAOGO, « Retour sur une décision controversée : l'arrêt de la Cour de justice de la CEDEAO du 13 juillet 2015, CDP et autres c/ État du Burkina », *Les Annales de droit*, 2016, p. 228.

² Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/17/18 du 29 juin 2018.

³ Traité révisé, art. 84.

comme la surveillante des obligations découlant de la protection des droits de l'homme (1) et la supplétive des obligations en matière de paix et de sécurité (2).

1. La surveillante des obligations découlant de la protection des droits de l'homme

Le professeur Alioune Badara Fall a écrit que : « Il n'y a pas un droit de l'homme pour l'Africain, mais des droits de l'homme tout court »¹. L'idée reflète à souhait l'imbrication des instruments juridiques, universels et continentaux en matière de protection des droits fondamentaux. Même si « rien ne semblait destiner la CEDEAO à assurer la protection des droits fondamentaux »², la Cour de justice a clairement désigné les textes sur lesquels elle fonde ses décisions : « dans le contentieux de la violation des droits de l'homme, la Cour n'applique que des règles du droit international, règles auxquelles les États membres de la CEDEAO ont souscrit et qui leur demeurent opposables »³. Elle se réfère donc « exclusivement à des normes de droit international, normes qui s'imposent en principe aux États qui y ont souscrit »⁴. Dès lors, ainsi que l'écrit le professeur Brusil Métou, « le juge ouest-africain ne s'empêche pas de transposer dans l'ordre juridique de la sous-région les conventions internationales relatives aux droits de l'homme »⁵.

¹ Alioune Badara FALL, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme », *Pouvoirs*, 2009, n°129, p. 86.

² Bachirou ADAMOU ADAMOU, *Le constitutionnalisme à l'épreuve de l'intégration dans l'espace CEDEAO*, Paris, L'Harmattan, p. 39.

³ Arrêt ECW/CCJ/JUD/26/15, *Mamadou Moustapha KAKALI c/ Rep. du Niger*, 1^{er} déc. 2015.

⁴ Arrêt ECW/CCJ/JUD/10/16, *Pascal BODJONA c/ Rép. togolaise*, 24 avril 2015.

⁵ Brusil Miranda METOU, *op. cit.*, p. 724.

La charte africaine des droits de l'homme et des peuples est le premier texte juridique sur lequel la Cour de justice de la CEDEAO s'appuie pour rendre ses décisions relatives aux violations des droits fondamentaux. Car, tant dans la posture verticale décrite par le professeur Métou¹ voire dans son approche axiologique² que dans sa dimension horizontale³, la charte africaine des droits de l'homme et des peuples recoupe les instruments universels⁴ et régionaux⁵, même si elle affiche une singularité⁶. Le traité révisé, en son préambule, fait mention de ce que les chefs d'État et de gouvernement de la CEDEAO ont à l'esprit, donc reconnaissent, la charte africaine. C'est, poussés par des pressions tant endogènes qu'exogènes⁷, qu'ils ont perçu la nécessité d'établir des bases démocratiques respectueuses des droits de l'homme. Une telle entreprise

¹ Le professeur Métou exprime l'idée que les droits de l'homme sont placés au-dessus de toute norme au regard de la constante de la Cour en la matière. Cf. Brusil Miranda METOU, « La cour de la CEDEAO et l'édification progressive d'un « État de droit régional » en Afrique de l'ouest », *Mél. Koffi Ahadzi-Nonou*, p. 721.

² Martial MANET, *Le devenir juridique de la dignité. Une étude de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, L'Harmattan, 2019, p. 133.

³ Valère ETEKA YEMET, *La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Etude comparative*, Paris, L'Harmattan, 477 p.

⁴ DUDH (1948) ; Conventions de Genève (1966) ; Pacte international relatif aux droits de solidarité (1977).

⁵ Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales (1950) ; convention américaine des droits de l'homme (1969).

⁶ Fatsah OUGUERGOUZ, *Charte africaine des droits de l'homme. Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Paris, PUF, 1993, p. 70.

⁷ Eléazar Michel NKOUE, « Les fondements de la conformité des États de l'Afrique subsaharienne au droit international des droits humains », *Revue québécoise de droit international*, 2021, p. 67-86.

n'est pas étrangère au projet d'intégration¹. D'ailleurs, tous les États africains francophones ont constitutionnalisé la charte². Elle revêt alors une double nature c'est-à-dire qu'« elle est à la fois une norme conventionnelle et une norme constitutionnelle »³. Vu comme « un important instrument de libération et d'épanouissement »⁴, la charte a façonné dans une certaine mesure le droit communautaire ouest-africain par l'effet du « continentalisme »⁵. La charte devient alors une référence juridique sur la base de laquelle le droit communautaire sous-régional se conforte et la jurisprudence de la Cour de justice s'affine et s'affirme. Le juge communautaire a consacré la charte en tant qu'instrument de référence, car il retient que « L'adhésion de la Communauté aux principes de la Charte signifie que même en l'absence d'instruments juridiques de

¹ Kofi Edward QUASHIGAH, « Les droits de l'homme et l'intégration », in Réal LAVERGNE (dir.), *Intégration et coopération régionales en Afrique de l'ouest*, Paris, Ottawa, Karthala-CRDI, 1996, p. 301-322.

² Sanwé Médard KIENOU, « L'incidence du droit régional africain sur le droit constitutionnel des États francophones d'Afrique de l'Ouest », *RFDC*, 2017/2, n° 110, p. 422.

³ *Idem*, p. 422.

⁴ Maurice GLELE-AHANHANZO, *op. cit.*, p. 537.

⁵ KIENOU Sanwé Médard, *op. cit.*, p.415. L'auteur attribue au continentalisme une connotation à la fois matérielle et géographique. Le continentalisme serait un regroupement d'États d'un même continent, sous la forme d'organisation internationale, fondé sur l'appartenance à plusieurs traités adoptés sous son égide. Il peut cependant englober d'autres domaines tels que l'intégration économique et culturelle. Voir Louis BALTAZAR, « Les relations canado-américaines : nationalismes et continentalisme », *Etudes internationales*, 1983, n° 1, p. 23-37 ; Chloé CARBUCCIA, « Les discours libéraux de résistance au continentalisme dans les années 70 », *Etudes canadiennes*, 2016, n° 80, p. 151-169.

la CEDEAO relatifs aux droits de l'homme, la Cour assure la protection des droits énoncés dans la Charte [...] »¹.

Dans *l'affaire Dame Ameganvi Manavi Isabelle et autres contre État du Togo*², les requérants, qui sont des députés togolais, contestaient leur exclusion de l'Assemblée nationale intervenue après des manipulations juridico-politiciennes³. Les requérants ont saisi la Cour de la CEDEAO pour violation par la Cour constitutionnelle togolaise non seulement de son règlement intérieur, mais surtout pour violation de leur droit à être entendus avant d'être jugés, garanti par l'art. 7 de la charte. La Cour de justice a donné droit aux requérants en ce que, estime-t-elle, le Togo a violé les dispositions de l'article visé. Elle s'est également penchée sur les allégations de violation de l'art. 102 de la charte relatif au droit d'association, mais a rejeté cette prétention au motif que les demandeurs n'ont pas apporté la preuve d'une quelconque violation. Le même art. 7 a été invoqué dans *l'affaire Azali Abba et Carole Egou contre l'État du Bénin*⁴. La

¹ Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/06/08, *Dame Hadjitatou Mani Karaou c/ Rép. du Niger*, 27 oct. 2008.

² Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/09/11 du 7 octobre 2011

³ Les requérants auraient démissionné de leur parti politique, l'Union des forces du changement (UFC), pour adhérer à l'Alliance nationale pour le changement (ANC). Des lettres de démission, que les requérants disent n'avoir signées ni déposées, ont été adressées par le président du groupe parlementaire UFC. La Cour constitutionnelle n'a fait que prendre acte de la supposée démission sans vérifier la légalité des lettres. Ce qui est reproché à la décision querellée devant la Cour de la CEDEAO.

⁴ Cette affaire déferée à la Cour procède en réalité de deux affaires dont les faits sont distincts, mais qui présentent un point commun, celui de la violation par l'État du Bénin du droit des requérantes à accéder à la justice, à un procès équitable et d'être jugées dans un délai raisonnable. Cf. arrêt n° ECW/CCJ/APP/01/15 du 23 avril 2015, § 4-5.

Cour a accédé à la requête des plaignantes, jugeant que le Bénin a méconnu leurs droits contenus dans les articles 3 et 7 de la charte¹.

Devant son prétoire, les requérants sont également autorisés à invoquer les instruments juridiques universels, comme il l'a rappelé à l'occasion de *l'affaire Alhadji Samuel Sam-Sumana*² en ces termes : « La charte africaine des droits de l'homme et des peuples et d'autres instruments internationaux invoqués par le requérant sont en effet des instruments juridiques auxquels la Cour se réfère lorsqu'elle examine des cas de violation des droits de l'homme dans un État membre ». Parmi les textes internationaux universels, figurent en l'occurrence la déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) et le pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Dans *l'affaire Simone Ehivet et Michel Gbagbo c/ République de Côte d'Ivoire*³, le requérant Michel Gbagbo soutient devant la Cour que la défenderesse a violé plusieurs dispositions de la DUDH et du PIDCP, relatives au droit à la liberté de circulation et au libre choix de résidence, au droit à un recours effectif, au droit à la santé morale de la famille et à la reconnaissance de la personnalité juridique⁴. La Cour a suivi en tous points les prétentions du requérant. Elle a reconnu que l'État ivoirien a effectivement violé les droits contenus dans les instruments universels qui ont fondé la requête⁵.

La place centrale que les droits de l'homme occupent en Afrique de l'ouest, avec pour corollaire l'élargissement des compétences de la Cour,

¹ Arrêt n° ECW/CCJ/APP/01/15 du 23 avril 2015, § 33.

² Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/19/17, *Alhadji Samuel Sam-Sumana*, 27 nov. 2017.

³ ECW/CCJ/JUD/03/13, *Simone Ehivet et Michel Gbagbo c/ Rép. de Côte d'Ivoire*, 22 juin 2013.

⁴ ECW/CCJ/JUD/03/13, *Simone Ehivet et Michel Gbagbo c/ Rép. de Côte d'Ivoire*, 22 juin 2013, § 31 à 33.

⁵ *Idem*, § 99.

participe de « la recherche de solution aux instabilités qui ont secoué la sous-région »¹. En matière de paix et de sécurité internationales, la CEDEAO assume une fonction de supplétive.

2. La supplétive des mécanismes de paix et de sécurité internationales

L'idéal de la paix par le droit² insuffle des aspirations plurielles et des fondements variés³. Aussi bien au plan universel qu'au niveau continental, les États sont parties à des organisations internationales qui ont pour vocation de maintenir la paix, la sécurité et la stabilité. Tous les États ouest-africains sont à la fois membres de l'ONU et de l'UA. À ce titre, ils entendent se poster à l'ombre de ces organisations, qui secrètent, en retour, des dispositions dans les domaines du maintien de la paix et de la préservation de la sécurité. La question qui se pose est la suivante : quelles sont les obligations des États membres de la CEDEAO en matière de paix et de sécurité internationales, découlant de leur appartenance à ces organisations ? La réponse permet d'évoquer d'une part l'architecture du maintien de la stabilité en Afrique de l'ouest et d'autre part, la matérialité des engagements étatiques.

Dans un premier temps, il est de principe que les organismes régionaux, dans la coopération et la complémentarité⁴, doivent connaître

¹ Muriel SOGNIGBE SANGBANA, « La protection des droits de l'homme par la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'ouest et le renforcement de l'État de droit dans la sous-région », *Mél. Rahim Kherad*, p. 133.

² Julian FERNANDEZ, *Relations internationales*, Paris, Dalloz, 2018, p. 422.

³ *Idem*, p. 423.

⁴ Maurice KAMTO, « Le rôle des « accords et organismes régionaux » en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationale à la lumière de la Charte des Nations Unies et de la pratique internationale », *RGDIP*, 2007, n° 4, p. 794.

prima facie des différends d'ordre continental¹. En Afrique de l'ouest, comme dans toutes les autres sous-régions africaines, la responsabilité principale de la promotion de la paix et de la stabilité revient à l'UA, conformément à l'article 16, § 1 du protocole relatif à la création du Conseil de paix et de sécurité (CPS)². Il y a un lien de subordination de l'UA sur la CEDEAO, comme le révèle le professeur Abdoulaye SOMA³. Le CPS apparaît comme un organe complémentaire du Conseil de sécurité⁴, même si les organismes sous-régionaux, dont la CEDEAO, font partie intégrante de l'architecture de l'Union africaine⁵. À cet effet, le CPS et le président de la Commission sont chargés de l'harmonisation et de la coordination des activités⁶ des Communautés économiques régionales (CER)⁷, de la CEDEAO en l'occurrence.

¹ Edem KODJO, Habib GHERARI, « Article 52 », in J.-P. COT, A. PELLET, M. FORTEAU (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, 3^e éd., p. 1386,

² Le protocole a été adopté le 9 juillet 2002, à Durban, par la conférence des chefs d'État et de gouvernement. Voir Delphine LECOUTRE, « Le Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine, clef d'une nouvelle architecture de stabilité en Afrique ? », *Afrique contemporaine*, 2004/4, n° 212, p. 131-162.

³ Abdoulaye SOMA, « Les relations entre l'Union africaine et la Communauté économique des États de l'Afrique de l'ouest en matière de la paix », *Annuaire africain de droit international*, 2010, n° 1, p. 356.

⁴ Delphine LECOUTRE, *op. cit.*, p. 157.

⁵ Protocole du 9 juillet 2002, art. 16, § 1 ; Voir Romain ESMENJAUD, Benedikt FRANKE, « Qui s'est approprié la gestion de la paix et de la sécurité en Afrique ? », *Revue internationale et stratégique*, 2009/3, n° 75, p. 37-46.

⁶ *Idem*, art. 16§1 a) et b) ; art. 16§3.

⁷ Protocole sur les relations entre l'Union africaine et les communautés économiques régionales, 3 juillet 2007, Assembly/AU/Dec. 166 (IX). Voir Amandine GNANGUENON, *Une coopération à géométrie variable. L'Union*

Dans un second temps, du point de vue de la matérialité des engagements, les États ouest-africains sont soumis à trois types d'obligations. D'abord, ainsi que le prescrivent l'article 2, § 4 de la charte des NU et la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération des États¹, ils s'abstiennent de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique des autres États. Il est tiré de ces dispositions que la guerre d'agression est proscrite² et est constitutive d'un crime contre la paix³. Les textes de l'UA consacrent une telle interdiction⁴. Il en est de même du principe de non-ingérence d'un membre de la CEDEAO dans les affaires intérieures d'un autre membre, tel qu'énoncé par la résolution 2625 (XXV) ainsi que par les articles 4 g) et 4 f) respectivement de l'acte constitutif et du protocole de 2002. Même si le principe de « non intervention domestique »⁵ n'apparaît pas parmi les principes fondamentaux énumérés à l'article 4 du Traité révisé, il n'en demeure pas moins que la proscription continentale⁶ et universelle lie les États de la CEDEAO.

africaine et les communautés économiques régionales, Berlin, Friedrich-Ebert Stiftung, 2019, 8 p.

¹ Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970, adoptée par l'AG des NU.

² CIJ, 26 novembre 1984, *Activités militaires au Nicaragua*, Rec.1984, 425.

³ Milan SAHOVIC, « Quinze années de mise en œuvre de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération des États », *AFDI*, 1985, n° 31, p. 531.

⁴ Acte constitutif, art. 4 f) ; Protocole du 9 juillet 2002, art. 4 e).

⁵ Jean-Marie BIPOUM-WOUM, *Le droit international africain et le règlement des conflits*, Thèse, Droit, Univ. de Toulouse, 1968, p. 249.

⁶ Stéphane DOUMBE-BILLE, « L'Union Africaine : objectifs et principes », in A. A. YUSUF, F. OUGUERGOUZ (dir.), *L'Union africaine. Cadre juridique et*

Ensuite, les États sont astreints à régler leurs différends par des moyens pacifiques. L'obligation est contenue dans les actes juridiques de l'ONU¹ et de l'UA². Elle est donnée comme modifiant profondément le comportement des États³ et pose le problème de la qualification du différend⁴. S'agit-il exclusivement des différends d'ordre international ou englobe-t-il les différends non internationaux ? Les professeurs Jean Charpentier et Batyah Sierpinski répondent que les derniers peuvent être aussi concernés dans la mesure où ils peuvent avoir, à bien des égards, des connotations internationales⁵. Et d'ailleurs, à supposer qu'il n'en ait pas, un différend interne peut, si rien n'est fait, avoir des répercussions dans la sous-région. C'est pourquoi, déjà à l'époque de l'OUA, le mécanisme pour la prévention, la gestion et le règlement pacifique des conflits a été adopté⁶. En 2008, l'organisation ouest-africaine se dote du cadre de prévention des conflits de la CEDEAO (CPCC)⁷ additionnel au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité⁸. La CEDEAO privilégie, sur la base de ces instruments juridiques, l'option de la médiation qui est une

institutionnel. Manuel de l'Organisation panafricaine, Paris, Pedone, 2013, p. 57-76.

¹ Charte des NU, art. 2§3 ; résolution 2625 (XXV).

² Acte constitutif, art. 4 e) ; protocole de 2002, art. 4 a).

³ Jean CHARPENTIER, Batyah SIERPINSKI, « Article 2. Paragraphe 3 », in COT J.-P., PELLET A., FORTEAU M. (dir.), *op. cit.*, p. 425.

⁴ *Idem*, p. 430 et s.

⁵ *Idem*, p. 432.

⁶ AHG/Dec. 3 (XXIX), 30 juin 1993. Voir DJIENA WEMBOU Cyr Michel, « Le Mécanisme de l'OUA pour la prévention, la gestion et le règlement pacifique des conflits », *Annuaire africain de droit international*, 1994, p. 71-91.

⁷ Règlement MSC/REG.1/01/08, janvier 2008.

⁸ Adopté par le protocole de Lomé, 1^{er} décembre 1999.

pratique usitée par le président de la conférence, le conseil de médiation et de sécurité et le président de la commission entre autres¹. Elle a pu ainsi intervenir, par exemple, dans la crise libérienne à travers la médiation menée par Abdusalami Abubakar qui a abouti à l'accord global de paix d'Accra en 2003. Elle a aussi dépêché des émissaires² afin de résoudre pacifiquement la crise post-électorale de fin 2016 en Gambie. Les démarches diplomatiques ont permis une issue heureuse de la crise. Le président vaincu Yahya Jammeh a accepté de se retirer du pouvoir, permettant au président nouvellement élu d'accéder au pouvoir.

Enfin, les États membres de la CEDEAO, par cela seul qu'ils sont membres de l'ONU et de l'UA, ont l'obligation de se soumettre aux décisions des organes respectifs de celles-ci. Il ressort de l'article 48 de la charte et de l'article 23, § 2 de l'acte constitutif que les membres de ces organisations doivent se conformer aux décisions prises, notamment par le Conseil de sécurité et le Conseil de paix et de sécurité. L'article 48 de la charte précise qu'une telle exécution peut se faire soit directement par les États concernés, soit indirectement grâce à leur action dans les organismes internationaux appropriés dont ils font partie. Selon le professeur Olivier Corten, « L'objectif est que les États membres prennent toutes les mesures en leur pouvoir pour assurer l'exécution de mesures aussi fondamentales que celles qui ont été décidées par le Conseil en vue du maintien de la

¹ Voir CEDEAO, *Guide de la CEDEAO pour la médiation*, Abuja, CEDEAO, 2018, p. 32,

² Des actions diplomatiques ont été menées par Ellen Johnson-Sirleaf (présidente du Liberia et présidente de la conférence de la CEDEAO), Muhammadu Buhari (président du Nigeria, désigné médiateur pour la Gambie), John Dramani Mahama (ancien président du Ghana, co-médiateur) et Ernest Bai Koroma (président de la Sierra-Leone). Cf., CEDEAO, *Guide de la CEDEAO pour la médiation*, *op. cit.*, p. 39.

paix et de la sécurité internationales »¹. En cas d'inexécution des mesures arrêtées par le Conseil, l'État fautif engage sa responsabilité. En tant qu'organisme sous régional, la CEDEAO est garante de l'exécution par ses États membres des décisions prises par les organes des organisations universelles et continentales en matière de paix et de sécurité internationales ; et ce, même si les deux ont des points de divergence sur une affaire spécifique. Il en a été ainsi lors de la crise post-électorale de 2010-2011 en Côte d'Ivoire à l'occasion de laquelle une divergence d'approche s'est révélée entre l'ONU et l'UA. Alors que celle-là optait pour une intervention armée, celle-ci privilégiait l'action diplomatique². La CEDEAO s'est alignée sur la position onusienne³, s'appuyant sur l'objectif fixé de protection des civils⁴. L'articulation difficile à établir et à faire fonctionner entre les différentes organisations internationales, prédite par Marc Perrin de Brichambaut, retrouve ainsi tout son sens⁵.

¹ Olivier CORTEN, « Article 48 », in J.-P. COT, A. PELLET, M. FORTEAU (dir.), *op. cit.*, p. 1301.

² Cf. Résolution CS, S/RES/1975 (2011) du 30 mars 2011.

³ Voir Le Point.fr : « La CEDEAO pour une intervention armée « internationale » en Côte d'Ivoire ». Disponible sur https://www.lepoint.fr/monde/la-cedeao-pour-une-intervention-armee-internationale-en-cote-d-ivoire-24-03-2011-1311002_24.php (Dernière consultation le 30/05/2022).

⁴ S/RES/1975 (2011), points 5 et 6. Sur la question de l'intervention d'humanité, lire Serge-Vincent NTONGA BOMBA, « La communauté internationale et la problématique de la souveraineté des États et le droit ou le devoir d'ingérence humanitaire », *Mél. J.-M. Bipoum-Woum*, p. 421-439.

⁵ Marc PERRIN de BRICHAMBAUT, « Les Nations unies et les systèmes régionaux », in SFDI, *Le Chapitre VII de la Charte des Nations unies*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 1995, p. 106.

Au-delà de ces contingences, la CEDEAO exerce un contrôle¹ sur les obligations internationales des États membres qui pourrait aboutir à des sanctions. Cependant, celles-ci peuvent se heurter à un milieu en tension suscitant des résistances et des réactions². Ainsi en est-il de l'action de la CEDEAO dont les sanctions suscitent des controverses à son encontre.

II. La CEDEAO, auteure controversée de sanctions

La CEDEAO prend des sanctions « corporatives »³ en ce qu'elles émanent d'elle et ne sauraient être imputées aux États membres. Les sanctions sont prononcées du fait de l'inobservation par les États membres de leurs obligations. Deux catégories de sanctions peuvent être répertoriées en fonction des organes émetteurs. Elles ont néanmoins un dénominateur commun, car toutes deux sont sujettes à controverse. Il s'agit, d'une part, des décisions de l'organe judiciaire communautaire majoritairement inexécutées (A) et d'autre part, des sanctions de la conférence qui se révèlent fondamentalement inadéquates (B).

A. Les décisions juridictionnelles majoritairement inexécutées

Le professeur Abraham Gadjil faisait remarquer que « l'effectivité du droit est fondamentalement liée à l'accès à la justice et à l'exécution des

¹ Le contrôle est une activité logique découlant de la compétence normative d'une organisation internationale à l'égard de ses membres. Lire sur ce point, Benjamin MULAMBA MBUYI, *Droit des organisations internationales*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 118.

² Michel VIRALLY, *L'organisation mondiale*, Paris, A. Colin, 1972, p. 27.

³ Denis ALLAND, *Droit international public*, Paris PUF, 2021, p. 287.

décisions qui en procèdent »¹. La justice n'a donc de sens que si elle est rendue, bien rendue, entièrement et complètement rendue. La complétude traduit l'idée que les sanctions prononcées soient en adéquation avec le préjudice subi et que la sentence soit rigoureusement exécutée. Or dans le système judiciaire ouest-africain, la sanction est non seulement dépourvue de force contraignante bien qu'exécutoire (1) mais elle est également abandonnée à la bonne foi des États (2) quant à leur exécution.

1. Des décisions exécutoires dépourvues de force contraignante

L'activité du juge recèle deux dimensions : la *jurisdiction* et l'*imperium*² ; la première se rapportant à la capacité de dire le droit et la seconde consistant dans le pouvoir d'imposer une solution³. Une chose est de prononcer la décision, une autre est de la faire appliquer. En la matière, il semble qu'un malaise s'est installé dans la pratique de la Cour communautaire à l'égard des États membres. L'article 20 nouveau du protocole relatif à la Cour de justice de la Communauté⁴ énonce *expressis verbis* que les décisions de la Cour sont immédiatement exécutoires.

Un acte exécutoire est un acte qui autorise celui auquel il reconnaît un droit à faire procéder à son exécution forcée par les soins d'un officier

¹ Abraham GADJI, « L'accès à la justice entre quête, requête et conquête : quelques observations sur un droit fondamental à valoriser en Côte d'Ivoire », in HOURQUEBIE Fabrice (dir.), *Quel service public de la justice en Afrique francophone ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 96.

² Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, « L'exécution des décisions des juridictions européennes (cour de Justice des Communautés Européennes et Cour Européenne des Droits de l'Homme) », *AFDI*, 2006, p. 680.

³ *Idem*.

⁴ Protocole A/P1/7/91 du 06 juillet 1991. Il a été modifié par les protocoles additionnels (A. SP.1/01/05) de 2005 et (A/SP.1/06/06) de 2006.

public qui a la compétence pour requérir la force publique. En sus, l'article 15§4 du traité révisé consacre que les arrêts ont force obligatoire *erga omnes*. La difficulté qui tient à la mise en situation de la lettre et de l'esprit des dispositions précitées réside dans ce que la décision de la Cour devrait franchir les frontières de l'État débiteur de l'*impérium*. Le risque est donc clair que « l'exécution forcée dans l'ordre juridique international se heurte *in fine* à la souveraineté des États »¹.

À ce sujet, le professeur Alioune Sall, par ailleurs ancien juge de la Cour de justice de la CEDEAO, reconnaît qu'il « est état du refus ou de la réticence de tel gouvernement à se conformer à une décision rendue »². De l'aveu de la présidente de la Cour de justice de l'UEMOA, Mme Joséphine Suzanne Ebah-Touré, les décisions des juridictions ouest-africaines, en l'occurrence celles de l'UEMOA et celles de la CEDEAO, rencontrent des difficultés d'application dans la mesure où elles ne disposent pas de force exécutoire réelle³. Ce reproche n'est pas nouveau dans le contexte africain. Il est formulé également à l'encontre des décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples⁴, frappées du sceau du « minimalisme »⁵. Il s'en suit l'interrogation que

¹ Eric CANAL-FORGUES, « Préface », in AZAR Aïdar, *L'exécution des décisions de la Cour internationale de justice*, Bruxelles, Bruylant/Ed. de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 1.

² Alioune SALL, *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de justice de la CEDEAO*, *op. cit.*, p. 256.

³ Ces propos ont été tenus lors de la rencontre qu'elle a eue avec le président de la Commission de la CEDEAO, le 19 mai 2017. <https://ecowas.int/?p=22709&lang=fr> (Dernière consultation le 31/05/2022)

⁴ Mamadou HEBIE, « L'exécution des décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *RGDIP*, 2017, n° 3, p. 689-726.

⁵ Judicaël Elisée TIEHI, « L'exécution minimaliste de l'arrêt de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans l'affaire « *Action pour la protection*

voici : si les textes conventionnels énoncent avec clarté que les décisions de la Cour de justice de la CEDEAO sont obligatoires et exécutoires, d'où vient qu'elles ne puissent trouver une application concrète ?

La réponse à cette préoccupation interrogative se trouve logée non dans le caractère intrinsèque des décisions juridictionnelles, mais dans la capacité, l'aptitude des débiteurs de l'obligation à s'y conformer dans la pratique. En effet, pour le professeur Carlo Santulli, « l'exécution¹ de l'obligation posée par le juge [...] et le respect² des obligations attachées à la qualité qu'il a constatée [...] constituent deux concepts distincts, l'un attaché à l'obligation d'exécuter *stricto sensu*, l'autre à la force de vérité légale »³. A l'effet de façonner une réalité pragmatique à ce schéma de théorie juridique, il propose une « *assimilation utilitariste* »⁴ des deux catégories.

Dans plusieurs affaires, la Cour de justice de la CEDEAO a fait le constat, à travers ses décisions, d'une violation des instruments juridiques par l'État défendeur, mais elle n'en a pas tiré véritablement toutes les conséquences de droit. Comme si, par réalisme, prudence ou par fatalisme, la Cour admet son impuissance. Il en est ainsi de l'*affaire CDP et autres c/ l'État du Burkina Faso*⁵ à l'issue de laquelle elle juge que le code électoral du Burkina Faso, tel que modifié par la loi n°005-2015/CNT du

des droits de l'homme (APDH) c. République de Côte d'Ivoire » : much ado about nothing ? », *Revue des droits de l'homme*, 2020, n°18. Mise en ligne le 15 juin 2020. URL : <https://journals.openedition.org/revdh/9978> (Dernière consultation le 31/05/2022).

¹ En italique dans le texte.

² En italique dans le texte.

³ Carlo SANTULLI, « L'obligation d'exécuter les décisions juridictionnelles internationales », *RGDIP*, 2017, n° 3, p. 569.

⁴ *Idem*, p. 570.

⁵ Arrêt n° ECW/CCJ/JUG/16/15 du 13 juillet 2015.

07 avril 2015, constitue une violation du droit de libre participation aux élections. En conséquence, elle ordonne à l'État la levée de tous les obstacles à une participation aux élections consécutifs à la modification. La formulation de l'injonction adressée au défendeur ne semble pas suffisante. Elle paraît vague et manque de précision. Puisque le défendeur, dans ses conclusions, estime n'avoir enfreint aucun droit, il lui serait difficile d'exécuter une décision qui manque d'action concrète à effectuer.

Il en est de même de l'affaire *Khalifa Sall et autres c/ l'État du Sénégal*¹ dans laquelle la Cour a reconnu la violation de certains droits (droit à l'assistance d'un conseil, à la présomption d'innocence, à un procès équitable) et conclut que le requérant a fait l'objet d'une détention arbitraire. La Cour s'est contentée de dire que la responsabilité de l'État sénégalais, par les agissements de ses autorités policières et judiciaires, était engagée.

De même, dans sa décision du 13 mars 2012 relative à la demande en révision² de celle prononcée en 2011 au sujet de l'affaire *Isabelle Manavi Ameganvi et autres c/ République togolaise*, la Cour a rappelé qu'elle n'avait pas ordonné la réintégration des requérants à l'Assemblée nationale togolaise³. Or ceux-ci, en saisissant la Cour en 2011, avaient espéré qu'elle

¹ Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/17/18 du 29 juin 2018.

² Arrêt n° ECW/CCJ/JUG/06/12 du 13 mars 2012

³ À ce sujet, il semble que le professeur Tall ait une opinion contraire. Il a considéré que la Cour a ordonné leur réintégration (cf. S. Nourou TALL, *Droit des organisations internationales africaines, op. cit.*, p.410), mais celle-ci, selon lui, n'a pu être effective puisqu'étant en fin de mandat parlementaire avec leur législature. Cette opinion est partagée par la Ligue togolaise des droits de l'homme (LTDH), pour qui la décision du 7 octobre 2011, en constatant la violation des droits des requérants et en ordonnant le paiement de trois millions de francs CFA à titre de dommages-intérêts, le gouvernement devrait en tirer

se prononçât sur leur réadmission à l'hémicycle. La Cour a conclu que la demande de réintégration s'apparente à un recours contre la décision de la Cour constitutionnelle du 22 novembre 2010. N'étant pas une juridiction d'appel, ni de cassation, elle n'a, en conséquence, pas de compétence pour révoquer la décision de la juridiction interne¹.

Au final, la Cour rend des décisions constatant la violation, par l'État défendeur, d'une obligation internationale sans en tirer les conséquences. Quand bien même le substrat de la procédure soit préservé, il n'en demeure pas moins vrai que la Cour ne puisse, en l'état actuel du droit international positif, aller au-delà en brisant le plafond de verre de l'écran étatique². La suite donnée à la décision est ainsi abandonnée à la bonne foi des États débiteurs.

2. Des décisions abandonnées à la bonne foi des États

toutes les conséquences de droit. Ils devraient de ce fait être rétablis *in statu quo ante*, c'est-à-dire dans la situation préexistante (*cf.* mise au point de la LTDH suite à la décision de la Cour de Justice de la CEDEAO, 07 novembre 2011). Le professeur Ahadzi-Nonou ne partage pas cette opinion. Il estime que la Cour aurait dû condamner le Togo à réintégrer les députés exclus dans leurs mandats ; ce qu'elle ne fit pas (Koffi AHADZI-NONOU, « Remarques sur la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest », *Mél. François Hervouët*, p. 28 et p.29).

¹ Il est de jurisprudence constante que la Cour se refuse à connaître des décisions des juridictions internes : arrêt n° ECW/CCJ/JUD/28/16, *Sahabi Moussa c/ Rép. du Niger*, 6 décembre 2016 ; arrêt n° ECW/CCJ/JUD/03/05 du 7 octobre 2005, *Jerry Ugokwe c/ Nigeria* ; arrêt n° ECW/CCJ/JUD/15/16, *N'Guessan Yao c/ État de CI*, 17 mai 2016 ; arrêt ECW/CCJ/JUD/03/11, *Bakary Sarre et autres c/ Rép. du Mali*, 17 mars 2011

² Affef BEN MANSOUR, *La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 265.

La règle *pacta sunt servanda* trouve un terreau fertilisant dans la communauté ouest-africaine. Le professeur Robert Kolb a écrit que « La bonne foi constitue en quelque sorte la condition existentielle de l'œuvre commune »¹. Ainsi, la force obligatoire attachée à l'arrêt de la Cour² serait atténuée par la volonté des États. Ce qui est susceptible de remettre en cause la crédibilité et la fiabilité des procédures introduites devant le prétoire de la Cour. Dès lors, le professeur Alioune Sall recommande une réflexion prospective à l'effet de rendre aux décisions de la Cour une vigueur certaine³.

Il est établi que la présence d'une procédure d'exécution forcée procure aux arrêts obligatoires un caractère exécutoire⁴. Dans ce sens, l'article 24 § 1 nouveau du protocole relatif à la Cour dispose que les arrêts qui comportent, à la charge des États ou des personnes, une obligation pécuniaire, constituent un titre exécutoire. Cela permet-il de conclure que ceux qui ne comportent pas une telle obligation sont dépourvus d'effet exécutoire ? La préoccupation est justifiée car certaines affaires ont été jugées sans que, dans la décision, il n'y soit requis des obligations pécuniaires⁵. Il y a là une lacune du protocole en ce que toutes les décisions de la Cour devraient revêtir la même portée juridique.

C'en est également le cas lorsqu'il est laissé à la charge des États membres le soin de désigner une autorité nationale compétente pour

¹ Robert KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Genève, Graduate Institute Publications, 2015, p. 508.

² Règlement de la Cour de justice CEDEAO, art. 62.

³ Alioune SALL, *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de justice de la CEDEAO*, *op. cit.*, p. 256.

⁴ Aïda AZAR, *op. cit.*, p. 141.

⁵ Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/06/10, *Hissen Habré c/ Rép. du Sénégal*, 18 novembre 2010 ; arrêt n° ECW/CCJ/JUD/08/18, *Jérôme Bougouma et autres c/ le Burkina Faso*, 18 février 2018

recevoir ou exécuter les décisions de la Cour, ainsi que le prescrit l'article 24, § 4 du protocole. Sur la base de cette disposition, il ressort que les États ont la latitude du choix de l'organe auquel compétence sera attribuée de veiller à l'exécution des sentences. En l'absence de toute autre précision, tout porte à croire qu'il pourrait s'agir d'une autorité constituée d'une seule personnalité ou d'une institution de quelle que nature qu'elle soit¹. La disposition est variablement mise en œuvre par les États. Sur quinze, seuls six États ont procédé à la désignation d'un tel organe². Les autres donnent à croire que cette obligation semble être facultative ; n'étant soumis qu'à une obligation de moyen de faire exécuter les sentences. Il transparaît, pourtant, du protocole qu'il s'agit d'une obligation de résultat en ce que, par l'effet du système communautaire d'harmonisation, tous les États sont amenés à disposer d'un tel organe.

Les réticences des États à exécuter les décisions de la Cour proviendraient de considérations d'ordre politique qui, inexorablement, ont des incidences sur le plan juridique³. Il est souvent reproché à la Cour d'avoir une activité intrusive à l'occasion des affaires qu'elle a à connaître. L'examen des questions relevant de sa compétence est, à la vérité, un contrôle du comportement de l'État au prisme de ses obligations internationales. Or ce comportement relève de sa sphère domestique, en ce sens que ce sont ses organes qui sont amenés à se conformer aux dispositions internationales. La bonne foi est donc sollicitée pour permettre à ceux-ci d'exécuter les obligations découlant de celles-ci. Leur

¹ Alioune SALL, *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de justice de la CEDEAO*, op. cit., p. 257. Voir notamment la note n° 213.

² Il s'agit des pays suivants : Burkina Faso, Ghana, Guinée, Mali, Nigeria, Togo.

³ Sébastien TOUZE, « La remise en cause de l'autorité des cours supranationales », in ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël et alii, *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, Paris, Pedone, 2016, p. 196 et s.

bonne volonté rendrait au caractère obligatoire de la décision toute sa vigueur.

Mais à l'évidence, la collaboration des États de la CEDEAO avec la Cour n'est pas encore totalement acquise. Plusieurs affaires ont montré les difficultés de celle-ci et « mis à nu son incapacité juridique de faire exécuter ses propres décisions lorsque les États membres se replient sur des positions souverainistes de bon ou mauvais aloi »¹. Par exemple, dans l'affaire *CDP c/ Burkina Faso*, quand bien même la Cour avait ordonné la levée de tous les obstacles à une participation aux élections consécutifs à la modification de 2015, l'autorité burkinabè ne s'y est conformée jusqu'au coup d'État de septembre 2015². Le professeur Tall révèle, en outre, que le gouvernement gambien a, à plusieurs reprises, refusé de participer aux procédures le visant³, montrant ainsi une mauvaise foi manifeste.

En tout état de cause, l'inaction ou la réticence d'un gouvernement à se plier aux injonctions des décisions juridictionnelles ouvre la voie à une procédure soit judiciaire soit politique. Dans le premier cas, le créancier de l'obligation, à laquelle est astreint l'État qui a succombé, saisit la Cour aux fins de constatation d'un défaut d'exécution. Il s'agit de la procédure de recours en manquement prévue par l'article 9 d) nouveau du protocole et par l'article 7 g) du traité révisé. La Cour est compétente pour connaître des manquements des États membres aux obligations qui leur incombent

¹ S. Nourou TALL, *Droit des organisations internationales africaines, op. cit.*, p. 404-405.

² Robert YOUNGBARE, « Le mécanisme de garantie des droits de l'homme de la CEDEAO : entre emprunt et appropriation des instruments du système continental », *Annuaire africain des droits de l'homme*, 2018, n° 2, p. 292.

³ S. Nourou TALL, *Droit des organisations internationales africaines, op. cit.*, p. 410.

en vertu du Traité, des conventions, des protocoles, des règlements, des décisions et des directives. Le recours en manquement consiste à faire constater l'existence d'un irrespect à l'égard d'une obligation communautaire, d'une violation d'un engagement, d'une inexécution ou une mauvaise exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire¹.

Dans le second cas, le dénouement de l'affaire emprunte la voie diplomatique et politique². Il s'agit d'une négociation entre le créancier et le gouvernement débiteur de l'obligation qui pourrait aboutir à un accord. La procédure transactionnelle implique une conciliation entre les parties qui, si elle va à son terme, est susceptible de déboucher sur un compromis acceptable pour toutes les parties. Il faut, dans ce cas de figure, projeter un affaiblissement de la force obligatoire de la décision juridictionnelle³. En l'absence d'exécution de l'obligation lui incombant, l'État responsable peut se voir infliger des sanctions de type politique prononcées par la conférence des chefs d'État et de gouvernement. Elles apparaissent très souvent comme fondamentalement inadéquates.

B. Les sanctions de la conférence fondamentalement inadéquates

La CEDEAO s'est dotée d'un arsenal juridique en vue de sanctionner les États membres fautifs d'inexécution de leurs obligations internationales⁴. Elle a confié à la conférence des chefs d'État et de

¹ *Idem*, p.187.

² Shabtai ROSENNE, « L'exécution et la mise en vigueur des décisions de la Cour internationale de justice », *RGDIP*, 1953, p. 535-583.

³ Philippe WECKEL, « Les suites des décisions de la Cour internationale de justice », *AFDI*, 1996, p. 435.

⁴ Au sein des organisations internationales, il y a à distinguer les compétences de contrôle et les compétences de sanctions. Les premières relèvent du pouvoir de vérifier le comportement des États face à leurs engagements ; en revanche, les

gouvernement la tâche d'assurer la direction et le contrôle général de la communauté¹. À ce titre, la conférence est chargée de veiller à l'application, par les États, de leurs engagements communautaires principalement, et extra-communautaires accessoirement. Le hic est que les sanctions prises au constat des violations par les États font, très souvent, l'objet de critiques. Les sanctions politiques sont considérées comme contreproductives (1) et celles d'ordre économique régressives (2).

1. Des sanctions politiques contreproductives

La conférence a le pouvoir de se saisir des cas de violation des obligations internationales liant les États membres. Après les avoir identifiés, il faudra s'intéresser aux sanctions qu'elle prononce. Deux domaines essentiellement sont concernés : le premier est relatif aux conflits qui éclatent dans la sous-région et le second touche aux changements anticonstitutionnels de gouvernement.

Dans un premier temps, l'un des principes fondamentaux de la communauté ouest-africaine s'avère être le maintien de la paix, de la sécurité et de la stabilité régionales². Les États ont l'obligation juridique de demeurer en paix et de mettre tout en œuvre pour assurer leur sécurité et leur stabilité. Il est pourtant loisible de concéder que l'Afrique de l'ouest est connue pour l'instabilité de certains de ses États depuis de longues

secondes sont destinées à les contraindre à les exécuter. Cf. Daniel DORMOY, *Introduction au droit des organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 108-109.

¹ Traité révisé, art.7, § 2.

² Traité révisé, art. 4 e).

années¹. Les attermolements constatés à l'occasion de la crise libérienne² ont conduit la CEDEAO à envisager un cadre juridique et politique d'intervention multilatérale. Il a été alors adopté le protocole relatif au mécanisme de prévention des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité³ dont le conseil de médiation et de sécurité (CMS) assure la mise en œuvre⁴. Conformément au mécanisme, le CPCC investit l'organisation communautaire des pouvoirs supranationaux nécessaires en vue de prévenir et d'agir pour mettre fin aux causes directes et profondes des conflits. La conférence, en tant que premier niveau du CMS, intervient à l'effet de faire cesser les conflits.

Dans un second temps, des sanctions peuvent être infligées en cas de non-respect du principe de l'État de droit, consistant en une alternance démocratique du pouvoir. Ainsi, dans l'hypothèse où un individu ou un groupe de personnes accède au pouvoir au mépris des textes constitutionnels, la conférence peut se saisir de la question à l'effet de faire cesser l'illégalité. Le protocole sur la démocratie et la bonne

¹ Voir **Brou Ange** AHUI, *La Côte d'Ivoire et les modes de règlement des conflits africains : la prééminence du dialogue*, Thèse, Droit public, université de Lille 2, 2011, p. 123 et s.

² Djédjro Francisco MÉLÈDJE, « La guerre civile du Liberia et la question de l'ingérence dans les affaires intérieures des États », *RBDI*, 1993/2, p. 393-436 ; Wentworth OFUATEY-KODOE, « Regional Organizations and the Resolution of Internal Conflict : The ECOWAS Intervention in Liberia », *International Peacekeeping*, Autumn 1994, n° 1, vol.1, p.261-302 ; Michel GALY, « ECOMOG, faction combattante au Liberia », *Outre-Terre*, 2005/2, n° 11, p. 375-376.

³ Adopté à Lomé, le 10 décembre 1999.

⁴ Protocole relatif au mécanisme, art. 6 et 7. Voir YABI Gilles, *Le Rôle de la CEDEAO dans la Gestion des Crises Politiques et des Conflits. Cas de la Guinée et de la Guinée Bissau*, Abuja, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2010, p. 10 et s.

gouvernance¹ fonde son action en la matière. L'un des aspects sur lesquels la conférence semble agir est le changement anticonstitutionnel opéré à la suite de coup d'État. L'on perçoit deux raisons à cet activisme.

D'une part, un changement anticonstitutionnel de gouvernement dans un État, demeuré sans réaction, peut constituer un précédent et, par effet boule de neige, toucher les autres États de la sous-région. Le cas s'est produit en 2011 avec ce qui a été qualifié de « printemps arabe »², qui a reconfiguré profondément le paysage politique et géopolitique nord-africain et moyen-oriental³. Il semble que les outils modernes de la communication numérique aient joué un rôle de catalyseur et d'accélérateur de ces mouvements révolutionnaires⁴. Un tel cas de figure s'est d'ailleurs produit en Afrique de l'ouest, qui a enregistré une série de coups d'État au Mali⁵, en Guinée⁶ et au Burkina Faso⁷.

D'autre part, le changement inconstitutionnel de pouvoir et la sécurité peuvent être couplés. En effet, le déroulement du coup d'État, à l'instar de tout mouvement de conflictualité, s'il n'est pas maîtrisé par les auteurs,

¹ A/SP/1/12/01, adopté à Dakar le 21 décembre 2001.

² Sami AOUN, *Le printemps arabe : mirage ou virage ?*, Paris, Médiaspaul, 2013, 143 p.

³ Barah MIKAÏL, « Dix ans après le « printemps arabe » : les recompositions géopolitiques du désordre moyen-oriental », *Revue internationale et stratégique*, 2021/1, n° 121, p. 141-149 ; Frédéric ENCEL, *Géopolitique du Printemps arabe*, Paris, PUF, 2014, 242 p.

⁴ Jean-Jacques LAVENUE (dir.), *E-révolutions et révolutions. Résistances et résiliences*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2016, 327 p.

⁵ Août 2020 et mai 2021.

⁶ Septembre 2021.

⁷ Janvier 2022.

peut entraîner un désordre et ainsi constituer une menace contre la paix et la sécurité¹.

En cas d'instabilité constitutionnelle résultant d'un changement illégal de pouvoir, la conférence est habilitée à prendre les sanctions fixées par l'article 45 du Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance. Elles sont prises surtout en cas de rupture de la démocratie par quelque procédé que ce soit et en cas de violation massive des droits de la personne². La conférence peut infliger, par graduation, les sanctions suivantes : « refus de soutenir les candidatures présentées par l'État membre concerné à des postes électifs dans les organisations internationales ; refus de tenir toute réunion de la CEDEAO dans l'État membre concerné ; suspension de l'État membre concerné de toutes les instances de la CEDEAO [...] »³.

Plusieurs grilles d'analyse inspirent ces dispositions. D'abord, l'article 45§1 n'est pas clair à souhait. Il contient les conditions de fond sur la base desquelles les sanctions sont déclenchées. La formulation peut prêter à confusion. La rupture de la démocratie et la violation massive des droits fondamentaux constituent-elles des conditions cumulatives ou alternatives ? À première vue, il peut sembler qu'il s'agirait de conditions cumulatives inclusives. Il semble cependant que les rédacteurs du protocole et les chefs d'État membres de la conférence, et au demeurant

¹ Au lendemain de la chute de Laurent Gbagbo, une période de désordre social et une montée de l'insécurité ont été observées. Cf. Henry YEBOUET, « La Côte d'Ivoire au lendemain de la crise post-électorale : entre sortie de crise politique et défis sécuritaires », *Sécurité et stratégie*, 2011/3, n° 7, p. 22-32.

² Protocole, art. 45, § 1.

³ Protocole, art. 45, § 2.

les professeurs Ismaïla Madior Fall et Alioune Sall¹, en aient une autre lecture. La pratique des sanctions donne de constater que la présence d'un seul critère déclenche la procédure des sanctions.

Ensuite, la réalité des sanctions apparaît comme méprisant la procédure de graduation. Ici encore, la pratique des sanctions montre que la conférence procède presque mécaniquement à la suspension de l'État aux activités de l'organisation. Il s'en faut cependant qu'une telle suspension n'ait pas d'incidence réelle sur les autorités arrivées au pouvoir par les voies non légales. Leur priorité ne serait pas de participer aux conférences diplomatiques communautaires, mais plutôt d'asseoir leur régime pour diriger le pays. La suspension les aide, au contraire, à ne pas affronter l'opprobre des autres dirigeants.

Par ailleurs, la suspension paraît dérisoire voire anecdotique dans la mesure où les contacts avec l'organisation ne sont pas totalement rompus. La suspension concerne la participation aux activités, sans affecter le paiement des cotisations dues par l'État durant la période. En d'autres termes, l'État suspendu continue de contribuer au budget de l'organisation. En plus, les missions de médiation dépêchées dans l'État sanctionné s'entretiennent avec les autorités dont la prise du pouvoir est rejetée. Sans vouloir arguer une légitimation des gouvernements vus ou perçus comme illégaux, les discussions avec lui le confortent dans sa posture d'autorité interlocutrice de l'organe communautaire². C'est sans

¹ Ismaïla Madior FALL, Alioune SALL, « Une constitution régionale pour l'espace CEDEAO : le protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance de la CEDEAO », *op. cit.*, p. 5.

² Le président de la transition, le colonel Assimi Goïta, avait été invité, par voie diplomatique, à prendre part, en sa qualité de chef de l'Etat malien, au sommet extraordinaire de la CEDEAO tenu le 25 mars 2022 à Accra. Cf. ECW/REL/092/DMNV/004g/vam

doute pour cette raison que la Conférence tente d'impartir un délai relativement court pour une transition, à l'expiration duquel des élections démocratiques doivent être organisées.

Or justement, la pression exercée sur les pouvoirs, considérés comme illégaux, produit un effet contraire. La précipitation qui caractérise l'œuvre de rétablissement de l'ordre constitutionnel ne garantit pas des élections démocratiques, entendues comme transparentes, sincères et non violentes. L'exemple de la Côte d'Ivoire en 2000 en est une illustration¹.

Au surplus, en quoi un gouvernement établi à la suite d'élections particulièrement contestables, ou par un remplacement présidentiel à la togolaise² et à la tchadienne³, serait plus légitime et apte à gouverner que

¹ Le Comité national de salut public (CNSP), autorité militaire ayant fait le coup d'État en décembre 1999, et exerçant le pouvoir, a organisé des élections présidentielles au bout de 10 mois de transition sous la pression interne, communautaire et internationale. Elles se sont déroulées dans un contexte de tension, des candidats ont été évincés, le scrutin a été émaillé de violences. Une crise post-électorale a éclaté parce que les deux candidats du second tour revendiquaient chacun la victoire finale.

² À la mort du président Gnassingbé Eyadema, survenue le 5 février 2005, une révision constitutionnelle a été opérée le lendemain, pour permettre à son fils d'assurer l'intérim, au détriment du président de l'Assemblée nationale. Voir Liva Djacoba TEHINDRAZANARIVELO, « Les sanctions de l'Union africaine contre les coups d'État et autres changements anticonstitutionnels de gouvernement : potentialités et mesures de renforcement », *Annuaire africain de droit international*, 2006, p. 275-276. Ce procédé a été qualifié de « dauphinat express » par l'effet « d'un tour de passe-passe constitutionnel et d'élections précipitées ». Cf. Joseph OWONA, *Droits constitutionnels et institutions politiques du monde contemporain*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 712.

³ Le 20 avril 2021, le président du Tchad, maréchal Idriss Déby Itno, trouve la mort des suites des blessures occasionnées par des balles d'armes à feu alors qu'il se trouvait au front, à combattre les rebelles au nord du pays. Dès l'annonce de ce

celui qui accède au pouvoir par une révolution populaire présentée comme un coup d'État ? Par ailleurs, un départ doit être effectué entre les considérations d'ordre interne et celles d'ordre international. En effet, autant le droit national, en particulier le droit constitutionnel, régleme les modes d'accession au pouvoir, autant le droit international est indifférent à la méthode de prise de pouvoir. C'est en cela que le professeur Jean d'Aspremont a pu écrire que le coup d'État n'est pas frappé d'illégalité internationale¹. Le professeur Sayeman Bula-Bula est très circonspect à l'égard de la notion non définie et indéfinie de « gouvernement anticonstitutionnel » aux contours élastiques². Si bien que le professeur Joseph Kazadi Mpiana affirme que « les changements anticonstitutionnels qui s'opèrent pour évincer des gouvernements non

décès, le pouvoir a été récupéré par son fils, le général Mahamat Idriss Déby, adoubé par le Conseil militaire de transition (CMT) qu'il dirige (voir décret n° 001/CMT/PCMT/2021 du 20 avril 2021). Or selon l'art. 82 de la Constitution du 4 mai 2018, telle que révisée par la loi constitutionnelle du 14 décembre 2020, en cas de vacance de la présidence de la République, l'intérim est assuré par le président du Sénat. Mais de façon transitoire jusqu'à l'installation du Sénat, il revenait au président de l'Assemblée nationale d'assurer cet intérim.

Sur le processus de succession, voir Jérôme TUBIANA, « Le Tchad sous et après Déby : transition, succession ou régime d'exception ? », *Politique africaine*, 2021/4, n° 4, p. 134-135.

¹ Jean D'ASPREMONT, « La licéité des coups d'État en droit international », in SFDI, *L'État de droit en droit international*, Actes du 42^e colloque de la SFDI, Université Libre de Bruxelles, 5-7 juin 2008, Paris, Pedone, 2009, p. 134.

² Sayeman BULA-BULA, « Mise hors-la-loi ou mise en quarantaine des gouvernements anticonstitutionnels par l'Union africaine », *Annuaire africain de droit international*, 2003, p. 51-52.

démocratiques élus ou autoritaires ne sont pas prohibés par l'UA »¹. Il semble que les changements anticonstitutionnels qui ont eu lieu en Afrique de l'ouest ont permis de mettre fin à plusieurs régimes autoritaires ou non démocratiques. Ainsi, le fait pour la conférence d'exiger le rétablissement de tels gouvernements serait contraire au principe de bonne gouvernance et de démocratie qu'elle voudrait voir appliquer. Les sanctions politiques qu'elle décrète ne permettent pas non plus d'instaurer un État de droit. De même, les sanctions économiques infligées à l'encontre des États apparaissent régressives.

2. Des sanctions économiques régressives

La CEDEAO a prévu des sanctions d'ordre économique à l'effet de contraindre les États fautifs de violation des obligations internationales liées à la démocratie et à l'État de droit. En complément de l'article 45 du protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance, elle a adopté un acte additionnel portant régime des sanctions². Aux termes de l'article 6 de l'acte additionnel, la CEDEAO est amenée à prononcer les sanctions à caractère économique suivantes : « la suspension de l'octroi de tout nouveau prêt ou de toute nouvelle assistance par la Communauté ; la suspension de décaissement pour tous les prêts, pour tous les projets ou les programmes d'assistance communautaire en cours ; le gel des avoirs financiers ; l'embargo sur les armes à destination de l'État membre concerné ». Ces sanctions entrent dans la catégorie visant « la création au

¹ Joseph KAZADI MPIANA, « L'Union africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement », *Revue québécoise de droit international*, 2012, n° 2, vol. 25, p. 113.

² Acte additionnel A/SA.13/02/12 du 17 février 2012 portant régime des sanctions à l'encontre des États membres qui n'honorent pas leurs obligations vis-à-vis de la CEDEAO.

sein des États membres et à l'échelle régionale, d'une atmosphère de paix véritable et durable, dénuée de toute menace ou atteinte à l'ordre constitutionnel »¹.

Il faut s'interroger sur la pertinence des sanctions économiques au regard non seulement de leur impact sur les États concernés, relativement à leur population, mais également à l'égard du projet d'intégration poursuivi par la CEDEAO.

Primo, le doute n'est pas permis de ce que les conséquences des sanctions pèsent d'abord sur la population. Pour faire nôtres les analyses de Paul Tavernier, au sujet des sanctions économiques infligées par le Conseil de sécurité, « l'État apparaissant comme une entité abstraite, ce sont les personnes, les individus, les femmes et les hommes, qui sont effectivement atteints par de telles mesures »². Les sanctions entrent, dès lors, en collision avec les droits de l'homme particulièrement les droits

¹ *Idem*, art. 2, § 1.

² Paul TAVERNIER, « Sanctions économiques et droits de l'homme », in Paul TAVERNIER (dir.), *Nouvel ordre mondial et droit de l'homme*, Paris, Ed. Publisud, 1993, p. 21.

civils et politiques¹, économiques et sociaux² et même ceux de la troisième génération³.

Le cas récent malien et celui ivoirien relativement ancien viennent corroborer les développements que voilà. Au Mali, un coup d'État a été perpétré le 28 mai 2021, par le colonel Assimi Goïta, qui a renversé le président par intérim, Bah N'Daw, assurant une transition ouverte à l'issue d'un premier coup d'État intervenu en août 2020. Face au refus des nouvelles autorités maliennes de produire un chronogramme de sortie de crise acceptable pour la CEDEAO⁴, elle décide, en collaboration avec l'UEMOA⁵, le 9 janvier 2022 au sommet d'Accra, d'imposer des sanctions économiques et financières. Elles concernent, entre autres, le rappel des ambassadeurs accrédités au Mali, la fermeture de toutes les frontières avec la CEDEAO, la suspension des transactions commerciales et

¹ Farideh SHAYGAN, *La compatibilité des sanctions économiques du Conseil de sécurité avec les droits de l'homme et le droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 220. L'auteur soutient que les sanctions économiques privent les populations du droit à la vie et mettent en cause le droit à ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Sur ce dernier point, il égrène un certain nombre de souffrances physiques et psychiques subies par les personnes du fait des pénuries occasionnées par les sanctions.

² *Idem*, p. 237. Les droits concernés sont le droit à la santé, à la nourriture, à l'éducation, au travail ...

³ *Idem*, p. 260. L'auteur explique que sont affectés le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et le droit au développement. Voir aussi Paul TAVERNIER, « Sanctions économiques et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 42.

⁴ Un premier chronogramme avait été proposé par les nouvelles autorités militaires, qui prévoyait une période transition de 6 ans et demi. A l'issue des assises nationales de la refondation (ANR), il a été retenu une transition de 5 ans et demi.

⁵ UEMOA, Session extraordinaire, Communiqué final, 9 janvier 2022.

financières (à l'exception des produits alimentaires de grande consommation, des produits pharmaceutiques et autres), le gel des avoirs du Mali dans les banques centrales et dans les banques commerciales, la suspension de toute assistance et transaction financières¹.

En Côte d'Ivoire, le refus de Laurent Gbagbo de céder le pouvoir à Alassane Ouattara à l'issue des élections présidentielles de novembre 2010 a ouvert la voie à des sanctions similaires. Elles avaient pour objet de geler les avoirs de l'État ivoirien à la BCEAO, d'instaurer un embargo sur les importations de plusieurs produits.

Les sanctions sont destinées à punir l'État et à l'inciter à se conformer à ses obligations conventionnelles, donc à corriger son comportement². Si elle est un élément constitutif et indissociable de l'État, la population est, néanmoins, à distinguer des autorités de l'État. En appliquant des mesures d'embargo et la suspension des transactions commerciales et financières à l'encontre de l'État, la Conférence vise indistinctement les autorités et la population. Dans ce cas de figure, elle manque de discernement dans l'application des sanctions et se met dans une posture de « respect cosmétique en effet miroir »³ relativement aux droits de l'homme.

Secundo, les sanctions économiques sinon anéantissent à tout le moins ralentissent l'économie des États visés. Leur développement s'en trouve

¹ CEDEAO, Communiqué final, 9 janvier 2022, § 9.

² Paul TAVERNIER, « Sanctions économiques et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 21.

³ Jean-Marc SOREL, « Institutions économiques internationales et droit international des droits de l'homme : un respect cosmétique en effet miroir », in SFDI, *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Actes de la Journée d'études de Strasbourg, Paris, Pedone, 2009, p. 35-56.

ainsi affecté. Or, une organisation à vocation économique ne tient sa raison d'être que si les États sont en pleine croissance économique et que la population a un niveau de vie élevé¹. Dans l'hypothèse que les sanctions atteignent leur objectif de paralyser l'économie du pays ciblé, il est fort à craindre que l'onde choc irradierait l'ensemble des États de la sous-région en raison de l'interdépendance et de l'interpénétration des marchés. Les sanctions écopées par la Côte d'Ivoire en 2011 ont été de nature à engendrer des difficultés économiques dans la plupart de ses pays limitrophes. L'intégration économique prônée par la CEDEAO s'en est trouvée freinée, perturbée et l'intégration a connu une pondération certaine.

Relativement au cas du Mali, cet État a intenté un recours devant la Cour de justice de l'UEMOA aux fins de sursis à exécution des sanctions à lui infligées. Il a allégué, au moyen de sa défense, que celles-ci sont « d'une extrême lourdeur à l'encontre du Mali et sont dommageables à plus d'un titre et qu'elles constituent un frein à la libre circulation des capitaux, des biens, des services et des personnes et s'analysent en une arme efficace pour asphyxier économiquement et financièrement le Mali, pays enclavé sans accès au littoral dont le commerce dépend grandement des ports de ses pays frontaliers membres de l'UEMOA avec lesquels il ne peut désormais plus échanger alors même que plusieurs conventions internationales lui garantissent ce droit »². La Cour a, dès lors, ordonné de surseoir à l'exécution de la décision querellée au motif que celle-ci est de

¹ Younoussi TRAORE, « Le processus de l'intégration économique et monétaire en Afrique de l'Ouest », in SANANKOUA Bintou (ed.), *Les États-nations face à l'intégration régionale en Afrique de l'Ouest. Le cas du Mali*, Paris, Karthala, 2007, p. 98.

² Cour de justice de l'UEMOA, ordonnance n° 06/2022/CJ du 24 mars 2022, *État du Mali c/ Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'UEMOA*.

nature à entraîner pour le Mali un risque de dommage qui ne pourrait être réparé¹.

Conclusion

En définitive, il apparaît qu'une évolution de la notion d'État de droit semble en cours en Afrique en général et particulièrement en Afrique occidentale. La réfutation entretenue par la doctrine classique d'une inexistence *de lege lata* de l'État de droit à l'échelle internationale² et africaine³ est aux antipodes de l'affirmation de la présence d'un ordre juridique communautaire intégrant la notion dans un bloc constitutionnel régional⁴. La témérité de la CEDEAO⁵ vient de ce qu'elle s'érige en garante des obligations internationales souscrites par ses États membres. Ceux-ci sont soumis au contrôle de celle-là. Cette acception est d'autant plus valable lorsqu'il est considéré l'ordre continental qui, sur le fondement du droit international africain, entreprend des actes relevant de « l'exercice des droits souverains de l'État dont le mode de changement de gouvernement a été jugé non conforme au droit de

¹ *Idem*.

² Olivier CORTEN, « Rapport général. L'État de droit en droit international : quelle valeur juridique ajoutée ? », in SFDI, *L'État de droit en droit international*, *op. cit.*, p. 11-40.

³ Armel LALI, « La perception de l'État de droit dans le droit et la pratique de l'Union africaine », in SFDI, *L'État de droit en droit international*, *op. cit.*, p. 287-300.

⁴ Ismaïla Madior FALL, Alioune SALL, « Une constitution régionale pour l'espace CEDEAO : le Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance de la CEDEAO », *op. cit.*, p. 1-7.

⁵ *Idem*, p. 4.

l'Union africaine et aux dispositions pertinentes qui s'y appliquent »¹. L'office incitatif du juge communautaire, ramolli par la charge prétorienne des États, doit toutefois gagner ses lettres de noblesse au prix d'un activisme avant-gardiste.

¹ Blaise TCHIKAYA, *Le droit de l'Union africaine. Principes, institutions et jurisprudence*, Paris, Berger-Levrault, 2014, p. 189.

**LA TRANSPARENCE DE L'ACTION ADMINISTRATIVE AU MALI :
DE L'ADMINISTRATION DEMOCRATIQUE A LA DEMOCRATIE
ADMINISTRATIVE.**

**Abraham BENGALY,
enseignant-chercheur,
Faculté des sciences administratives et politiques.**

Résumé : À un moment où la désinformation circule au sein des médias sociaux et où les populations croient de moins en moins en la gouvernance, la transparence de l'action administrative devient un levier pour reconstruire la confiance des citoyens aux institutions. C'est dans ce cadre que s'inscrit la présente réflexion sur la transparence de l'action administrative à l'aune de la démocratie.

En effet, grâce au processus de démocratisation, enclenché en 1991, l'extension de la démocratie à la sphère administrative s'est effectuée au Mali favorisant ainsi l'émergence d'une administration démocratique. La mise en œuvre de la décentralisation ainsi que l'ouverture de l'administration aux citoyens ont offert l'opportunité de rendre l'administration plus démocratique. Ce processus de démocratisation administrative s'est renforcé à travers l'adoption des textes législatifs novateurs et la mise en place d'un dispositif institutionnel de contrôle.

Toutefois, malgré ces avancées, un certain nombre de mesures s'avère nécessaire pour consolider ce processus notamment : l'adoption d'un code des relations entre le public et l'administration et l'accroissement de la

transparence dans le système de passation des marchés publics et délégation des services publics.

Par ailleurs, avec l'adhésion volontaire du Mali aux instruments internationaux et régionaux de promotion de la bonne gouvernance, on a pu assister à partir de 2001 à l'avènement d'une démocratie administrative. Au nombre de ces engagements figurent : la déclaration sur la gouvernance démocratique, politique, économique et des entreprises qui a fait l'objet d'un mémorandum d'entente relatif au mécanisme africain d'évaluation par les pairs (MAEP), la charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, l'initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE) ainsi que les diverses directives de l'Union économique et monétaire Ouest Africaine (UEMOA) qui ont été transposées dans l'ordre juridique interne notamment le Code de transparence dans la gestion des finances publiques.

Nonobstant ces acquis majeurs, certains défis importants persistent face à l'exigence de transparence de l'action administrative. Le premier défi est la promotion de la transparence publique qui passe nécessairement par l'effectivité de la politique nationale de transparence et la création d'une structure indépendante, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique. Le second défi est la consolidation de la transparence de l'action publique qui nécessite une stratégie d'ouverture du Gouvernement et une participation plus active des citoyens à l'action publique.

Mots clés : Administration, Démocratie, Transparence, Action publique, Vie publique

La question de la transparence de l'action publique est devenue récurrente, au cours des dernières décennies, dans de nombreux pays à travers le monde. Lorsqu'on parle de transparence, on veut dans la

plupart des cas faire état de la possibilité pour les administrés d'accéder à l'information administrative. De nos jours, cette possibilité s'est transformée en une nécessité créant de nouveaux droits des administrés¹ devenant ainsi une exigence de la démocratie².

En effet, au cours des dernières années, de nouvelles pratiques démocratiques ont vu le jour au sein des administrations. Certaines relèvent de ce que l'on peut qualifier d'« administration démocratique » en ce qu'elles contribuent à l'amélioration des relations entre l'administration et les administrés³. D'autres qu'on pourrait désigner sous le vocable de « démocratie administrative » relèvent davantage d'une démarche d'appropriation de la part des administrés et se traduisent notamment par une demande accrue de transparence et d'accessibilité laquelle témoigne de la volonté des citoyens de pouvoir bénéficier des droits réels et mobilisables dans leurs rapports à l'administration⁴.

Engagé dans la voie de la démocratisation, le Mali entama, à partir de 1991, un vaste chantier de modernisation de son administration afin de la rendre plus efficace et transparente. Cette poussée de démocratisation va contribuer à infléchir les principes de son organisation et de son fonctionnement.

Ce processus entraîna l'éclosion de diverses organisations de la société civile, des médias et mouvements socio-politiques. Ces acteurs ont exercé

¹ Y. JEGOUZO, *Le droit à la transparence administrative*, EDCE, 1991, n° 13 p. 199.

² V. sur ce point, Rapport 1995 du Conseil d'Etat, *La transparence de la vie juridique et administrative : progrès et limites*, EDCE 1996, n° 47, p. 13.

³ V. sur ce point Jean Jacques CHEVALIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », in *Revue Française de l'Administration publique* n° 137-138.

⁴ *Ibid.*

au fil du temps une pression plus ou moins active sur l'Etat face aux insuffisances observées dans la prestation des services et la production de résultats sur le bien-être des populations.

Sous l'influence du syndicalisme dans la fonction publique, pour qui le fonctionnaire doit être considéré désormais, non comme un « sujet » mais comme un « citoyen » à qui doivent être reconnus certains droits, on a assisté à l'avènement d'une administration démocratisée. Dans le même temps, les relations entre l'administration et les administrés, reposant sur l'idée d'assujettissement, connaîtra lui aussi un net infléchissement, du fait du développement, non seulement de circuits de communication et de dispositifs de *consultation*, mais encore de procédés nouveaux d'incitation par lesquels l'administration, au lieu d'ordonner, d'imposer, d'enjoindre, cherche à convaincre, persuader et séduire faisant des décisions administratives le produit d'un processus inclusif¹.

Comme l'affirmait Jean Rivero, *rien ne s'opposait à ce que désormais dans l'action administrative, une place soit donnée à certaines formes d'explication et de participation, c'est-à-dire à certaines formes d'inspiration démocratique*².

Au « modèle bureaucratique » systématisé par Max Weber³ s'est substitué progressivement le « modèle participatif », celui d'une

¹ V. sur ce point, Bruno DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'une conception », in *Revue Française de l'administration publique* n° 137 et 138, p. 23

² Jean RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 821-833.

³ Pour Max Weber, la bureaucratie est une forme d'organisation générale caractérisée par la prépondérance des règles et de procédures qui sont appliquées de façon impersonnelle par des agents spécialisés. Ces agents appliquent les règles sans discuter des objectifs ou des raisons qui les fondent. Ils doivent faire

« administration démocratique », reposant sur la participation de tous (fonctionnaires comme administrés) à la prise des décisions et à la marche des services publics¹.

En optant pour une « bonne administration » mettant la satisfaction de l'administré au cœur de la logique d'action administrative, une profonde modification s'est opérée dans la manière dont la relation entre « administration » et « démocratie » était traditionnellement pensée. En conséquence, l'administration n'était plus appelée à se démocratiser mais à devenir le fer de lance et le vecteur d'une reformulation et d'un approfondissement de la logique démocratique².

La recherche de cet idéal démocratique poussa les décideurs à faire en sorte que le citoyen comprenne le travail de l'administration et qu'il y soit associé, le tout dans le but de lui faire accepter les décisions que l'administration est appelée à prendre dans le cadre de l'exercice des pouvoirs qui lui sont confiés. Dès lors on a pu parler de démocratie administrative qui selon Jean Jacques Chevalier : « suppose en tout premier lieu que les administrés puissent se prévaloir vis-à-vis de l'administration d'un ensemble de droits, véritables « droits-créances » qui leur confèrent un pouvoir d'exigibilité par rapport aux services et tendent au rééquilibrage de la relation administrative. »³

preuve de neutralité et oublier leurs propres intérêts personnels au profit de l'intérêt général, voir sur ce point, Jean-Yves CAPUL et Olivier GARNIER, *Dictionnaire d'Économie et de Sciences sociales*, Paris, Hatier, 2015, 696 p. (ISBN 978-2-218-99196-7).

¹ Jean Jacques CHEVALLIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », in *Revue française d'administration publique* 2011/1-2 (n° 137-138), p. 217 à 227.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

Ce que soutient Benoît Plessix, en affirmant : « la démocratie administrative est conçue comme un régime politique où les citoyens sont étroitement associés à l'élaboration des décisions administratives, avec pour vecteur d'information la communication effectuée en leur direction. Ainsi, l'administration est encouragée à s'entretenir avec les administrés et doit leur donner les moyens de connaître et comprendre ses décisions »¹.

Ainsi définie, la « démocratie administrative », impliquerait d'abord, la transparence, qui permet à l'administré d'exiger de l'administration qu'elle informe, qu'elle s'explique, qu'elle ne se retranche pas derrière le secret et l'opacité dans ses processus décisionnels. D'origine étrangère, le concept de « démocratie administrative » n'en exerce pas moins une influence sur le droit administratif². Le droit positif malien n'en fait pas exception. En effet depuis les années 1980, certains chercheurs avaient amorcé la réflexion sur l'apport de la démocratie administrative au droit administratif malien³.

Toutefois, il a fallu attendre ces dernières décennies, pour voir émergée, la volonté du législateur de renforcer les droits fondamentaux

¹ Benoît PLESSIX : Décision administrative et démocratie administrative, in *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 56, 1/2019. str. 79, 80.

² Pour le professeur Benoît PLESSIX, le concept de démocratie administrative est étranger aux préoccupations traditionnelles du droit administratif français. Il est plus familier des droits étrangers, anglo-saxons notamment, mais aussi des régimes juridiques applicables dans les pays qui ont accédé plus récemment à la démocratie libérale, comme l'Espagne, le Portugal ou les anciens satellites de l'ex-Union soviétique, V. Benoît PLESSIX : Décision administrative et démocratie administrative, *op. cit.*, p. 79.

³ Voir sur ce point les travaux de Noel DIARRA, *La situation de l'individu face à l'administration malienne*, Etude administrative et constitutionnelle, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, soutenue le 6 mai 1980 à l'Université Paris X, p. 171.

des administrés à travers l'adoption des textes législatifs et réglementaires dans le but d'améliorer les relations entre les citoyens et l'administration¹.

Cependant, l'adoption des lois et règlements n'est qu'une première étape car il faudrait instaurer une véritable culture d'ouverture dans l'administration surtout à un moment où la désinformation circule au sein des médias sociaux et où les citoyens croient de moins en moins en leur gouvernance.

C'est dans ce cadre que s'inscrit la présente réflexion sur la transparence de l'action administrative à l'aune de l'extension de la démocratie à la sphère administrative ayant favorisé d'une part l'émergence d'une administration démocratique qui aspire à être consolidée **(I)** et d'autre part l'avènement d'une démocratie administrative qui nécessite d'être renforcée **(II)**.

¹ Les récentes évolutions législatives notamment l'adoption de la loi portant approbation du Code de transparence dans la gestion des finances publiques constituent une avancée dans la mesure où elles anticipent la nécessité d'un changement d'orientation vers la transparence de la vie publique. S'agissant d'un dispositif juridique global, cohérent et ciblant spécifiquement la promotion de la transparence dans la vie publique, très peu des textes actuellement en vigueur satisfont à cette nécessité, à l'exception de quelques-uns abordant la question de façon sommaire ou indirecte : la loi n° 98-012 organise quant à elle les relations entre l'administration et les usagers, se rapprochant ainsi des problématiques de transparence telles que traitées dans le présent document de politique. Mais sa mise en application a été ralentie par la prise relativement tardive de ses textes d'application (décret pris en 2003, soit cinq années après promulgation de la loi). La « loi n° 2013-031 portant approbation du Code de transparence dans la gestion des finances publiques » et la « loi n° 2014-015 portant prévention et répression de l'enrichissement illicite » du 27 mai 2014 constituent la pièce maîtresse du dispositif juridique en matière de transparence de la vie publique.

I. Une administration démocratique à consolider

L'évolution, pour plus de transparence dans la vie publique, amorcée depuis l'avènement de la démocratie en 1991 s'est poursuivie avec une remarquable constance. On a pu observer l'accroissement de l'exigence des citoyens sur l'amélioration de la transparence de l'action administrative (A) et la redevabilité des responsables publics en leur qualité de porteurs d'obligation à travers le contrôle de l'action administrative (B).

A. L'amélioration de la transparence de l'action administrative

La loi n ° 98-012 du 19 janvier 1998 régissant les relations entre l'administration et les usagers des services publics a fait sortir l'administré de sa condition d'assujéti pour le placer dans une situation de relation plus équilibrée avec l'administration. Grâce à cette loi, l'administré dispose, désormais, du droit à l'information administrative (1) et du droit à la transparence des réponses fournies par l'administration (2).

1. Le droit à l'information administrative

Le manque d'information donne libre cours à la rumeur qui entretient un climat de suspicion pouvant entamer la crédibilité de l'action publique. C'est ainsi que le déficit de communication a été à l'origine de certaines difficultés dans les relations entre l'administration et les usagers notamment les opérations de contrôle physique des fonctionnaires, le recensement à vocation électorale et d'autres opérations similaires.¹

¹ Salifou MAIGA, *Les relations entre l'administration et les usagers*, Communication à l'occasion de la Table ronde organisée par le Commissariat au développement Institutionnel, CDI, 2016.

La loi n° 98-012 du 19 janvier 1998 régissant les relations entre l'administration et les usagers des services publics a institué la liberté d'accès aux documents administratifs mettant fin à la culture du secret qui caractérisait les travaux de l'administration. Les administrés ont alors acquis le droit de se faire communiquer des documents administratifs de caractère non nominatif émis par une autorité administrative de l'Etat : rapports, études, comptes rendus, statistiques, directives, instructions ou circulaires qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives¹.

Comme on le voit, l'accès à l'information constitue un moyen permettant de construire une opinion publique informée des actes accomplis par l'Administration publique. Il répond à un nombre d'impératifs majeurs notamment la possibilité à tout citoyen qui le souhaite de s'informer et de se faire une opinion sur les politiques publiques, les programmes, les actes administratifs et de gestion des ressources humaines. Ce faisant, il peut être en mesure de juger par lui-même la gestion des affaires publiques et sera moins soumis aux rumeurs et autres manipulations².

C'est dans ce cadre que s'inscrit la publication des actes administratifs qui est une opération matérielle ayant pour objet de porter un texte à la connaissance de ceux qu'il oblige (affichage, diffusion par voie orale, soit par notification ou tout autre moyen d'information)³ En effet,

¹ Loi n° 98-012 du 19 janvier 1998 régissant les relations entre l'administration et les usagers des services publics, article 12.

² L'accès à l'information permet aussi à la société civile de jouer son rôle de contre-pouvoir en mettant à sa disposition en temps réel les informations nécessaires à une bonne appréciation de l'état de mise en œuvre des politiques publiques ainsi que leurs résultats et impact.

³ Article 19 du décret n° 03-580/P-RM du 30 décembre 2003.

l'administration a l'obligation de publier régulièrement « les directives, instructions, circulaires ministérielles et notes qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures et finalités administratives de nature à intéresser les usagers du service public.

Dans le cadre de l'accès à l'information, la loi n° 2016-012 du 6 mai 2016 relative aux transactions, échanges et services électroniques encadre la mise en ligne des informations publiques par l'Etat, les collectivités territoriales et toute personne de droit public ou de droit privé chargée de la gestion d'un service public. Cette loi a créé les conditions d'une administration électronique avec la mise en place du site des démarches administratives¹ ainsi que des logiciels de gestion électronique des courriers administratifs².

Cette loi a créé les conditions pour une administration électronique avec la mise en place du site du secrétariat général du gouvernement qui donne accès au *Journal officiel de la République du Mali* par voie électronique et permet d'accéder de manière libre et continue à l'ensemble des textes nationaux ou internationaux applicables au Mali³.

En outre, les documents administratifs à caractère financier sont régulièrement publiés sur le site internet dédié à la transparence budgétaire initié dans le cadre de la mise en œuvre des activités à

¹ Ce site contient les démarches administratives courantes relatives aux actes d'état civil, au foncier, à la circulation routière, aux impôts etc.

² Une application a été mise en place par l'AGETIC pour une meilleure gestion des courriers arrivée et départ qu'ils soient ordinaires ou confidentiels. Il s'agit d'EGESCO qui offre les fonctionnalités notamment l'enregistrement d'un courrier et de ses pièces jointes etc.

³ Le site du secrétariat général du gouvernement est www.sgg.org

résultats rapides du projet relatif à « l'initiative de renforcement du Budget –BSI » de l'Overeas Development Institute (ODI)¹.

La publication, dans les délais appropriés, d'informations sur la gestion des affaires publiques est une obligation légale de l'administration publique². A cet effet, le Code de transparence dans la gestion des finances publiques requiert une information régulière du public sur les grandes étapes de la procédure budgétaire et leurs enjeux économiques, sociaux et financiers dans un souci de pédagogie et d'objectivité. Il encourage la presse, les partenaires sociaux et d'une façon générale tous les acteurs de la société civile à participer à la diffusion des informations sur la gouvernance et la gestion des finances publiques. Enfin, le Code requiert que l'ensemble des informations et documents relatifs aux finances publiques doivent être publiés sur le site internet dès qu'ils sont disponibles.

Par ailleurs, le développement du système d'information sur les titres fonciers de l'immobilier (SITFI) en cours, viendra renforcer le dispositif d'accès à l'information administrative dans le domaine domanial et foncier³. S'agissant du régime de l'accès aux documents administratifs, si le principe est la reconnaissance de ce droit, l'administration pourrait refuser exceptionnellement de donner accès à des documents dont la

¹ Institut de développement d'outre-mer, est un groupe de réflexion indépendant de premier plan sur le développement international et les questions humanitaires. Sa mission est d'inspirer et d'éclairer les politiques et les pratiques qui conduisent à la réduction de la pauvreté, à l'atténuation de la souffrance et à la réalisation de moyens de subsistance durables dans les pays en développement. C'est une plateforme l'élaboration de politiques fondées sur des données probantes. V. également Rapport 2020 de mise en œuvre du CREDD (2019-2023) p. 25.

² V. sur ce point, le Code de transparence dans la gestion des finances publiques 6.1.

³ *Rapport 2020 de mise en œuvre du CREDD (2019-2023), op. cit.*

communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical¹ et au secret en matière commerciale et industrielle. Ce refus pour être élargi, dans certaines conditions, aux documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte au secret des délibérations du gouvernement, au secret de la défense nationale ou de la politique extérieure, à la sûreté de l'Etat et à la sécurité publique, de même les documents utilisés dans une procédure juridictionnelle, à la recherche d'infractions fiscales et douanières ou d'une façon générale aux informations protégées par la loi².

La reconnaissance d'un droit à l'information en faveur de l'administré modifie profondément la nature des relations avec l'administré. Elle représente, selon Jean Jacques Chevalier : « un changement qualitatif par rapport à la politique d'information et de diffusion déployée à l'initiative des services »³. Ainsi, les administrés peuvent désormais se prévaloir de dispositions juridiques explicites et positives recourir à des procédures précises pour obtenir les informations qu'ils souhaitent. Doté de ressources informationnelles nouvelles, l'administré qui a acquis un droit à la transparence a désormais un regard sur un appareil dont il peut connaître les faits et gestes.

¹ Le secret médical ne devrait pas être confondu aux données de santé dont l'accès est libre.

² Ces documents, limitativement énumérés, tombent en conséquence, sous le fait de différentes mentions de protection s'échelonnant de « très secret défense » à « diffusion restreinte ».

³ Jean-Jacques CHEVALIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », in *Revue Française de l'Administration publique* n° 137-138 *op cit.*

2. Le droit à la transparence des réponses fournies par l'administration

En principe, les usagers des services publics ont le droit d'être informés des motifs des décisions administratives ou collectives défavorables qui les concernent¹. L'administration dispose d'un mois pour répondre à la demande de communication. Passé ce délai, l'administré peut considérer que sa demande est refusée. Dans ce cas il dispose des voies de recours. Il peut attaquer cette décision devant la juridiction administrative ou éventuellement saisir une structure non juridictionnelle².

Dans tous les cas, l'obligation de motivation s'applique aux décisions qui infligent une sanction, retirent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir. Elle s'applique aussi aux décisions qui subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent une sujétion à celles qui retirent ou abrogent une décision créatrice de droits et celles qui opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance.

La motivation doit être écrite et comportée l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent les fondements de la décision³. Lorsque l'urgence a empêché qu'une décision soit motivée, le défaut de motivation n'entache pas d'illégalité cette décision. Toutefois, l'autorité qui a pris la

¹ Article 7 de la loi n° 98 - 012 du 19 janvier 1998 régissant les relations entre l'administration et les usagers des services publics.

² On note l'absence d'autorité administrative indépendante à l'instar de la commission d'accès aux documents administratifs (CADA) en France qui peut être saisie par un administré dans un délai de deux mois à compter de la notification du refus.

³ Article 9 al. 2. Décret n° 03-580/P-RM du 30 décembre 2003.

décision est tenue, dans un délai d'un mois, d'en communiquer les motifs à l'intéressé qui en fait la demande¹.

L'obligation de motiver une décision ne peut porter atteinte aux dispositions des textes législatifs interdisant la divulgation ou la publication de faits couverts par le secret.

Chaque administré a le droit de demander un nouvel examen de sa demande lorsque la réponse qui lui a été apportée ne le satisfait pas. S'il demande un nouvel examen à l'autorité qui a pris la décision, il forme un recours gracieux. S'il demande ce nouvel examen à l'autorité supérieure, il forme un recours hiérarchique. Il peut exercer son droit au recours juridictionnel en particulier le recours pour excès de pouvoir qui vise à demander au juge de prononcer l'annulation totale ou partielle d'un acte administratif.

A l'analyse, la loi n° 98-012 du 19 janvier 1998 régissant les relations entre l'administration et les usagers des services publics a représenté une avancée certaine pour l'Etat de droit en instaurant l'obligation pour l'administration de répondre à toute demande écrite d'un citoyen et dans des délais bien déterminés, d'organiser l'accueil et l'information des usagers, de motiver ses actes, ses décisions notamment en cas de rejet d'une demande, de mettre certains documents à la disposition du citoyen à sa demande. En outre les voies de recours ont été traitées et des précisions supplémentaires ont été données²

Malgré ces avancées, il faut souligner que cette loi outre l'adoption tardive de ses textes d'application est inspirée d'une approche relativement ancienne et en conséquence ne prend pas en compte les questions et préoccupations actuelles. A titre d'exemple, la terminologie

¹ Article 26. Décret n°03-580/P-RM du 30 décembre 2003.

² Il s'agit entre autres du recours gracieux, du recours hiérarchique, du recours devant toute autre institution ou organe et du recours juridictionnel.

utilisée dans ce texte apporte la preuve du caractère relativement ancien de son esprit, car on y fait référence aux « actes administratifs » et non aux « documents officiels » d'acception plus large. Ainsi le texte laisse entendre que tout « document administratif » découlerait d'une interprétation du « droit positif », ce qui semble restreindre le champ des documents accessibles au public essentiellement aux actes de portée juridique¹.

Par ailleurs, tombent sous le sceau du secret et de la confidentialité, une bonne quantité de domaines dans lesquels les informations produites ne semblent pas justifier une telle restriction. Le texte aurait pu par exemple éviter de poser un « principe de réserve » dans ses nombreux domaines, pour véritablement prendre en compte le souci de transparence, dont la première condition est le devoir d'ouverture de l'administration aux citoyens.

Par ailleurs, plusieurs dispositions de la loi n° 98-012 du 19 janvier 1998, reprises par le décret n° 03-580/P-RM du 30 décembre 2003 fixant les modalités de son application constituent des dispositions itératives². Compte tenu de tout ce qui précède, et au regard de l'évolution du cadre juridique et institutionnel, il serait souhaitable de remplacer la loi régissant les relations entre l'administration et les usagers des services publics par un Code des relations entre le public et l'administration qui

¹ Article 11 de décret n° 03-580/P-RM du 30 décembre 2003, *op. cit.*

² En récapitulant, 12 des 24 articles de la loi régissant les relations entre l'administration et les usagers des services publics sont reprises dans les 33 articles du décret n° 03-580/P-RM du 30 décembre 2003 fixant les modalités d'application. Autrement dit plus du tiers des articles du décret d'application constituent des dispositions itératives. V. sur ce point *Les relations entre l'administration et les usagers*, Communication à l'occasion de la table ronde organisée par le Commissariat au développement institutionnel, CDI, 2016.

intégrera l'ensemble des préoccupations relatives à la transparence de l'action administrative ¹.

B. Le contrôle de la transparence de l'action administrative

Le Mali a enregistré des progrès dans le domaine du contrôle de la transparence de l'action administrative grâce à deux acteurs institutionnels : le médiateur de la République (1) et l'Autorité de régulation des marchés publics et délégations de services publics (2).

1. Le médiateur de la République

Après trente ans de monolithisme politique, la révolution du 26 mars 1991 a engagé le Mali dans la voie du pluralisme politique² et de la démocratie. L'option choisie était de « bâtir une démocratie qui s'identifie à la culture et aux préoccupations de ses concitoyens »³. A cet effet, le président de la République de l'époque le professeur Alpha Oumar Konaré a jugé nécessaire d'inventer de nouvelles instances permettant

¹ La loi 98-012 comporte pas moins quelques restrictions au regard du principe de transparence tel que défini au sens moderne conformément aux trois conditions qui la définissent : la volonté d'ouverture de l'administration ; l'alerte sur les actes irréguliers et la divulgation active des documents officiels par l'administration.

² Le pluralisme politique conduit à répartir l'ensemble des positions d'autorité dans la société de façon à garantir qu'aucun individu, aucun groupe, aucune institution ne puisse concentrer tous les pouvoirs. Cf. *Lexique de science politique, op. cit.*, p. 400.

³ C'est la raison de la création, dès le premier gouvernement de la 3^{ème} République, d'un ministère de la Santé, de la Solidarité et des Personnes âgées qui finira le ministère du Développement social, de la Solidarité et des Personnes âgées ; à la fois en raison du grand respect attaché au grand âge au Mali et aux difficultés multiples inhérentes au 3^{ème} âge. Cf. P.B. COULIBALY, *op. cit.* p. 80.

aux gouvernants d'être plus proches et à l'écoute des gouvernés. C'est ainsi que les nouvelles autorités ont pris des initiatives dans le sens du changement souhaité par le peuple¹.

Plus spécifiquement, il s'agissait de mettre en œuvre des mécanismes permettant d'asseoir les bases d'une administration de proximité, notamment par le renforcement du dialogue entre gouvernants et gouvernés. Ce nouveau contexte a vu naître, l'espace d'interpellation démocratique (EID) puis le médiateur de la République².

Le médiateur de la République est une autorité administrative indépendante institué par la loi n° 97-022 du 14 mars 1997. Son rôle est de recueillir des réclamations des citoyens dans leurs relations avec toute structure investie d'une mission de service public (administration de l'Etat, collectivité territoriale, établissement public). En d'autres termes, il résout les différends qui opposent les citoyens à l'administration dans

¹ En effet, le peuple malien aspirait à la démocratie, à plus de liberté, etc. C'est d'ailleurs ce que le président de la République soutenait : « Depuis l'indépendance (22 septembre 1960), beaucoup d'entre nous se sont mobilisés pour que les valeurs démocratiques soient celles sur lesquelles se fonderait le développement de notre pays », cf. KONARE (A.O.), *Un Africain du Mali, Entretiens avec Bernard Cattaneo*, Paris, Cauris Editions, 2004, p. 111.

² Ibrahima A. MAIGA, *La contribution de l'espace d'interpellation démocratique à la consolidation de l'Etat de droit au Mali*, Mémoire de DEA Chaire Unesco, des droits de la personne et de la démocratie, Université d'Abomey-Calavi (U.A.C.) Benin, p. 3.

divers domaines notamment : la protection sociale¹, la gestion domaniale et foncière², la justice³, la gestion des carrières⁴, les contrats et marchés⁵.

Si, de façon permanente, le médiateur de la République contrôle la transparence de l'action administrative au quotidien à travers les saisines des citoyens, il le fait également à l'occasion de l'interpellation du gouvernement par les citoyens à travers l'espace d'interpellation démocratique (EID)⁶. L'espace d'interpellation démocratique (EID) est un

¹ Les réclamations ont trait à la liquidation des droits à pension, la valorisation des pensions déjà liquidées, la prise en compte des services effectués sous d'autres régimes de retraite. V. *Rapport 2021 du Médiateur de la République* p. 16.

² Les réclamations relatives à la gestion domaniale et foncière portent sur la contestation du droit de propriété, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, sur la violation des règles fixées pour la purge des droits coutumiers, sur la procédure de création de titre foncier. V. *Rapport 2021 du Médiateur de la République* p. 16.

³ Les problèmes liés à la justice concernent essentiellement les contestations de décisions de justice, les difficultés d'exécution des décisions de justice et les lenteurs de procédures. V. *Rapport 2021 du Médiateur de la République* p. 16.

⁴ Les réclamations concernent les demandes de reclassement, les contestations de l'âge de départ à la retraite et les demandes de paiement de rappels de primes et indemnités. V. *Rapport 2021 du Médiateur de la République* p. 16.

⁵ En général, les réclamations relatives aux contrats et marchés soulèvent essentiellement des préoccupations liées au non-respect des engagements contractuels de l'Etat ou des collectivités territoriales au terme des prestations fournies ou exécutés pour leur compte. V. *Rapport 2021 du Médiateur de la République* p. 16.

⁶ Il faut souligner que c'est suite à la recommandation du comité d'experts pour la consolidation de la démocratie au Mali, que l'EID a été rattaché au médiateur de la République qui est chargé de son organisation et de son suivi. V. *Rapport Daba DIAWARA* p. 152.

« Forum annuel »¹ qui se tient « à Bamako, le 10 décembre, journée commémorative de la déclaration universelle des droits de l'homme »². C'est un instrument de contrôle de l'action publique puisqu'il « contribue de manière active et pédagogique à la réalisation d'une culture démocratique nationale »³.

Comme le déclarait Maître Hamidou Diabaté « l'accès à l'EID est ouvert à tout le monde sans exclusive. Il suffit que la personne se sente victime des actes de l'Etat. Il faut entendre par Etat : le gouvernement, l'administration, les collectivités locales, la justice et même les ordres professionnels »⁴.

Ainsi, l'EID se présente comme l'incarnation de la démocratie directe à l'instar de l'Agora dans la Grèce antique « où le peuple mettait en cause les décisions et les actions des rois et des empereurs »⁵ Toutefois à la différence de l'Agora, il ne permet pas aux citoyens de remettre en cause les actions des autorités mais se limite à leur accorder un droit de demander des comptes de la gestion des affaires publiques ou à revendiquer des droits individuels. Ce qui fait de l'EID un instrument de contrôle de la transparence de l'action administrative.

¹ Décret n° 96-159/P-RM du 31 mai 1996 portant institution de l'EID, article 1^{er}.

² Article 3 du décret portant institution de l'EID. Cet article a été modifié par le décret n° 09-323/P-RM du 31 mai 2009 portant modification du décret d'institution de l'EID pour dire que « Les sessions peuvent également se tenir en tout autre lieu du territoire national sur décision du Ministre en charge des droits de l'Homme ».

³ Article 2 du décret portant institution de l'EID.

⁴ Séminaire international sur la contribution du médiateur à l'amélioration du fonctionnement de l'administration, *op. cit.* p. 175.

⁵ Forum national d'évaluation de l'espace d'interpellation démocratique, *op. cit.* p. 7.

Grâce aux nombreuses recommandations de l'EID, le processus de moralisation des procédures d'attribution des titres d'occupation des parcelles à usage d'habitation a abouti à la levée de la mesure de suspension des attributions de parcelles du domaine privé de l'Etat, intervenue le 6 octobre 1999. Ainsi, les Conseils communaux ont désormais l'obligation, à travers leurs délibérations, de veiller à la transparence dans la gestion des zones de reclassement et attribution des parcelles à usage d'habitation. Les listes des bénéficiaires de parcelles dans le cadre des opérations de lotissement font également l'objet d'affichage.

Au regard de ce qui précède, l'EID s'est révélé, au fil du temps, comme une innovation intéressante en matière de dialogue démocratique qu'il faut préserver et renforcer tout comme l'organe de régulation du secteur des marchés publics.

2. L'Autorité de régulation des marchés publics et délégations de services publics

La création d'une structure indépendante spécialement chargée de la régulation du secteur des marchés publics est assurément l'une des innovations majeures apportées par la réforme des finances publiques du Mali. En effet, l'Autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public puisqu'il s'agit d'elle a été créée pour assurer la régulation du système de passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public en vue d'en accroître la transparence et l'efficacité¹.

¹ Loi n° 2011-030 du 24 juin 2011 portant modification de la loi n° 08-023 du 23 juillet 2008 relative à l'autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public.

A ce titre, cette structure intervient dans divers domaines notamment la définition des politiques et de la réglementation en matière de marchés publics, l'information et la formation de l'ensemble des acteurs de la commande publique, l'audit des marchés publics, le règlement non juridictionnel des litiges. Elle est l'organe assurant la liaison avec les institutions communautaires de l'UEMOA, et peut de ce fait saisir ou assister la commission de l'UEMOA dans le cadre de la surveillance multilatérale en matière de marchés publics et de délégations de service public.

La transparence dans le domaine des marchés publics déborde largement la stricte acception juridique en raison de l'hétérogénéité du concept de marché public qui intègre autant le juridique que l'économique¹. Dans le cadre d'un marché public, le terme « transparence » désigne également l'accessibilité aux informations relatives notamment au prix et conditions qui y cours². C'est pourquoi dans le domaine de la promotion de la transparence du système des marchés publics et des délégations de service public, l'autorité de régulation assure la publication d'une revue périodique suivant l'esprit de la loi n° 2013-031 du 23 juillet 2013 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques, qui dans son préambule dispose : « les citoyens, qui sont à la fois contribuables et usagers des services publics, doivent être clairement, régulièrement et complètement informés de tout ce qui concerne la gouvernance et la gestion des fonds publics. »

L'une des missions essentielles de l'autorité est sa participation au contrôle du système des marchés publics. Dans ce cadre, elle veille par

¹ Emmanuel G B. BOULOUMEGUE, « La Réforme des marchés publics », In *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, sous la dir. Magloire ONDOA éd. Harmattan Cameroun p. 266.

² *Ibid.*

des études et des avis réguliers à la saine application de la réglementation et des procédures relatives aux marchés publics et formule des recommandations ou propositions d'amélioration appropriées, évalue les capacités des institutions et convient des actions correctives et préventives pour l'amélioration de l'exécution du portefeuille. Au plan juridique, la transparence désigne : « l'ensemble des procédés juridiques visant à permettre aux administrés de pénétrer le système administratif et aussi de faire échec au droit de l'administration au secret »¹. Ainsi l'Autorité de régulation peut recevoir des dénonciations des irrégularités constatées par les parties intéressées ou celles connues de toute personne pendant et après la passation ou l'exécution des marchés publics et délégations des services publics².

C'est dans ce cadre que s'inscrit la décision-n° 22-017-ARMDS-CRD du 25 juillet-2022 sur la dénonciation d'irrégularités des règles de publicité commises dans la procédure de passation du marché relatif à la mise en place du projet d'accès au service de télécommunication des collectivités. Statuant en formation contentieuse, le comité de règlement des différends a déclaré la procédure du marché relatif à la mise en place d'un projet d'accès aux services de télécommunication des collectivités territoriales conforme aux dispositions de l'article 54 du Code des marchés publics et de délégation des services publics.

A côté du médiateur de la République et l'autorité de régulation des marchés publics et délégation des services publics, d'autres autorités administratives indépendantes telles que la Cellule nationale de

¹ Y. JEGOUZO, *Le droit à la transparence administrative*, EDCE, 1991, n° 43 p. 199, cité par E.G.B B BOULOUMEGUE, *op. cit.*, p. 266.

² Article 17 al. 1 du décret n° 08-482 PRM du 11 août 2008 modifié portant organisation et modalités de fonctionnement de l'ARMP.

traitement des informations financières (CENTIF)¹ et la Commission de régulation du secteur de l'eau et de l'électricité (CREE)² ont contribué à l'avènement de la démocratie administrative appelée à être renforcée.

II. Une démocratie administrative à renforcer

Les pratiques administratives connaissent un nouvel essor au-delà des consultations classiques des représentants des groupes d'intérêts, voire leur présence dans les organes délibérants des services publics³. Grâce aux instruments internationaux et régionaux de promotion de la transparence dans l'action publique, les citoyens se voient reconnaître des possibilités nouvelles d'intervention dans les processus de décision et dans la marche des services publics.

¹ La cellule nationale de traitement des informations financières (CENTIF) est chargée, notamment de recueillir, d'analyser, d'enrichir et d'exploiter tout renseignement propre à établir l'origine ou la destination des sommes ou la nature des opérations ayant fait l'objet d'une déclaration ou d'une information reçue. Elle émet des avis sur la mise en œuvre de la politique de l'Etat en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. A ce titre, elle propose toutes réformes nécessaires au renforcement de l'efficacité de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

² La CREE est chargée de la régulation du secteur de l'électricité et du service public de l'eau potable dans les centres urbains. A travers la régulation du secteur de l'électricité et du service public de l'eau potable, elle a pour mission générale de soutenir le développement du service public de l'électricité et de l'eau ; défendre les intérêts des usagers et la qualité du service public ; promouvoir et organiser la concurrence entre les opérateurs. A travers ses activités, elle émet des avis, adopter des directives et effectuer des missions de contrôle. Voir *Rapport annuel 2020* du CREE p. 24.

³ V. sur ce point, Dominique LORRAIN, « Services publics et participation des citoyens », *Annuaire des Collectivités Locales*, année 1996 16 p. 189-203.

Cette participation citoyenne à la marche des services publics passe nécessairement par les moyens adéquats leur donnant la possibilité de se faire entendre en influant sur la définition des choix stratégiques et la consistance des prestations offertes. Il revient ainsi, au gouvernement, la responsabilité de prendre des mesures en vue d'accroître l'efficacité de l'action administrative à travers notamment la promotion (A) et la consolidation de la transparence de l'action publique (B)¹.

A. La promotion de la transparence de l'action publique

Le droit à « une bonne administration » a contraint les pouvoirs publics à développer des stratégies de promotion de la transparence de l'action publique. C'est ainsi que le gouvernement s'est doté d'une politique nationale de transparence (1) qui prévoit la création d'une structure indépendante qui pourrait porter la dénomination de Haute autorité pour la transparence de la vie publique (2).

1. La politique nationale de transparence

L'administration malienne est devenue le point d'ancrage privilégié d'une nouvelle « démocratie administrative » grâce à la convergence de nombreuses réformes issues des engagements internationaux et régionaux relatifs à la promotion de la transparence dans l'action publique. Au nombre de ces engagements, figure la déclaration sur la gouvernance démocratique, politique économique et des entreprises adoptée par les chefs d'Etat et de l'Union africaine à Durban (Afrique du sud) en juillet

¹ V. les dispositions des différents décrets fixant les attributions spécifiques des membres du gouvernement.

2002¹. La mise en œuvre de cette déclaration a fait l'objet d'un mémorandum d'entente relatif au mécanisme africain d'évaluation par les pairs (MAEP) dont l'objectif fondamental est « d'encourager l'adoption des politiques, des normes et des pratiques conduisant à la stabilité politique à la croissance économique et au développement durable »².

L'adhésion à ce mécanisme étant volontaire, le Mali a été le 9^e pays à y souscrire le 28 mai 2003³. Le processus de mise en œuvre a effectivement démarré en juin 2007 avec la signature du protocole d'accord sur le MAEP dont la mise en œuvre a renforcé considérablement le processus de transparence de l'action publique au Mali à travers le mécanisme d'auto-évaluation mobilisant les institutions de la République, la société civile, le secteur privé. Le plan d'action issu de ce processus fut mis en œuvre suivant une approche participative⁴. Dans le cadre de l'amélioration de la

¹ Lors du sommet inaugural de l'Union africaine tenu à Durban en Afrique du Sud, en juillet 2002, le comité de mise en œuvre du NEPAD a adopté la déclaration sur la démocratie et la gouvernance politique, économique et d'entreprises. Dans un effort de promouvoir la qualité de la gouvernance en Afrique, le comité de mise en œuvre du 6^e sommet des chefs d'Etats et de gouvernements (HSGIC) du nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique (NEPAD) tenu à Abuja (Nigeria), en mars 2003 a entériné la déclaration de Durban et adopté le mémorandum d'entente sur le mécanisme africain d'évaluation par les pairs (MAEP).

² V. sur ce point *Rapport d'évaluation du Mali dans le cadre du MAEP*, juin 2009, p 1.

³ L'adhésion signifie l'engagement pour l'Etat signataire, de se soumettre à des évaluations périodiques de ses pairs et d'être guidé par des instruments convenus en vue d'appliquer dans le cadre de son programme d'action, une bonne gouvernance politique, économique ainsi que de développement socio-économique.

⁴ Voir MAEP, *Rapport d'évaluation de la République du Mali*, MAEP n° 10, juin 2009. p. 3. L'élaboration de ce rapport a mobilisé les acteurs étatiques et non

transparence dans le secteur extractif, le Mali a adhéré à l'initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE)¹ en 2007. Il a été déclaré « pays conforme » en août 2011².

L'ITIE, faut-il le souligner, exige la publication de rapports exhaustifs, incluant la divulgation complète des revenus de l'État issus des industries extractives et de tous les paiements significatifs versés au gouvernement par les entreprises pétrolières, gazières et minières.³ Le périmètre du

étatiques notamment : le premier ministre, les membres du gouvernement, les présidents des institutions et des autorités administratives indépendantes, les organisations syndicales les organisations de la société civile, les associations de femmes et de jeunes, le secteur privé, les partenaires au développement au Mali.

¹ L'ITIE est une norme mondiale qui défend l'amélioration de la transparence dans la gestion des revenus et l'obligation de redevabilité dans les secteurs pétrolier, gazier et minier. La mise en œuvre de l'ITIE repose sur deux principes fondamentaux : 1) la transparence : les entreprises pétrolières, gazières et minières publient des informations sur leurs activités, notamment sur les paiements qu'elles versent au gouvernement, et le gouvernement communique des informations sur ses revenus et d'autres informations pertinentes sur l'industrie. Ces chiffres sont rapprochés par un conciliateur indépendant et publiés dans des rapports ITIE annuels aux côtés d'autres informations sur la chaîne de valeur des industries extractives. 2) L'obligation de redevabilité : un groupe multipartite composé de représentants du gouvernement, des entreprises extractives et de la société civile qui est mis en place pour superviser le processus, communiquer les conclusions du rapport ITIE et promouvoir l'intégration de l'ITIE dans d'autres efforts plus larges en matière de transparence dans le pays.

² V. *Rapport ITIE Mali pour l'année 2017*, Ed. décembre 2020, p. 8.

³ Le Mali a produit régulièrement des rapports de 2011 à 2022 soit au total 9 rapports. La volonté du comité de pilotage-ITIE de respecter la ponctualité des publications s'inscrit dans le but de permettre au gouvernement et aux citoyens en général d'avoir les données du secteur extractif à la fin de chaque exercice fiscal.

rapport couvre notamment le secteur des hydrocarbures, le secteur minier, les secteurs d'exploitation des eaux minérales et de carrières et les sous-traitants du secteur extractif.¹ Face à la nécessité d'adapter son environnement juridique et institutionnel à l'évolution du contexte international, le gouvernement du Mali s'est doté, le 3 juillet 2015, d'un document cadre de politique nationale de transparence après plusieurs années de pratiques répressives. Cette politique nationale de transparence se veut tout un « Programme pour l'amélioration de la transparence et de l'accès du public à l'information sur la gestion des affaires publiques. »²

Initialement pensé autour du développement d'un système d'information sur la transparence basée sur l'accès à l'information et aux procédures et démarches administratives, il est rapidement apparu nécessaire de définir un cadre de politique servant de référentiel aux initiatives antérieures, en cours et à venir visant à promouvoir la transparence dans la gestion publique. La politique nationale de transparence est donc un référentiel dans le domaine de la bonne gouvernance. Elle préconise des principes directeurs devant encadrer et guider les initiatives en matière de transparence à travers trois dispositifs : législatif, institutionnel, et technologique.

Sur le plan législatif, la politique recommande l'adoption d'une loi sur la transparence dans l'administration et la vie publique dans le but de transcrire dans le droit positif les principes de base et les normes internationales. Sur le plan institutionnel, la politique suggère la création d'un organe indépendant de transparence qui sera le cadre approprié de son portage afin de consolider son caractère spécifique. Sur le plan

¹ Décret n° 2019-0006 /PM-RM du 10 janvier 2019 portant création, organisation et modalités de fonctionnement des organes de mise en œuvre de l'initiative pour la transparence dans les industries extractives au Mali (ITIE-Mali).

² Document cadre de politique nationale de transparence, p. 1.

technologique, la politique propose un dispositif opérationnel pour répondre aux besoins d'accompagnement des actions et des efforts continus de modernisation de l'administration. C'est dans ce cadre, que s'inscrit le système d'information sur la transparence au Mali (SITMA), un portail dédié à l'accès des usagers à l'information¹.

L'adoption de la politique nationale de transparence, faut-il le rappeler, répond à plusieurs enjeux multidimensionnels : la mise en conformité des instruments juridiques nationaux avec les engagements internationaux, l'effectivité du principe d'efficience de la dépense publique à travers la transparence des procédures de marchés publics ; la montée en puissance des technologies de l'information et de la communication comme vecteurs clés de structuration des rapports sociaux et de l'espace public. Par ailleurs, la promotion de la transparence dans l'administration publique est une obligation qui incombe désormais à l'agent public. Celui-ci doit le faire dans le respect de la confidentialité des informations conformément à la loi². A cet effet, il doit éviter toute situation ou attitude incompatible avec ses obligations professionnelles ou

¹ Le SITMA se veut une réponse innovante dans le contexte de la reconstruction nationale et un signal adressé à un ensemble de publics à la fois intérieurs (citoyens maliens, etc.) et extérieurs (PTF, investisseurs privés, diaspora, etc.). La vocation première du SITMA est d'être une réponse stratégique à un problème récurrent de gouvernance publique (le « gouvernement par la rumeur » dont les conséquences peuvent être désastreuses) et un outil innovant matérialisant la volonté politique de redevabilité du gouvernement vis-à-vis des citoyens dans la gestion des affaires publiques. V. sur ce point *Document de politique nationale de transparence*, p. 26 et 27

² Article 19 de la loi 2019-058 du 5 décembre 2019 portant Code d'éthique et de déontologie de l'agent de l'administration publique.

susceptibles de jeter un doute sur son intégrité et discréditer le service public¹.

Compte tenu de son caractère spécifique et contemporain la politique nationale de transparence devrait être portée par une structure indépendante². Ainsi à l'instar d'autres pays comme le Maroc et la Côte d'Ivoire, le Mali pourrait opter pour la création d'une nouvelle structure indépendante, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique³.

2. La Haute autorité pour la transparence de la vie publique

La création d'un nouvel organisme doté du statut d'autorité administrative indépendante résulte de la nécessité de rendre effectif le nouveau dispositif de transparence de la vie publique établi par la politique nationale de transparence⁴. En effet, pour une meilleure gouvernance de la transparence de l'action publique, la politique nationale de la transparence a prévu trois options : l'élargissement du

¹ *Ibid.*

² V. sur ce point, la *Politique nationale de la transparence, op. cit.*, p. 20.

³ Administrativement adossé à une haute institution politique (par exemple la primature), ce dispositif institutionnel pourrait potentiellement présenter un triple avantage : 1) il sera organisé autour d'une « structure de tête » (CDI réformé ou nouvelle structure indépendante) principalement dédiée à la prévention et donc située en amont de toutes les autres chargées notamment de la coordination des structures de contrôle ; 2) il permettra de rationaliser, stabiliser et pérenniser le cadre institutionnel global de la politique de transparence en l'inscrivant durablement dans son périmètre d'ancrage ; 3) il permettra enfin de faire une intégration optimale entre l'amont et l'aval avec un dispositif structuré, cohérent et évolutif associant de façon synergique la prévention (meilleur accès du public à l'information) et la répression. V. sur ce point, la politique nationale de la transparence, p. 26.

⁴ *Ibid.*

mandat du médiateur de la République aux problématiques de transparence, la restructuration du commissariat au développement institutionnel¹ en intégrant les questions de transparence dans son mandat et enfin la création d'une nouvelle structure indépendante chargée de la transparence.

Cette nouvelle structure pourrait prendre la dénomination de « Haute autorité de la transparence de la vie publique » et se voir en conséquence assignée la mission de promouvoir la probité et l'exemplarité des responsables publics, de contrôler la déontologie de certains responsables et agents publics, d'encadrer le *lobbying*² et de diffuser une culture de l'intégrité. Elle pourrait mener également des actions de coopération avec la société civile pour faire connaître son action à l'intérieur et partager ses bonnes pratiques à l'extérieur.

En outre, ses compétences pourront être élargies au domaine de la transparence financière ainsi que la prévention des conflits d'intérêts des personnes. A ce titre, elle serait chargée de recevoir, contrôler, avec l'administration fiscale, et publier les déclarations de situation patrimoniale et les déclarations d'intérêts de certains responsables publics.

Face à la nécessité de mieux encadrer les organisations de la société civile œuvrant dans le domaine de la promotion de la transparence, de la lutte contre la corruption et les conflits d'intérêts la Haute autorité

¹ Créé par l'ordonnance n° 01-22/P-RM du 20 mars 2001 et ratifié par la loi n° 01-038 du 6 juin 2001, le commissariat au développement institutionnel a pour mission d'élaborer les éléments de la politique nationale de modernisation de l'Etat et d'assurer la coordination et le contrôle de sa mise en œuvre.

² Au sens d'une pratique consistant à organiser un groupe de pression auprès d'autorités politiques afin de défendre des intérêts économiques, professionnels.

pourrait être habilitée à leur accorder l'agrément¹. Ces associations auront ainsi la possibilité de saisir la Haute autorité lorsqu'elles ont connaissance d'une situation ou des faits qui sont susceptibles de constituer un manquement aux différentes obligations prévues par la loi². La procédure et les critères d'obtention de l'agrément seront détaillés dans son règlement général³

S'agissant de sa composition, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique pourrait être composée, dans des conditions lui offrant d'importantes garanties d'indépendance, d'un président et de huit autres membres nommés par décret pris en conseil des ministres, sur proposition du premier ministre, pour un mandat d'une durée de cinq ans, renouvelable.

Ce collège de 9 membres pourrait être assisté d'un secrétariat général qui s'occupera de l'administration de l'institution. Il sera composé de fonctionnaires détachés, régis par le Statut général de la Fonction publique, et d'agents contractuels soumis au Code du Travail et ses textes subséquents.

La Haute autorité pour la transparence de la vie publique pourrait recevoir, à sa demande, tous les rapports d'activités et d'audits des structures de contrôle et d'inspection, et toutes autres informations communiquées par les autres structures, les organes de poursuites et les officiers de police judiciaire, nécessaires à l'accomplissement de ses missions. Les structures saisies seront tenues de déférer à toutes injonctions ou instructions émanant de cette structure dans le cadre de la prévention et de la lutte contre l'enrichissement. Tout refus délibéré de

¹ Voir sur ce point l'article 20 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique en France.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

communiquer les éléments d'information ou les documents requis constituera une infraction d'entrave à la justice.

Enfin, la création de cette nouvelle structure pourrait entraîner la rationalisation des structures intervenant dans le domaine de la transparence de la vie publique. En effet, il existe déjà des structures comme l'Office central de lutte contre l'enrichissement illicite qui prend en compte une partie des attributions éventuelles de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique¹. Certes, l'avènement de cette structure entraînerait des changements au niveau de l'architecture institutionnelle de la transparence au Mali mais il pourrait aussi contribuer à la consolidation de la transparence de la vie publique.

B. La consolidation de la transparence de la vie publique.

Dans les pays africains, on voit de plus en plus se développer des formules nouvelles de « débat public » autour des grands choix collectifs auxquels sont invités à participer les citoyens. Au Mali les formes de ce débat public concernent l'élaboration des politiques sectorielles et la réalisation des grands projets. Ces formules délibératives n'impliquant pas pour le moment un réel partage du pouvoir décisionnel, il devient dès lors nécessaire pour le gouvernement d'adopter une stratégie d'ouverture (1) en vue d'une participation citoyenne plus renforcée à l'action publique (2).

1. Le cadre conceptuel pour une stratégie de « gouvernement ouvert »

De plus en plus, les citoyens réclament que leurs voix soient entendues et que les gouvernements comprennent et répondent à leurs besoins. C'est dans ce cadre que s'inscrit le gouvernement ouvert, qui met les citoyens

¹ Voir la loi n° 2014-015 du 27 mai 2014 portant prévention et répression de l'enrichissement illicite.

au cœur de la gouvernance en faisant de lui un partenaire dans l'élaboration, la mise en œuvre et l'évaluation des politiques publiques. Le partenariat pour un gouvernement ouvert est une initiative multilatérale visant à promouvoir la transparence de l'action publique et l'ouverture du gouvernement à de nouvelles formes de concertation et de collaboration avec la société civile¹.

L'initiative vise principalement à promouvoir la démocratie participative en plaçant le citoyen au centre de ses intérêts en vue de permettre aux États d'améliorer la qualité de leurs services publics, de renforcer leur transparence, de gérer les ressources publiques et de renforcer la responsabilité des entreprises. Le concept de « gouvernement ouvert » développé sous l'égide de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) définit la stratégie d'implémentation, de suivi et d'évaluation de la transparence de l'action publique². La gouvernance impose l'application des bonnes pratiques,

¹ Ce partenariat a été lancé en septembre 2011 lors d'une réunion des huit pays fondateurs : Brésil, Indonésie, Mexique, Norvège, Philippines, Afrique du Sud, Royaume-Uni et États-Unis. L'ancienne secrétaire d'État américaine, Hillary Clinton a joué un rôle clé dans la mise en place de cet organisme, dont la philosophie s'inspire de *Open Government Initiative* initiée par l'ancien président Barack Obama en 2009. Le PGO repose sur une gouvernance collégiale associant administrations et société civile sur ce point *Open Government Plan*, p. 4 [archive].

² Les stratégies et initiatives du gouvernement ouvert sont basées sur les principes de transparence, d'intégrité, de redevabilité et de participation des parties prenantes. L'OCDE soutient les gouvernements dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques en fournissant des avis stratégiques et des recommandations sur la manière d'intégrer ses principes fondamentaux dans les réformes du secteur public. V notamment le site de l'OCDE, www.oecd.org/fr/gov/gouvernement-ouvert.

présentées comme les plus rationnelles, efficaces et efficientes à partir des comparaisons internationales (*benchmarking*)¹.

Ainsi, à l'instar de certains pays, comme le Maroc², le Mali pourrait accéder au partenariat pour un gouvernement ouvert en initiant une stratégie en concertation avec la société civile et les citoyens. Pour ce faire, il devrait suivre les directives sur « le gouvernement ouvert » et tenir compte des facteurs de réussite de ce projet dans d'autres pays. Pour illustrer sa volonté, le Mali pourrait lancer la réalisation de plusieurs chantiers dans les domaines relevant des critères d'éligibilité au partenariat pour un gouvernement ouvert³. Dans cette perspective, un comité de pilotage regroupant les représentants des principaux départements ministériels pourrait être mis en place. Sa mission serait de promouvoir l'adhésion à ce partenariat et de coordonner les chantiers entrepris par le Mali dans les domaines relevant du gouvernement ouvert. Ce comité de pilotage pourrait être élargi aux membres de la société civile et du secteur privé. Un secrétariat exécutif pourrait être mis en place au sein du ministère chargé des réformes administratives pour coordonner et suivre les différents chantiers ainsi que les décisions du comité de pilotage.

¹ Bernard CUBERTAFOND, « Gouvernance, pouvoirs locaux, décentralisation et droits de l'homme : harmonie ou disharmonie, progrès ou régressions ? in *Droits humains et développement des territoires* sous la dir. de SEDJARI Ali, éd. l'Harmattan 2013 p. 61.

² Le Maroc s'est engagé avec une ferme conviction à adhérer au partenariat pour un gouvernement ouvert (OGP), considéré comme un processus structurant qui ne pourra que consolider ses acquis en termes de transparence, d'équité, d'intégrité et de démocratie participative.

³ Il s'agit notamment ceux se rapportant à la transparence budgétaire, à l'accès à l'information publique, à l'intégrité et à la participation citoyenne.

Le comité de pilotage aura dans son mandat entre autres l'élaboration d'une stratégie assortie d'un plan d'actions de gouvernement ouvert qui ferait l'objet d'une large consultation avant son adoption par le gouvernement. Cette stratégie pourrait s'articuler autour de trois axes : l'accès à l'information, la transparence budgétaire et la participation citoyenne.

Le premier axe viserait à renforcer la sensibilisation de l'opinion publique sur le droit d'accès à l'information, à travers un portail de la transparence notamment le système d'information et de transparence au Mali (SITMA)¹. Le second axe consisterait à promouvoir la transparence budgétaire à travers la publication des rapports budgétaires selon les normes internationales, à mettre en œuvre les dispositions de la loi relative à la transparence budgétaire et à adopter une loi sur la budgétisation axée sur la performance². Ainsi le dispositif déjà en place

¹ Le développement et le déploiement d'un système d'information et de transparence au Mali (SITMA) répondent non seulement au besoin d'accompagner les actions de nature institutionnelle mais également à la nécessité d'accompagner les efforts continus de modernisation de l'administration (dont rendent compte les initiatives antérieures recensées) V. sur ce point *Politique Nationale de Transparence, op. cit.*, p. 20.

² Plus de quatre-vingt pour cent des pays africains introduisent ou s'engagent à introduire le système de budget-programme axé sur la performance sous une forme ou une autre. L'OCDE a défini la budgétisation axée sur les performances comme un processus de budgétisation permettant d'établir un lien entre des fonds alloués d'une part et des résultats mesurables de l'autre. V. sur ce point *Rapport d'état d'avancement sur le budget-programme axé sur les performances en Afrique*. Publié en 2013 par l'initiative africaine concertée sur la réforme budgétaire p. 5. Dans le cadre de la réforme des finances publiques, les liens logiques sont globalement assez aisément identifiables entre le plan de réforme de

pourrait être renforcé à partir des bonnes pratiques expérimentées ailleurs. Quant au troisième axe, il pourrait porter essentiellement sur la création d'une dynamique consultative de la société civile aux niveaux national régional et local ainsi que le renforcement des mécanismes de réception, suivi et traitement des réclamations, observations et suggestions des usagers de l'administration publique¹.

En tout état de cause, un accent particulier devrait être porté sur la participation citoyenne à l'action publique qui est une condition sine qua non pour la consolidation de la transparence de la vie publique.

2. La participation citoyenne à l'action publique

La population malienne a été habituée à voir l'administration agir par voie unilatérale et autoritaire et beaucoup de personnes ne se sentent pas concernées par l'exécution des tâches administratives². Pourtant, la participation des citoyens à l'action administrative semble être l'unique moyen de refonder la démocratie administrative³. Elle désigne toute procédure qui permettrait aux administrés d'exercer une influence sur l'action de l'administration, notamment sur ses décisions. Il s'agit d'attribuer une part effective aux administrés dans l'exercice du pouvoir

la gestion des finances publiques au Mali et la structure de programmes retenue pour le ministère de l'Economie et des Finances. V. PREM (2017-2021) p. 34.

¹ Le secrétariat de suivi de l'EID créé par le décret 96-159/P-RM du 31 mai 1996 modifié par le décret 2012-117/P-RM du 24 février 2012 pourrait accomplir cette mission de renforcement de la participation citoyenne notamment dans le cadre du suivi et de l'évaluation de la mise en œuvre des conclusions des sessions de l'EID.

² Noel DIARRA, *op. cit.*, p 177.

³ *Ibid.*, p171

administratif¹. Que l'administration consente à ce partage, ses décisions retrouveront plus de qualité et une meilleure application².

La participation que l'on évoque également sous le terme de « concertation » vise à améliorer la procédure administrative d'édiction des normes. Elle enrayer les défauts de la procédure normative unilatérale qui sont l'absence de publicité et le caractère contradictoire. Une administration « participationniste » s'impose la consultation et reste transparente à travers un débat préalable à l'émission de ses actes³.

Au début de l'année 1991, les revendications en faveur de l'ouverture démocratique et du pluralisme politique au Mali répondaient à la crise de l'Etat et de la société⁴. On a pu assister au retour de la participation directe des citoyens, dans des domaines aussi divers tel que la décentralisation. En effet, le cadre local est particulièrement adapté au développement des techniques participatives, car, en même temps qu'il les rend plus nécessaires, il en facilite la mise en place des espaces de dialogue et d'interpellation des élus et responsables administratifs. Le succès croissant de la notion de « participation » accompagne cette tendance à l'implication de la « société civile » dans tous les secteurs (politique, économie, culture, environnement, technologie, etc.)⁵.

Mais après une trentaine d'années de démocratie multi-partisane dans notre pays, le diagnostic établi fait ressortir, entre autres faits majeurs, la rupture de confiance entre les gouvernés (citoyens) et les gouvernants

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*

³ Noël DIARRA, op. cit., p 172. V également GOLOGO Yaya, *La problématique de l'Etat fonctionnel en Afrique : le cas expérimental du Mali*, Thèse de doctorat en droit public, Université Pierre Mendès France, Grenoble II, mai 2009, p. 22.

⁴ DIARRA Zoumana, p. 345.

⁵ *Rapport 208 du Centre d'analyse stratégique* (France), p. 10.

(autorités politiques et administratives et élus). Ce qui explique la faible participation d'une frange importante de la population à l'accomplissement de l'action publique.

Pourtant, l'évolution des formes et des contenus de la citoyenneté offre la consécration de nouveaux droits et devoirs qui viennent s'ajouter aux acquis antérieurs. Ainsi, les possibilités offertes aux individus de s'impliquer dans l'espace public se multiplient d'année en année. On parle dorénavant de « citoyenneté économique », de « citoyenneté urbaine », de « citoyenneté sociale » ou de « citoyenneté culturelle », autant de registres qui sont porteurs d'engagements renouvelés pour une participation citoyenne plus active à l'action publique. On note également des efforts dans le cadre de l'élaboration la mise en œuvre et l'évaluation des programmes de développement économique, social et culturel, ainsi que l'inclusion de citoyens ordinaires dans le cadre du budget participatif.

Cela explique l'aspiration générale à une société plus ouverte à travers de nouveaux espaces publics. Avec l'utilisation croissante des nouvelles technologies de l'information et de la communication, les individus s'engagent dans des réseaux de communication horizontaux, non censurés, où l'expression franche des avis remplace l'écoute passive.

Dans un contexte de quête permanente de services de qualité, les organisations de la société civile et les citoyens de façon générale notamment les lanceurs d'alerte, sont appelés à jouer pleinement leur rôle d'interpellation et de suivi dans la mise en œuvre des politiques publiques. Ils devront pouvoir interpellier régulièrement le pouvoir exécutif sur la qualité du service public et les propositions de réformes structurelles et conjoncturelles.

L'Etat devrait faciliter le dialogue entre le gouvernement et le citoyen par la création d'un espace interactif de questions réponses sur les problématiques majeures de gestion des affaires publiques, en offrant d'une part, un dispositif d'alerte et de recours pour les citoyens et d'autre

part, d'arbitrage et de gestion des alertes par les institutions habilitées¹. Ainsi, le débat public serait un puissant opérateur idéologique, permettant de construire le consensus nécessaire autour de l'action publique².

La réussite de l'action administrative dépend pour une large part de l'adhésion et de la responsabilité des populations. Comme l'écrit Pierre Rosanvallon, « les citoyens acceptent de moins en moins de se contenter de voter ou de donner leur blanc-seing à ceux qui les représentent. Ils veulent voir leurs opinions et leurs intérêts plus concrètement et plus continûment pris en compte »³. Dans cette perspective, le préalable à l'éclosion d'un dialogue entre l'Administration et les administrés est de faire en sorte que l'administration puisse fonctionner dans une atmosphère de confiance entre service et usagers mais aussi et surtout d'accomplir pleinement son rôle d'information pour une transparence réelle de son action.

Au Mali, l'avènement de la démocratie a marqué un tournant important en matière de gouvernance. Les récentes évolutions législatives notamment l'approbation du Code de transparence dans la gestion des finances publiques, ainsi que l'adoption de la politique nationale de Transparence constituent des avancées dans la mesure où elles anticipent

¹ C'est dans ce sens que le SITMA a été proposé par la Politique Nationale de la transparence pour permettre aux citoyens de pouvoirs interagir avec les autorités sur les questions relatives à la gestion des affaires publiques.

² V. sur ce point Jean Jacques CHEVALIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », in *Revue Française de l'Administration publique* n° 137-138.

³ ROSANVALLON P. *La Contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006.

la nécessité d'un changement d'orientation vers la transparence de la vie publique.

Toutefois les enjeux de transparence et d'un meilleur accès à l'information des citoyens prennent une importance nouvelle dans le contexte de refondation de l'Etat et répondent à un certain nombre d'impératifs tels que la nécessité de rompre avec la pratique et la culture de la rumeur et de l'opacité dans la vie publique. A cela s'ajoutent, la possibilité pour tout citoyen qui le souhaite de s'informer et de se faire une opinion sur les politiques publiques.¹

Une attention particulière devrait être accordée à la société civile malienne qui à l'instar de celles d'autres pays en voie de développement, n'est pas encore bien organisée². Ce qui ne facilite pas une identification de ses composantes agissant réellement et efficacement dans le cadre de la révision générale des politiques publiques. Dans la perspective d'une amélioration du contrôle et d'évaluation des politiques publiques, le dialogue politique doit être approfondi avec les acteurs de la société civile qui sont essentiels à la consolidation du processus démocratique.

La mise en place d'un espace de concertation formelle entre le gouvernement et la société civile, le renforcement de sa présence dans les institutions de veille démocratiques en feront un partenaire clé de la stratégie de « gouvernement ouvert ». Pour l'accompagnement des transformations publiques, une agence chargée de l'organisation et de la méthode pourrait coordonner les travaux d'amélioration de l'action des administrations au profit des usagers. Ce service pourrait assister les

¹ *Politique nationale de transparence*, 2016, p 17.

² DIAWARA Daba, *Rapport du comité d'experts pour la consolidation de la démocratie au Mali*, p. 140.

ministères dans l'élaboration et la mise en œuvre de leur stratégie de modernisation¹.

Conclusion

Certes, la gouvernance implique la transparence qui sans limite peut être liberticide. Elle pourra conduire à une société sans contrat de confiance, d'où le contrôle mais surtout la mesure car la bonne gouvernance elle-même impose souvent des limites à la transparence. Le principe de la transparence de l'action administrative devrait être réaffirmé. Ses limitations doivent être exceptionnelles et temporaires comme dans le cas des analyses et des enquêtes. D'une manière générale, on ne devrait connaître que deux limites constantes à la transparence : d'une part, les questions liées à la sécurité du pays et la souveraineté et d'autre part les aspects se rapportant à la protection de la vie privée des citoyens.

En tout état de cause l'administration doit constamment chercher à promouvoir la transparence dans ses actions au nom de la paix sociale, de la sécurité et du progrès².

¹ La modernisation de l'action publique commence par une étape d'évaluation des politiques publiques visant à mesurer leur impact au regard des objectifs qui leur sont assignés.

² V. sur ce point, Modibo KEITA, *La transparence dans l'action administrative*, Mevos n° 03/2021 p. 83

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

Ouvrage

-BACQUE M.-H., Rey H. et SINTOMER Y., :« La démocratie participative, un nouveau paradigme de l'action publique ? », Sous la dir. de SEDJARI Ali, *Droits humains et développement des territoires, vers un nouveau modèle de gouvernance* éd. l'Harmattan 2013.

Articles

-MOUDOUDOU, Placide, « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone », in *Annales de l'Université Marien Ngouabi*, 2009, 10(3), p. 1.

-CHEVALLIER, Jacques, *Science administrative*, 4^{ème} éd., coll. Thémis, P.U.F., Paris 2007.

Thèses

-DIARRA Zoumana, *Les mutations de la haute fonction publique au Mali : une contribution à l'étude de la réforme de l'Etat*, Thèse-Administration publique - Grenoble 2016.

-FISCHER Bénédicte *Les relations entre l'administration et les administrés au Mali : contribution à l'étude du droit administratif des Etats d'Afrique subsaharienne de tradition juridique française* Thèse 2011.

-GOLOGO Yaya, *La problématique de l'Etat fonctionnel en Afrique : le cas expérimental du Mali*, Thèse de doctorat en droit public, Université Pierre Mendès France, Grenoble II, mai 2009, p. 22.

-BELLINA Séverine, *Droit public et institutionnalisation en situation de pluralisme normatif : le cas de l'Etat malien*, Thèse de doctorat en administration publique, Université Pierre Mendès France, Grenoble II, décembre 2001.

-DIARRA Noël, *La situation de l'individu face à l'administration malienne. Etude administrative et constitutionnelle*, Thèse pour le doctorat d'Etat de droit, Université Paris X, 1984, p. 44.

-CISSOKO Diango, *La fonction publique en Afrique noire. Le cas du Mali*, Publications de l'Université de Rouen, Rouen 1986.

-DARBON Dominique, *Le paradoxe administratif : perspective comparative autour de cas africains*, thèse pour le doctorat en science politique, Université de Bordeaux, 1991.

Revues, études et rapports :

-Revue n° 3/2021 de MEVOS *Médiation et Evolution sociales*.

-*Rapport annuel 2020* du médiateur de la République

-*Rapport annuel 2021* du médiateur de la République

Textes législatifs et réglementaires

-Loi n° 97-022 du 14 mars 1997 instituant le médiateur de la République.

-Loi n°98-012 du 19 janvier 1998 régissant les relations entre l'administration et les usagers des services publics.

-Loi n°2013-031 portant approbation du Code de transparence dans la gestion des finances publiques.

-Ordonnance N°2015-032/P-RM du 23 septembre 2015 portant création de l'Office central de lutte contre l'enrichissement illicite

-Décret n° 96-159/P-RM du 31 mai 1996 portant institution de l'Espace d'interpellation démocratique, modifié par le décret n° 09-323/P-RM du 26 juin 2009.

**LE DROIT PENAL FACE AUX DEFIS
DU PHENOMENE CRIMINEL CONTEMPORAIN**

**Moussa BERTHE,
maître-assistant, Faculté de droit privé de l'Université
des sciences juridiques et politiques de Bamako**

Résumé : Les manifestations de la criminalité dans notre période contemporaine soulèvent la problématique des réponses adéquates pour la résorber. Par leur fréquence, leur forme et leur banalité, ces comportements criminels mettent sous une forte tension les systèmes pénaux contemporains. L'appréhension par le droit de ce phénomène sociologique et criminologique relève d'une opération délicate et constitue même un défi majeur. Face à la réalité du danger et à l'incertitude des réponses, le droit pénal doit se réorganiser. La mutation dans la perception du danger s'accompagne dès lors d'une mutation des solutions pour le combattre. C'est dans le cadre de cette recherche de réponses qu'émergent de nouvelles politiques criminelles. L'exigence d'une sécurité nationale explique le développement d'un droit pénal sécuritaire avec comme corollaire la négation du droit pénal classique fondé sur le postulat de la culpabilité et le glissement vers un droit pénal de l'ennemi axé sur la dangerosité. Ces nouvelles orientations qui mettent le pas sur la sécurité au détriment des droits de la personne poursuivie violent ses droits fondamentaux et sont donc contraires aux principes fondamentaux d'un Etat de droit.

Mots clefs : Culpabilité, dangerosité, droit pénal de l'ennemi, droits de l'homme, politique sécuritaire

Abstract: The manifestations of crime in our contemporary period raise the problem of adequate responses to solve it. By their frequency, their form and their banality, these criminal behaviors put under a strong tension the contemporary penal systems. The legal apprehension of this sociological and criminological phenomenon is a delicate operation and is even a major challenge. Faced with the reality of danger and the uncertainty of answers, the criminal law must be reorganized. The change in the perception of danger is therefore accompanied by a change in the solutions to combat it. It is in this search for answers that new criminal policies emerge. The requirement of national security explains the development of a secure criminal law with as corollary the negation of the classical criminal law based on the assumption of guilt and the shift towards a criminal law of the enemy focused on dangerousness. These new guidelines, which take precedence over security at the expense of the rights of the person prosecuted, violate his fundamental rights and are therefore contrary to the fundamental principles of the rule of law.

Keywords: Guilt, danger, criminal law of the enemy, human rights, security policy

Les manifestations de la criminalité dans notre période contemporaine soulèvent la problématique des réponses adéquates pour la résorber. Objet de réflexion de toutes les sciences sociales, chacun dans son domaine essaye de proposer des solutions pour la contenir. L'état actuel de cette criminalité est inquiétant. Par ses manifestations multiformes et

sa complexité, elle est devenue un défi pour les sciences criminelles en général et pour le droit pénal en particulier. Le droit pénal forme un système normatif contraignant, rationnellement construit pour concilier la violence et le désordre dans les rapports individuels et sociaux et éthiquement conçu pour assurer la justice punitive dans l'exercice de la répression par un Etat de droit démocratique¹.

Les crimes de masse et leur démesure, le terrorisme et ses ramifications, le crime organisé, la cybercriminalité, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, le génocide constituent quelques manifestations du phénomène criminel contemporain. Par leur fréquence, leur forme et leur banalité, ces comportements mettent sous une forte tension les systèmes pénaux contemporains.

Avec la technologie moderne et la mondialisation, les activités criminelles sont devenues plus fréquentes, plus lucratives, plus faciles à commettre et parfois plus difficiles à détecter. Les nouvelles technologies, par leur vulgarisation et leur facilité d'accès, ont une influence sur la nature et la portée de la criminalité actuelle et à venir. Les progrès technologiques fournissent aux criminels les outils leur permettant de commettre des crimes traditionnels (fraude, vol, blanchiment de capitaux et contrefaçon). La technologie, elle-même, est la cible d'infractions criminelles (vol de services de télécommunication, piratage de données et propagation de virus). Bref, l'innovation technologique contribuera de plus en plus à faciliter l'activité criminelle.

A chaque type de société correspond un type bien défini de criminalité dit-on. Mais on assiste aujourd'hui à une internationalisation de la criminalité dans les sociétés contemporaines². Cette mutation doit être

¹ H. DUMONT, *Criminalité collective et principaux responsables : échec ou mutation du droit pénal*, RSC 2012, p. 109.

² R. GASSIN, *Criminologie*, 6^e éd., Dalloz, 2007, p. 288.

prise en compte dans l'analyse du phénomène. La situation générale de la criminalité dans le monde a beaucoup évolué au cours des vingt dernières années en raison de l'incidence du phénomène de la mondialisation¹. La mondialisation entraîne une importante augmentation des migrations internationales ainsi que la capacité et le désir accrus de mobilité internationale des particuliers, des familles. Ce qui accroît de nos jours les crimes liés à l'immigration illégale, en particulier la traite des êtres humains. L'existence d'actes délictueux dont les éléments constitutifs contiennent un ou plusieurs éléments d'extranéité par rapport à un Etat déterminé prend de l'ampleur. Le terrorisme, le crime organisé et le blanchiment de capitaux, les filières criminelles et les réseaux de proxénétisme qui exploitent les candidats à l'immigration clandestine sont par nature des crimes transnationaux contre lesquels on ne peut lutter efficacement que grâce à la coopération entre les Etats. Le constat d'une organisation plus poussée de la criminalité est une évidence. En effet, à mesure que la criminalité devient plus complexe, s'internationalise et prend des formes électroniques, elle devient aussi plus organisée. De nos jours, les groupes criminels traditionnels deviennent de plus en plus expérimentés et mettent à profit leurs capitaux et leurs talents pour infiltrer et corrompre l'économie légitime.

En France, pour faire face au phénomène, une loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a eu pour objectif principal de lutter contre les nouvelles formes de délinquance et plus particulièrement le crime organisé². Il découle d'un constat général que, depuis quelques années, la délinquance traditionnelle s'est

¹ *Ibid.*, p. 343.

² V. sur ce point E. VERGES : « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ Pénal* 2004, p. 181 ; F. TOCORA : « Crime organisé et lois d'exception », *RSC* 1999, p. 87 ; C. GIRAULT : « Le droit pénal à l'épreuve de l'organisation criminelle », *RSC* 1998, p. 715.

développée et structurée en passant d'une forme locale de grand banditisme à une montée en puissance de nouvelles bandes de malfaiteurs, dont les membres sont éloignés du milieu traditionnel, d'origines diverses et investis dans les trafics diversifiés mais très internationalisés. Ces activités criminelles sont occultes et difficiles à appréhender dans un système pénal conçu traditionnellement pour identifier les auteurs de faits constatés et non pour révéler des phénomènes criminels cachés¹. La criminalité organisée présente un caractère protéiforme : à côté d'une délinquance traditionnelle (trafic de stupéfiants, contrebande) est apparue une délinquance nouvelle (trafic d'immigrants, infractions en matière informatique) à laquelle on peut ajouter une délinquance politique organisée autour des actes de terrorisme. L'appréhension par le droit de ce phénomène sociologique et criminologique relève d'une opération délicate.

Les crimes internationaux sont généralement l'œuvre de véritables organisations criminelles. C'est ainsi que se déploient de véritables mafias internationales spécialisées dans le trafic de drogues, d'armes, de prostituées et d'immigrants clandestins. Les attentats du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis ont aussi révélé l'existence d'un réseau terroriste mondial, le réseau Al Qaïda. Loin d'être un phénomène marginal, la criminalité transnationale revêt une ampleur considérable qui entraîne des effets perturbateurs inédits sur l'économie mondiale, la politique internationale, et finalement la paix dans le monde.

Les comportements de l'individu, tout comme les bases de l'ordre social, variant avec les lieux et les époques, la lutte contre le crime doit adapter à ces variations, ses méthodes et ses buts. D'où l'évolution de la

¹ F. Molins, « De la nécessité de lutter plus activement contre les nouvelles formes de criminalité », *AJ Pénal* 2004, p. 177.

réaction sociale contre le phénomène criminel¹. Depuis longtemps, il était apparu que la criminalité s'accroissait à la fois en volume et en violence². Les sociétés démocratiques, confrontées à la réalité du terrorisme international et de la criminalité transnationale organisée, peinent à trouver des solutions pour y faire face. Cette réalité contemporaine pose de nombreux défis au droit pénal.

Face à la réalité du danger et à l'incertitude des réponses pénales, le droit pénal doit se réorganiser. La mutation dans la perception du danger s'accompagne dès lors d'une mutation des solutions pour le combattre³. C'est dans le cadre de cette recherche de réponses qu'émergent de nouvelles politiques criminelles⁴. L'exigence d'une sécurité nationale explique le développement d'un droit pénal sécuritaire avec comme corollaire la négation du droit pénal classique fondé sur le postulat de la culpabilité et le glissement vers un droit pénal de l'ennemi axé sur la dangerosité.

Ces nouvelles orientations qui mettent le pas sur la sécurité au détriment des droits de la personne poursuivie violent ses droits fondamentaux et sont donc contraires aux principes fondamentaux d'un Etat de droit. Cette politique criminelle est préconisée pour les délinquants qui sont considérés comme des dangers, des « ennemis de la nation ». Il s'agit donc des auteurs d'infractions graves comme le terrorisme et la criminalité organisée. Les interrogations suscitées par le droit pénal de l'ennemi sont liées en bonne partie aux grands problèmes

¹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, 25^e éd., Dalloz, 2017, p. 1.

² *Ibid.*, p. 71.

³ M. VOGLIOTTI, dans un article intitulé « Mutations dans le champ pénal contemporain », *RSC* 2002, p. 721 propose de réviser les postulats du droit pénal en vue de fournir une réponse satisfaisante en termes de justice et d'efficacité.

⁴ Sur les modèles de politique criminelle v. Ch. LAZERGES : *Introduction à la politique criminelle*, L'Harmattan, 2000.

que la réalité contemporaine a posés et pose au droit pénal¹. Ces problèmes proviennent de l'extraordinaire spécificité de notre époque caractérisée par l'innovation technologique, la globalisation, la complexité sociale croissante, la dématérialisation des activités humaines et les défis lancés au droit pénal pour s'adapter à ces phénomènes.

Ce sujet est intéressant par son actualité, car la criminalité contemporaine préoccupe tous les Etats. Elle est mondiale et est source d'insécurité et de sentiment d'insécurité. Ses solutions dépassent de loin les politiques pénales d'un seul Etat. C'est d'ailleurs pourquoi au-delà des dispositifs répressifs internes qui doivent être adaptés, une collaboration accrue existe entre les Etats dans le but de la combattre sous toutes ses formes. L'exigence de sécurité et de paix commande aux Etats d'adopter des stratégies nationales mais aussi d'unir leurs efforts pour combattre cette criminalité. La lutte contre la criminalité vise à promouvoir un ordre public pacifique.

Le droit pénal contemporain peut-il relever ce défi ? Comment adapter la réponse pénale pour appréhender de façon efficace l'essor contemporain de la criminalité? La réponse à ces interrogations nécessite dès l'abord une analyse des réponses offertes par le droit pénal pour juguler la criminalité. Le constat d'un glissement vers un droit pénal de l'ennemi (I) et la nécessité d'une réponse conforme aux exigences des droits de l'homme (II) donne l'impression que face aux mutations de la criminalité le droit pénal contemporain est confronté à un énorme défi.

¹ V. sur ce point L. BORE : « Rapport Nallet : La place du droit pénal dans la société contemporaine », *Recueil Dalloz* 2020, p. 72.

I. Face au phénomène criminel contemporain, le glissement vers un droit pénal de l'ennemi

L'inadéquation de la réponse pénale face aux mutations de la criminalité s'accompagne de l'avènement de politiques criminelles de plus en plus drastiques, de plus en plus sécuritaires qui tendent à glisser vers un droit pénal de l'ennemi, voire à le poser comme nouveau paradigme pour appréhender le phénomène. La doctrine du droit pénal de l'ennemi est le fruit d'une réflexion menée par Günther Jakobs, un universitaire allemand. La doctrine est donc d'origine allemande. Face à l'impossibilité des dispositifs répressifs actuels pour contenir la criminalité, l'auteur préconise un changement radical de paradigme et propose le droit pénal de l'ennemi comme solution pour faire face aux auteurs d'infractions les plus graves. Après avoir examiné les traits caractéristiques (A) de cette doctrine nous analyserons ses influences (B).

A. Traits caractéristiques de la doctrine du droit pénal de l'ennemi

L'auteur (G. Jakobs) se considère comme un simple observateur du système juridique et partant de cette idée, son objectif selon lui-même, n'est pas d'inventer ou de construire un droit pénal de l'ennemi. Il ne fait que constater l'existence de ce droit dans le droit allemand actuel.

La doctrine telle que résumée par l'auteur lui-même est structurée autour d'un certain nombre de points¹ : le criminel, considéré comme un ennemi, n'est pas un citoyen comme les autres parce qu'il a failli à ses obligations sociales. Ne pas se conformer à celles-ci entraîne une dépersonnalisation, une mutation de la personne en ennemi. Les ennemis constituent un danger contre lequel la société doit se défendre par des mesures de contrainte et des mesures préventives (défense d'actes

¹ V. sur ce point la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* de 2009, p. 7.

futures). La dangerosité implique l'application contre les ennemis d'un droit d'exception constitué de véritables règles de guerre. Des règles de ce droit d'exception existent déjà dans le droit pénal actuel aussi bien de fond que de forme.

La mutation d'une personne en ennemi s'opère par la dépersonnalisation. Ce processus est le fruit d'une réflexion fondée sur le concept de personne en droit. Ce concept serait élastique, certaines personnes pouvant perdre quelques attributs de leur personnalité et ne pas être reconnues comme une personne complète. Dans un Etat de droit, dit-il, « on entend souvent cette réaction spontanée : un criminel reste une personne en droit. Il reste citoyen et ne peut pas être étiqueté comme un non-citoyen, ou une non-personne »¹. Cette idée est battue en brèche par Jakobs. Etre une personne, selon lui, c'est avoir la pleine et totale jouissance de tous ses droits et obligations. Par la commission d'actes criminels, le criminel ne respecte pas ses obligations sociales et par conséquent ne jouit plus de sa pleine personnalité. Il devient un non-citoyen, une non-personne, ses droits de la personnalité sont réduits, rétrécis par lui-même par son propre fait. Ces personnes ne jouissant plus de leur pleine personnalité seraient des non-citoyens par opposition aux citoyens. Les non-citoyens deviennent des ennemis, parce que source de danger social. Puisqu'ils constituent un danger, la société doit se défendre contre eux (légitime défense) par des mesures de contrainte et des mesures d'anticipation. Ils doivent donc être soumis au droit pénal de l'ennemi.

Font partie de la catégorie des ennemis les auteurs d'infractions terroristes (considérés comme des ennemis par excellence) et d'autres

¹ G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009, p. 7.

infractions graves tels que les délinquants sexuels, les récidivistes, les auteurs d'infractions relevant de la criminalité organisée.

La culpabilité est donc applicable au citoyen et la dangerosité à l'ennemi. La dangerosité implique l'application d'un droit d'exception composé de règles dérogatoires de fond et de procédures. Ce droit d'exception est constitué de véritables règles de guerre contre les ennemis. « Le fait qu'on prive quelqu'un de certains droits, pour autre raison qu'un dédommagement au sens le plus large du mot, mais pour combattre une source de danger, est une lutte et ainsi une guerre ; un autre mot serait un embellissement de façade »¹. Ce vocabulaire de guerre a été forgé à l'image du législateur qui parle de « lutte contre la criminalité organisée... »². Les ennemis s'excluent eux-mêmes de la société et sont aussi exclus par les règles de droit. En conséquence, il est important de donner une dénomination au phénomène et de caractériser ses règles comme du droit exceptionnel. Il est difficile d'imaginer qu'un Etat pourrait se passer d'un droit d'exception comme le droit pénal de l'ennemi. Le droit, pour être efficace, doit devenir réel afin de donner une orientation. Cette action de devenir réel ne peut être atteinte uniquement par des mesures dignes d'un Etat de droit, surtout pas à l'égard d'un ennemi.

Ainsi résumée, la doctrine du droit pénal de l'ennemi peut être rapprochée en politique criminelle du modèle dit « totalitaire », inspiré des théories politiques de Carl Schmitt sur la distinction de l'ami et de l'ennemi dans l'Etat total³. Ce terme est en effet apparu chez les pénalistes allemands pour traduire l'idée que l'Etat ne pourra survivre que s'il accepte, au nom des exigences de la sécurité nationale, la disparition des

¹ *Ibid.*, p. 17.

² *Ibid.*

³ M. DELMAS-MARTY, « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC*, 2009, p. 62.

garanties traditionnelles de procédure et de fond¹. Ce n'est donc pas un concept nouveau, mais plutôt une résurgence des doctrines hitlériennes de la culpabilité. La doctrine du droit pénal de l'ennemi est compatible avec l'Etat de droit selon Jakobs. L'application de ces règles est une garantie de la sécurité nationale et de l'Etat de droit. C'est d'ailleurs pourquoi il pense trouver des hypothèses du droit pénal de l'ennemi dans le droit allemand actuel.

Le droit allemand contient plusieurs hypothèses du droit pénal de l'ennemi selon l'auteur. L'exemple le plus clair d'une réglementation du droit pénal de l'ennemi est la mesure de la détention de sûreté². Cette mesure n'est pas une peine, mais l'amendement et la sécurisation, et c'est une réaction à des faits pénaux. Elle est prévue par l'article 66 du Code pénal allemand avec comme objectif la prévention contre d'autres faits pénaux de la personne en détention. Dans cette situation, la dangerosité de l'individu détenu prime sur tout, il est l'ennemi de la société, il n'est plus un citoyen libre, il n'est plus un citoyen qui a la pleine jouissance de tous ses droits. La mesure de détention de sûreté montre que l'exclusion de l'auteur, qui a lieu, est une exclusion de soi-même ; parce qu'elle ne résulte pas d'un caprice du destin, mais est la conséquence de faits criminels commis dont il est coupable et de l'attente de faits dont il pourrait se rendre coupable dans l'avenir³.

En plus de la détention de sûreté, d'autres hypothèses du droit pénal de l'ennemi existent. Il s'agit de certaines mesures qui ont une finalité d'amendement et de sécurisation comme l'association criminelle, surtout terroriste. On parle ici de punissabilité anticipée. Cela signifie plus

¹ *Ibid.*

² G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *op. cit.*, p. 7.

³ *Ibid.*

concrètement que l'on n'attend pas la réalisation du préjudice matériel, mais qu'à un moment plus avancé dans le temps, même au préalable, on déclare un fait comme un acte accompli, par exemple une activité dans une association criminelle terroriste. Le citoyen, qui est tenu responsable pour avoir troublé la sécurité publique, revêt, à cause de ses planifications, la qualité d'un individu dangereux, même d'un ennemi¹.

Dans le droit allemand, il existe déjà une mesure de sûreté et de détention ainsi que d'autres mesures, comme la punissabilité anticipée, comme, également, l'interdiction de contacts, et des moyens de contrainte prévus dans le Code de procédure pénale. La détention provisoire qui est prévue par le Code de procédure pénale allemand ressemblerait à un droit pénal de l'ennemi. En faisant le parallèle entre cette mesure et la mesure de sûreté, l'auteur en arrive à la conclusion que la personne soumise à une détention provisoire n'est pas libre, subit une contrainte qui est la preuve de sa dépersonnalisation. Dans l'hypothèse de la détention provisoire, on ne perçoit pas l'accusé comme une personne : on applique de la contrainte pour qu'il assiste au procès. Cette contrainte n'est pas imposée à une personne en droit, celle-ci ne se cache pas et ne s'enfuit pas, et ne remplit pas les conditions d'une détention provisoire.

D'autres exemples du droit pénal de l'ennemi concernent aussi la surveillance des télécommunications, les écoutes de conversations privées dans un domicile, l'enquêteur sous couverture. Dans toutes ces hypothèses, la personne qui en fait l'objet n'est pas au courant, on porte atteinte à ses droits parce qu'elle n'est plus digne de confiance. Ces différentes mesures sont nécessaires selon l'auteur pour protéger la société contre ses ennemis. Tels sont les traits saillants de la doctrine du droit pénal de l'ennemi. Quel a été l'accueil réservé à cette politique criminelle ? Cette interrogation soulève la question de son influence.

¹ *Ibid.*, p. 9.

B. Influence de la doctrine du droit pénal de l'ennemi

Cette influence sera abordée à travers ses aspects pratiques (1) et théoriques (2).

1. Influence pratique de la doctrine de l'ennemi

Face à la mutation de la criminalité, à l'incertitude des réponses et à la montée en flèche du sentiment d'insécurité, le monde actuel est confronté à la peur. Cette situation est de nature à favoriser le glissement insidieux du droit pénal de l'ennemi dans les dispositifs répressifs contemporains.

En effet, depuis quelques années, de nouvelles mesures, prises au nom de la lutte contre certaines formes de criminalité, ainsi que la récidive ressemblent bien à un retour de la défense sociale sous sa forme la plus radicale. Certaines pratiques actuelles constatées dans le monde montrent à l'évidence le glissement de la doctrine dans les dispositifs répressifs.

Ainsi, aux Etats-Unis, les pratiques après les attentats du 11 septembre 2001 ont suscité sous l'administration Bush, la doctrine de l'« ennemi combattant illégal »¹. Les attentats du 11 septembre, ont clairement stimulé l'extension du droit pénal de l'ennemi qui est devenu un véritable paradigme. L'utilisation par les autorités américaines du concept de « unlawful combattant » est révélatrice de la tendance à exclure, devant les commissions militaires désormais compétentes, tant les garanties du droit pénal classique que l'application du droit international humanitaire. Cette pratique tend à éviter par les autorités judiciaires la pratique de l'individualisation de la peine concernant les terroristes et favorise leur neutralisation en masse en raison de leur dangerosité. Reconnu comme ennemi combattant par l'exécutif fédéral, un individu peut se voir

¹ M. DELMAS-MARTY, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », *RSC*, 2010, p. 5.

maintenu en détention pour une durée illimitée¹. Le droit pénal de l'ennemi (version américaine) est pratiqué de manière à ne jamais arriver devant un juge : on abuse d'instruments parapénaux, de prévention et de contrôle, de détentions administratives, et de mesures adoptées sous des formes qui permettent d'éluder le contrôle juridictionnel².

De son côté, pour réagir aux évènements du 11 septembre 2001 et devant la menace d'attentats, le gouvernement britannique a fait voter l'*Anti terrorism, Crime & security Act*. Cette législation ne respecte pas les principes du droit pénal comme les garanties procédurales. Un individu suspecté de terrorisme peut ainsi être détenu sans procès et de façon indéfinie. Cette loi ne s'applique cependant qu'aux étrangers, les ressortissants du Royaume-Uni ne sont pas concernés³.

Le Canada, en 2008, a instauré une présomption de dangerosité imposant à la personne concernée de démontrer son absence de dangerosité, seul moyen d'échapper à la déclaration de délinquant dangereux et au prononcé d'une peine de détention pour une durée indéterminée⁴.

Si l'exemple américain est assez caractéristique de la pénétration ouverte de la doctrine de l'ennemi dans les dispositifs répressifs contemporains, la France aussi n'est pas en reste. En effet, la montée en puissance d'un droit d'exception, qui par divers moyens, hybridation des notions, procédures d'exception, durcissement des peines, ferait plutôt

¹ A. J. BULLIER, « La législation anti-terroriste au Royaume-Uni et aux Etats-Unis : vers une justice d'exception », *AJ Pénal* 2004, p. 199.

² G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2010, p. 78.

³ A. J. BULLIER, « La législation anti-terroriste au Royaume-Uni et aux Etats-Unis : vers une justice d'exception », *op. cit.*, p. 200.

⁴ G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », *op. cit.*, p. 74.

songer à l'avènement discret en France d'un « droit pénal de l'ennemi »¹. Ainsi, sous l'effet du terrorisme, la pénétration du droit pénal de l'ennemi fut d'abord insidieuse puis explicite par un empilement de textes successifs destinés à lutter contre le terrorisme et la grande criminalité dans nombres d'Etats² comme la France. La loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, hors état d'urgence, banalise sans suffisamment de garanties, plusieurs mesures de police administrative attentatoires aux libertés (perquisitions administratives, assignations à résidence, périmètres de sécurité, fermetures de lieu de cultes...).

L'évolution récente du régime de la criminalité organisée est aussi caractérisée par la banalisation du droit d'exception symptomatique de la dangerosité. Le chemin est court entre l'état de surveillance et la pénétration assumée du droit pénal de l'ennemi au nom de la dangerosité³. Ces textes renvoient plus ou moins clairement au droit pénal de l'ennemi ou à tout le moins au rejet hors de la communauté des citoyens, comme le suggère le droit pénal de l'ennemi, à l'égard de certains criminels⁴. La procédure pénale qui est traditionnellement rétrospective, dès lors qu'elle a pour objet d'établir la vérité d'un fait passé, devient lentement prospective étant gouvernée par une logique prédictive, propre au droit de l'ennemi⁵. Les pratiques montrent, en tout

¹ M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI, PUF, 2009, cité par J. Danet, *RSC*, 2010, p. 504.

² Chr. LAZERGES, « Les droits de l'homme à l'épreuve du terrorisme », *RSC*, 2018, p. 758.

³ *Ibid.*, p. 761.

⁴ *Ibid.*

⁵ Chr. LAZERGES, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC*, 2016, p. 656.

cas, en France la mise en place de ce que l'on appelle (mais l'appellation elle-même appellera réflexions) un droit pénal de la dangerosité¹. La loi du 25 février 2008² sur la rétention de sûreté qui est une mesure de défense sociale fondée sur la dangerosité participe du même mouvement. Elle met l'accent sur la dangerosité au détriment de la culpabilité, sépare la mesure de sûreté de la peine permettant ainsi de maintenir un condamné en détention, après l'exécution de sa peine, pour une durée d'un an, renouvelable indéfiniment, sur le seul critère de sa dangerosité. Alors que l'accusé présumé innocent bénéficie du doute, la dangerosité est présumée³.

Ce mouvement de politique criminelle a aussi gagné les autres pays européens comme les Pays-Bas, la Belgique, l'Angleterre, la Suisse ou l'Allemagne qui ont créé des instruments analogues⁴. La dangerosité et la défense de la société sont au cœur de ces dispositifs.

Les pays de l'Amérique latines sont aussi touchés par ce mouvement de politique criminelle⁵.

Dans les pays africains aussi, se développe de plus en plus un droit d'exception contre les auteurs d'infractions terroristes et de la criminalité organisée. Le cas du Mali est caractéristique de ce phénomène. Ainsi, en plus de certaines dispositions du Code pénal contre certaines formes de

¹ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », *op. cit.*, p. 70.

² Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental.

³ M. DEMAS-MARTY, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », *op. cit.*, p. 5.

⁴ V. sur ces éléments J. PRADEL cité par G. GIUDICELLI-DELAGE, *op. cit.*, p. 70.

⁵ V. en ce sens E.-R. ZAFFARONI, « Dans un Etat de droit il n'y a que des délinquants », *RSC*, 2009, p. 48.

crimes, plusieurs lois¹ contiennent des dispositions dérogatoires du droit commun assimilables à un droit de la dangerosité.

Il est donc facile de constater que, dans la pratique, il existe des hypothèses du droit pénal de l'ennemi dans les dispositifs répressifs à travers le monde. Qu'en est-il de l'influence théorique de cette doctrine ? C'est la question de l'admissibilité du paradigme de l'ennemi comme critère de politique criminelle.

2. Influence théorique de la doctrine de l'ennemi

La doctrine du droit pénal de l'ennemi a donné lieu à un débat vif et intense, notamment en Europe, en Amérique du Nord et en Amérique latine². Le débat a porté principalement sur le thème de l'ennemi entendu comme « paradigme », c'est-à-dire comme une référence pour la construction d'un droit pénal nouveau, et plus efficace selon certains ; un droit pénal en mesure d'affronter les « terribles agressions » venant des « ennemis absolus » de l'organisation sociale et institutionnelle

¹ V. en ce sens : la loi du 18 juillet 2001 portant sur le contrôle des drogues et précurseurs, la loi du 12 juillet 2012 relative à la lutte contre la traite des êtres humains et les pratiques assimilées, la loi du 17 mars 2016 portant loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, la loi du 27 juin 2018 portant loi uniforme relative à la répression du faux monnayage et des autres atteintes aux signes monétaires dans les Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest africain (UEMOA), la loi du 5 décembre 2019 portant répression de la cybercriminalité.

² Se rapporter au titre évocateur de M. PAPA : « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *RSC* 2009, p. 3 ; v. aussi Chr. LAZERGES, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC*, 2016, p. 649 ; il faut, en outre, signaler que la *RSC*, dans son numéro 1/2009, a consacré un dossier au droit pénal de l'ennemi – droit pénal de l'inhumain avec des contributions variées qui enrichissent les termes du débat.

contemporaine¹. Le problème qui se pose est donc l'admissibilité et la légitimité du paradigme de l'ennemi comme critère de politique criminelle.

Plusieurs auteurs se sont prononcés sur la question avec des arguments variés. Ainsi, Mireille Demas-Marty pense que la « guerre contre le crime » est un slogan politique, une propagande idéologique qui relève d'un certain « populisme pénal »². Ciblé selon elle sur des crimes qui frappent l'opinion (drogue, crime organisé, corruption, terrorisme), le slogan, souvent accompagné de propos compassionnels sur les victimes et de discours musclés sur les criminels et la tolérance zéro, est utilisé comme une métaphore destinée à rendre populaire un durcissement de la répression. Les emprunts à la logique de guerre conduisent progressivement à la déformation de tout le système pénal, à sa déconstruction. Le paradigme de la guerre conduit à l'abandon de la vision dogmatique juridico-morale (crime, culpabilité, punition) au profit d'une vision pragmatique associant sûreté de l'Etat et défense sociale. Fondé sur un concept imprécis d'état dangereux, présumé par simple appartenance à un groupe catalogué comme ennemi, l'objectif est la neutralisation, voire l'élimination, du criminel déviant³.

Analysant la doctrine, Geneviève Giudicelli-Delage affirme que le « Rubicon est franchi : le droit pénal de la culpabilité menacé par le droit pénal de la dangerosité ; le droit pénal de l'infraction supplanté par le

¹ M. PAPA, « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *op. cit.*, p. 3.

² M. DEMAS-MARTY, Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? » *RSC*, 2007, p. 461.

³ *Ibid.*, p. 463.

droit pénal de l'auteur en tant que danger ; la finalité resocialisatrice de la peine remplacée par celle d'exclusion, neutralisation, élimination... »¹.

Selon Christine Lazerges, le droit pénal de l'ennemi ne croit plus en l'homme, il scelle la chute de l'homme². En distinguant citoyens et ennemis, il sonne le glas de l'universalité des droits et libertés fondamentaux, excluant de la communauté des hommes les ennemis. C'est un droit du rejet et sans espérance pour ceux qui ont lourdement porté atteinte à la Nation par des actes terroristes et des crimes considérés comme graves ; ce serait alors une « victoire de la peur, la victoire d'un droit pénal sécuritaire sur un droit pénal classique strictement encadré par le principe de la légalité »³.

Eugenio Raúl Zaffaroni pense que l'Etat de droit ne peut pas admettre la notion d'ennemi. Dans un article au titre évocateur⁴, il affirme qu'un Etat de droit ne peut en aucun cas intégrer le concept d'ennemi, sous peine de ne plus être un Etat de droit, parce que le concept lui-même correspond au modèle d'un Etat absolu. Il dénonce l'origine nazie de la doctrine et son appartenance à un Etat absolu. Les pénalistes du XXI^e doivent épurer soigneusement leurs théorisations de tous les contenus de droit pénal de l'ennemi que la doctrine traîne comme des éléments insidieux et vénéneux propres à l'Etat absolu. Le XXI^e siècle exige du droit

¹ G. GIUDICELLE-DELAGÉ, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », *op. cit.*, p. 77.

² Chr. LAZERGES, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *op. cit.*, p. 649.

³ *Ibid.*, p. 652

⁴ E.-R. ZAFFARONI, « Dans un Etat de droit il n'y a que des délinquants », *op. cit.*, 2009, p. 51.

pénal qu'il prenne conscience que l'ennemi n'est autre que le bouc émissaire de René Girard¹.

Il ressort de ces analyses que le modèle du droit pénal de l'ennemi n'a pas pu emporter l'adhésion de la doctrine dans sa majorité. Ce constat a été fait par un auteur qui affirme que la possibilité d'admettre l'« ennemi » comme paradigme a été refusée de façon presque unanime par les auteurs ayant participé au débat dans le premier numéro de la *Revue de Science Criminelle*².

Pour notre part, nous constatons que dans les situations où l'individu subit une forme de contrainte (comme la détention provisoire) dans une procédure pénale, Günther Jakobs assimile ces hypothèses à une guerre, parce que contraire à la volonté formée de manière responsable ; ce qui n'est pas conciliable avec la notion de personne³. Cette affirmation ne nous semble pas juste, dans la mesure où dans ces hypothèses il ne s'agit ni d'une guerre, ni d'une négation de la personnalité ; Il s'agit ici d'une contrainte acceptée d'avance par la personne qui subit la mesure, car les règles du jeu sont prédéfinies. La loi étant l'expression de la volonté générale, chaque personne est censée céder une partie de ses droits à la collectivité dans le cadre de sa formation. Il ne s'agit donc qu'une simple adhésion aux règles du jeu social, assimilable à un contrat social.

Le modèle du droit pénal de l'ennemi étant rejeté par la doctrine majoritaire, il devient donc nécessaire de proposer des réponses conformes aux exigences des droits de l'homme (II).

¹ *Ibid.* p. 56.

² M. PAPA, « Droit pénal de l'ennemi : un débat international », *op. cit.*, p. 5. Ce même constat a été fait par A. BETTI citant A. GAMBERINI et R. ORLANDI in *Delitto politico e diritto penale del nemico (Délict politique et droit pénal de l'ennemi)*, Bologna, Monduzzi, 2007 »

³ G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *op. cit.*, p. 16.

II. Face au phénomène criminel contemporain, la nécessité d'une réponse conforme aux exigences des droits de l'homme

La mutation du droit commun par des politiques sécuritaires calquées sur la dangerosité constitue une menace pour les droits de l'homme. La théorisation du concept d'ennemi comme paradigme qui en résulte est aux antipodes du droit pénal moderne (A) et des droits de l'homme (B).

A. Le droit pénal de l'ennemi aux antipodes des principes classiques du droit pénal protecteur des droits de l'homme

Le droit pénal classique est conforme aux exigences des droits de l'homme. Il est structuré autour des notions de culpabilité, d'imputabilité, de responsabilité et de libre arbitre. Il se résume à l'idée que le criminel est pourvu d'idées et de sentiments comme tous les hommes, l'effet principal des peines est d'empêcher l'augmentation des crimes, l'homme possède le libre arbitre et, par cela, est moralement responsable de ses actes.

Le libre arbitre est au cœur de ce système parce que l'homme disposant de raison et de liberté maîtrise ses actes et sait distinguer le bien du mal. Cette faculté qui l'élève au-dessus de toutes les autres créatures et scelle, encore aujourd'hui, la marque de sa transcendance, le porte également seul vers la sphère de la responsabilité¹. Cette responsabilité pénale est définie de façon générale comme l'obligation pour une personne de répondre de ses actes délictueux et de subir la peine qui leur est attachée par la loi. Elle est faite de culpabilité et d'imputabilité. La culpabilité est la commission d'une faute ; l'imputabilité, quant à elle, est

¹ P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité », *RSC*, 2007, p. 800.

la possibilité de mettre cette faute au compte de son auteur. En l'absence de faute il n'y a pas de culpabilité, pas donc d'infraction, et en conséquence le problème de la responsabilité ne se pose pas. Telle est la conception classique de la responsabilité pénale. Pour mettre un acte délictueux au compte d'une personne, celle-ci doit avoir agi avec des facultés mentales normales, c'est-à-dire indemnes de tout vice. La responsabilité pénale est donc fondée sur la liberté morale du délinquant au moment du passage à l'acte. Elle est fondée sur le postulat métaphysique du libre arbitre. Seul l'individu qui a agi avec une volonté libre et une conscience lucide peut être déclaré pénalement responsable et subir une sanction. C'est une référence à la vision d'hommes égaux en fait et parfaitement maîtres de leurs actes et de leurs choix. La conception classique de la responsabilité est source d'équité, tous les individus étant dotés du libre arbitre.

Cette conception traditionnelle de la responsabilité pénale qui accorde une place de choix à la liberté individuelle, est de nos jours remise en cause par l'essor d'un droit pénal de l'ennemi et des politiques de plus en plus sécuritaires qui fragilisent ses fondements conceptuels. Les politiques criminelles actuelles avec des dénominations variées, qui s'appuient sur le concept de dangerosité sont aux antipodes des principes classiques du droit pénal. L'essor d'une politique criminelle de l'ennemi va de pair avec la substitution d'un droit pénal de la dangerosité à un droit pénal de la culpabilité. Avec cette nouvelle orientation, la culpabilité ne s'adressera désormais qu'au citoyen et la dangerosité justifie la condamnation de l'ennemi. Avec ce mécanisme, le principe de culpabilité fondé sur la commission d'une faute est dévoyé ; le lien entre la faute et la peine s'effrite, l'individu subissant la contrainte du fait de sa seule dangerosité. La dépersonnalisation et la neutralisation sont au cœur du droit pénal de l'ennemi. C'est tout l'opposé du droit pénal classique qui met l'accent d'une part sur l'idée de châtiment (sanction d'une faute), d'autre part sur le traitement du délinquant en raison de son état

dangereux. En d'autres termes, le délinquant manifeste une dangerosité qui doit certes être puni au sens classique du terme (châtié, blâmé), mais aussi soigné, traité comme un « microbe social »¹. Or, selon Jakobs, la peine a pour objet l'élimination de tout risque futur par la neutralisation du criminel. En conséquence, le châtiment (peine privative de liberté) ne suffit plus pour payer sa faute, dès lors que le contrôle social prend la relève pour neutraliser le délinquant pendant plusieurs années après l'exécution de la peine privative de liberté. De « surveiller et punir » on est passé à « punir et surveiller »².

Si le concept de culpabilité a été vidé de son contenu par le droit pénal de l'ennemi, l'imputabilité en tant que composante morale de la responsabilité est aussi affectée. La philosophie du droit pénal classique repose sur le postulat que seul celui qui a agi avec discernement et volonté peut être déclaré pénalement responsable. L'imputabilité constitue ainsi le fondement moral de la responsabilité pénale. Le fondement du droit pénal classique est donc un fondement subjectif : c'est dans la personne de l'agent, et non dans la matérialité des faits commis par lui, que la responsabilité trouve sa source. Ces principes qu'on croyait intangibles font l'objet de critiques de nos jours. L'imputabilité est de plus en plus décriée et des demandes radicales de changement sont posées.

L'opinion populaire est de nos jours assez critique face aux décisions de relaxe, d'acquiescement ou des ordonnances de non-lieu fondées sur l'absence d'imputabilité dans les dossiers impliquant les personnes dépourvues de leur faculté de discernement. Ainsi, admettre, par exemple, que celui qui a donné la mort à autrui, soit à l'issue d'une ordonnance de non-lieu ou d'une décision d'acquiescement, exempt de

¹ Chr. LAZERGES, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *op. cit.*, p. 653.

² *Ibid.*

toute reconnaissance d'imputabilité et donc de sanction soulève de nombreuses interrogations. Pour les détracteurs de l'imputabilité, la décision judiciaire d'irresponsabilité pénale est tout à la fois faite d'indifférence et d'inconscience : indifférence à l'égard des victimes, car refusant de reconnaître la réalité de l'acte commis et, par extension, la réalité de la souffrance qu'il génère ; inconscience à l'égard de la société, car prenant le risque, selon la formule consacrée, de « *laisser dans la nature* » un individu malade mental ayant fait montre de tout son potentiel de dangerosité¹. Ce que l'imputabilité exclut formellement (juger un malade mental et lui infliger une sanction), il faudrait aujourd'hui le contourner en l'autorisant par le recours au concept de dangerosité².

Au surplus, le constat de la mutation apportée aux règles de la responsabilité est encore plus visible avec la rétention de sûreté, « le lien de causalité entre une infraction et la privation de liberté est rompu. La personne n'est plus condamnée en raison de l'infraction, puisqu'elle a purgé sa peine. Mais elle reste l'auteur virtuel d'une infraction possible. La mesure sera donc prononcée sur la base de la particulière dangerosité du condamné, un qualificatif flou lié à la personnalité de l'individu et sans aucun rapport avec un élément matériel »³. Force est donc de constater que les principes fondamentaux du droit pénal sur la responsabilité sont remis en cause. Le droit pénal de l'ennemi détruit donc le concept de culpabilité, malmène l'imputabilité. Les deux éléments de la responsabilité étant ébranlés, celle-ci perd son sens.

Malgré cette montée en puissance des politiques criminelles fondées sur le concept de la dangerosité, le droit pénal doit résister, s'accrocher à

¹ P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité », *op. cit.*, p. 800.

² *Ibid.*

³ Chr. LAZERGES, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *op. cit.*, p. 653.

ses principes fondamentaux en les adaptant au contexte actuel. Le droit pénal contemporain, en tant que droit pénal libéral, doit être de l'acte, puisque le droit pénal de l'auteur est autoritaire. La légitimation d'une peine théorique imposée à quelqu'un pour ce qu'il est n'est pas admissible ; elle n'est admissible que pour ce qu'il a fait. La légitimation d'un droit pénal de l'auteur a conduit directement à celle d'un droit pénal de l'ennemi¹. Il est donc facile de constater que « lorsque le pouvoir punitif ne peut pas contenir la violence présente dans la société, il cherche une excuse et proclame une situation d'urgence déclenchée par cet ennemi auquel on assigne un pouvoir énorme, voire cosmique, un ennemi toujours capable de mettre en danger la vie de la société, du système politique, de la nation ou de l'espèce humaine. Peu importe la façon dont le sujet est ; la seule chose importante est de le configurer de sorte qu'il ne puisse y avoir aucun accord avec lui, et qu'il doive être inévitablement anéanti. Face à une telle menace, il n'est pas possible d'opposer un quelconque obstacle ou une quelconque limite au pouvoir punitif »². La criminalité contemporaine ne doit pas faire dévier le droit pénal de sa trajectoire en consacrant le droit pénal de l'ennemi. L'horreur doit donner une nouvelle impulsion à la science pénale qui doit se réorganiser en se conformant aux principes unanimement admis par l'humanité. Les réponses pénales doivent donc être conformes aux droits de l'homme menacés par le droit pénal de l'ennemi.

¹ E. R. ZAFFARONI, « Dans un Etat de droit il n'y a que des délinquants », *op. cit.*, 2009, p. 49.

² *Ibid.*

B. Le droit pénal de l'ennemi, une menace pour les droits de l'homme

En détruisant les principes fondamentaux du droit pénal, la doctrine de l'ennemi constitue aussi une menace pour les droits de l'homme. Le droit pénal de l'ennemi, en distinguant citoyens et ennemis, sonne le glas de l'universalité des droits et libertés fondamentaux, excluant de la communauté des hommes les ennemis¹. C'est le droit en quelque sorte du renoncement au Droit pour certains, les ennemis.

Le paradigme du droit pénal de l'ennemi semble conduire tout droit de la guerre contre le crime à une « guerre contre les droits de l'homme »². La légitime défense, élargie à la défense préemptive, voire préventive, en vient en effet à légitimer, au nom de l'efficacité, tous les moyens, y compris les moyens inhumains. La militarisation du droit pénal tend à écarter les garanties du droit international et du droit international des droits de l'homme.

Les emprunts à la logique de guerre conduisent à la déjudiciarisation du procès et la désindividualisation du criminel. Les principes d'indépendance et d'impartialité du juge et les règles du procès équitable ne sont plus garantis. L'usage et la légalisation de la torture est une manifestation de ce phénomène. La désindividualisation du criminel est constatée aussi bien pendant la phase de constatation de la culpabilité que celle de la détermination de la peine³.

L'interdit de la torture, posé à l'échelle internationale, régionale et mondiale, exprime la reconnaissance de l'égale dignité de tout être humain à l'échelle planétaire. S'il est une valeur à caractère universel, c'est bien cette égale dignité, inscrite à l'article 1^{er} de la déclaration

¹ Chr. LAZERGES, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *op. cit.*, p. 649.

² M. DELMAS-MARTY, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain », *op. cit.*, p. 461.

³ *Ibid.*, p.463.

universelle des droits de l'homme¹. L'interdit de la torture, forme extrême de traitement inhumain ou dégradant, relève des instruments de protection des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

Derrière la stigmatisation d'un individu à travers le concept de dangerosité, ce n'est plus la matière pénale qui est en cause, mais celle infiniment plus précieuse parmi toutes les autres, des droits de l'homme : réduire un être humain à sa seule dangerosité, reviendrait, en effet, à lui refuser toutes les autres caractéristiques que l'on accepterait de reconnaître dans les « autres » membres de la communauté humaine – les non-dangereux – et, par ce mouvement réducteur, à refuser d'admettre son égale dignité, essence des droits de l'homme².

La doctrine de l'ennemi est donc en contradiction flagrante avec les valeurs communes de l'humanité : l'universalité des droits de l'homme. Elle se saurait donc prospérer dans un Etat de droit contrairement à ce que pense Günther Jakobs, le théoricien de la doctrine. Le droit pénal moderne est libéral et doit le rester parce qu'il respecte la liberté individuelle et les droits de l'homme. Les Etats ayant adhéré volontairement aux instruments juridiques internationaux protecteurs de ces droits ont en conséquence l'obligation de respecter leurs engagements. Ceci passe par la reconnaissance du seuil liminaire de tous les droits à savoir la considération de tout être humain comme une personne. Et selon un auteur, la thèse du droit universel, qui domine aujourd'hui dans la littérature et en droit international, ne se limite pas à la possibilité de

¹ Cette déclaration pose le principe que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits.

² P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité », *op. cit.*, p. 798.

sanctionner l'Etat qui méconnaît ce devoir, mais, elle considère cet impératif comme incorporé au droit interne de chaque Etat¹.

La défense de la société contre le crime doit donc être compatible avec les valeurs qui fondent la communauté mondiale, à commencer par l'égalité de dignité de tout être humain, bafouée par des mesures de guerre contre le crime (droit pénal de l'ennemi) qui s'accompagne de tortures et autres traitements inhumains et dégradants. La lutte contre le crime doit intégrer et respecter ce noyau dur des valeurs communes que l'on nomme droits indérogeables². En conséquence, toute politique criminelle doit aller dans le sens des droits de l'homme, en conformité avec la règle de droit positive universelle, régionale et nationale suprême. Aujourd'hui, personne ne peut défendre sa position en disant qu'il pense et théorise comme un scientifique qui ne s'éloigne pas de son bureau, pour adopter la figure de l'artifice de Schmitt, tout simplement parce que, aujourd'hui, par la primauté du droit, le bureau est planté au milieu des droits de l'homme³. Le droit pénal doit s'inscrire dans (et non en dehors) de l'Etat de droit partant du postulat du lien intime, pour ne pas dire fusionnel entre le droit pénal et les droits de l'homme⁴.

Le concept flou de dangerosité entraîne la régression des garanties du respect des droits de l'homme. Il porte atteinte à l'Etat de droit parce qu'il porte atteinte aux libertés et droits fondamentaux. L'Etat de droit ne peut en aucun cas intégrer le concept d'ennemi, sous peine de ne plus être un Etat de droit, parce que le concept lui-même correspond au modèle d'un

¹ E. R. ZAFFARONI, « Dans un Etat de droit il n'y a que des délinquants », *op. cit.*, p. 46.

² M. DELMAS-MARTY, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain », *op. cit.*, p. 469.

³ E. R. ZAFFARONI, « Dans un Etat de droit il n'y a que des délinquants », *op. cit.*, p. 46.

⁴ Chr. LAZERGES, « Les droits de l'homme à l'épreuve du terrorisme », *op. cit.*, p. 759.

Etat absolu. Par Etat absolu, il faut entendre n'importe quel Etat, libéré de toutes les limites à l'exercice de son pouvoir¹. L'Etat absolu de sécurité nationale se traduit dans le champ pénal par un triplement du système pénal ; d'abord, le système pénal plus ou moins formel continue de fonctionner ; ensuite, un système parallèle est mis en œuvre (des emprisonnements, sur invocation d'urgence, de nature administrative, indéterminés et sans droit à révision judiciaire) ; et, enfin, un système pénal souterrain recourt à la torture, aux séquestrations, aux disparitions forcées de personne, prend des otages, effectue des exécutions sans procès et saisit des butins de guerre².

Dans le contexte actuel marqué par des dérives sécuritaires, les Etats ne sauraient prendre, au nom d'intérêts considérés comme primordiaux (comme la lutte contre le terrorisme ou la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation), n'importe quelle mesure. La plus grande victoire des « ennemis des droits de l'homme » serait de mettre en péril l'Etat de droit par l'émergence et la consolidation d'un Etat prétendu de sécurité qui se légitimerait par l'adoption de mesures de plus en plus sévères et de plus en plus attentatoires aux droits et libertés fondamentales, marquant le déclin du droit pénal³. Or, le constat d'une orientation actuelle du droit pénal vers les politiques criminelles qui se développent contre les droits de l'homme en consacrant l'idée d'ennemi est une évidence. De telles orientations signent un retour vers la législation pénale pré-moderne. Une réponse sans excès est donc exigée du théoricien du droit pénal. La mission du savoir juridique et du savoir juridique pénal en particulier est de s'appuyer sur l'Etat de droit et de le

¹ E. R. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 51.

² *Ibid.* p. 52.

³ Chr. LAZERGES, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *op. cit.*, p. 658.

renforcer dans sa lutte permanente et pulsionnelle avec l'Etat de police. Dans le domaine normatif d'aucun Etat de droit il n'y a de conciliation possible avec la théorisation d'un droit pénal de l'ennemi. C'est d'ailleurs pourquoi la doctrine de l'ennemi n'a pas eu d'écho favorable dans la doctrine pénale.

La présence d'un droit pénal de l'ennemi malgré son rejet par la doctrine pénale s'explique selon un auteur par le fait que « les Etats de droit réels [...] ne sont pas des Etats de droit idéaux, lesquels n'existent pas dans ce monde. Tous les Etats de droit de ce monde sont en réalité un processus de contradiction permanente entre l'Etat de droit et l'Etat de police, c'est-à-dire que l'Etat absolu ne disparaît pas avec l'Etat de droit réel, mais l'Etat de police (dans une tension constante vers l'Etat absolu) reste enfermé à l'intérieur de l'Etat de droit, encapsulé et contenu, mais avec des pulsions constantes essayant de perforer et, si possible, de le faire éclater. Aussitôt que la capsule contenant l'Etat de droit s'affaiblit, l'Etat de police émerge avec la tendance à dériver vers un Etat absolu »¹.

Il est donc à constater avec Christine Lazerges que la « dangerosité du concept de dangerosité n'est plus à démontrer, il se construit depuis la nuit des temps sur la peur, les peurs et le mirage du risque zéro »².

Conclusion

Au terme de ces analyses, nous constatons que s'il existe bien des manifestations du droit pénal de l'ennemi dans les systèmes pénaux contemporains, c'est l'appellation qui est surtout controversée. Geneviève Giudicelli-Delage résume d'ailleurs bien cette idée en soulignant l'inadéquation de la formule « droit pénal de l'ennemi au regard des

¹ E. R. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 55.

² Chr. LAZERGES, *Les droits de l'homme à l'épreuve du terrorisme*, *op. cit.*, p. 760.

pratiques du droit pénal de la dangerosité »¹. Cette construction théorique d'un droit pénal nouveau de l'ennemi n'est en réalité qu'une résurgence des théories nazies de la culpabilité. Réhabilitée sous le nom de « droit pénal de l'ennemi », il ne s'agirait selon un auteur qu'un « droit de la sécurité nationale »².

Le principal problème que pose le droit pénal de l'ennemi est sa tentative de résoudre, d'une manière constitutionnelle, la contradiction entre deux nécessités apparemment opposées : une forte réaction contre les crimes les plus graves et le maintien de l'Etat de droit. Comment l'Etat de droit peut être garanti quand la survie de la société est en danger. C'est tout le défi auquel le droit pénal contemporain est confronté. Toutefois, la politisation des criminels et leur transformation en ennemi n'est pas l'unique solution. Même des législations contre le terrorisme peuvent être compatibles avec un régime constitutionnel et les droits de l'homme quand elles sont basées sur des règles émanant d'institutions représentatives qui sont capables d'obtenir la conformité à la loi en cas de violations à travers des procédures basées sur des garanties constitutionnelles. Une meilleure articulation entre l'efficacité contre le crime et le respect des droits de l'homme doit être recherchée.

Les juristes pénalistes doivent s'extirper des sentiers tortueux du droit pénal de l'ennemi et emprunter la voie d'un droit pénal capable d'affronter les terribles agressions de l'heure postmoderne en se conformant aux principes sacro-saints des droits de l'homme.

¹ G. GIUDICELLE-DELAGE, *La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité op. cit.*, p. 78.

² J. ALIX, *Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale*, RSC, 2017, p. 845.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

LIVRES

- BOULOC B. *Droit pénal général*, 25^e éd., Dalloz, 2017.
- GAMBERINI A. et ORLANDI R. *Delitto politico et diritto penale del nemico. (Délit politique et droit pénal de l'ennemi)*, Bologna, Monduzzi, 2007.
- GASSIN R. *Criminologie*, 6^e éd., Dalloz, 2007.
- LAZERGES Ch. *Introduction à la politique criminelle*, L'Harmattan, 2000.
- MASSE M., JEAN J.-P. et Giudicelli A. *Un droit pénal postmoderne ?* PUF, Coll. « Droit et justice » 2009.

ARTICLES

- ALIX J. « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC* 2017, p. 845.
- BORE L. « Rapport Nallet : La place du droit pénal dans la société contemporaine », *Recueil Dalloz* 2020, p. 72.
- BULLIER A.-J. « La législation anti-terroriste au Royaume-Uni : vers une justice d'exception ? » *AJ Pénal* 2004, p. 199.
- DELAGE P.-J. « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC* 2007, p. 797.
- DELMAS-MARTY M. « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? » *RSC* 2007, p. 461
- DELMAS-MARTY M. « Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC* 2009, p. 59.
- DELMAS-MARTY M. « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », *RSC* 2010, p. 5.
- DUMONT H. « Criminalité collective et principaux responsables : échec ou mutation du droit pénal ? » *RSC* 2012, p. 109.
- GIRAULT C. « Le droit pénal à l'épreuve de l'organisation criminelle », *RSC* 1998, p. 715.

-GIUDICELLI-DELAGE G. « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010, p. 69.

-JAKOBS G. « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009, p. 7.

-LAZERGES Ch. « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016, p. 649.

-LAZERGES Ch. « Les droits de l'homme à l'épreuve du terrorisme », *RSC* 2018, p. 753.

-MOLINS F. « De la nécessité de lutter activement contre les nouvelles formes de criminalités », *AJ Pénal* 2004, p. 177.

-PAPA M. « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *RSC* 2009, p. 3.

-TOCORA F. « Crime organisé et lois d'exception », *RSC* 1999, p. 87.

-VERGES E. « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ Pénal* 2004, p. 181.

-VOGLIOTTI M. « Mutation dans le champ pénal contemporain : vers un droit pénal en réseau ? » *RSC* 2002, p. 721.

-ZAFFARONI E.-R. « Dans un Etat de droit il n'y a que des délinquants », *RSC* 2009, p. 43.

**LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE
DANS LE CONTENTIEUX DU TRAVAIL AU MALI**

**Boubacar Abdoulaye BOCOUM,
docteur en droit privé, enseignant-chercheur à l'Université des sciences
juridiques et politiques de Bamako**

Résumé : Principe directeur du procès, le principe du contradictoire irrigue toutes les disciplines du droit. Le justiciable doit être entendu ou dûment appelé. Le respect du contradictoire s'impose naturellement devant le juge du travail. Il peut toutefois s'appliquer avec difficulté. La jurisprudence récurrente de la Cour suprême en atteste. Longtemps limité à la procédure ordinaire, il a été progressivement introduit dans les procédures alternatives de règlement du différend du travail.

Cependant, le principe du contradictoire, bien que garanti par des textes à valeur constitutionnelle, internationale et législative, peine à être effectif. Que ce soit la phase contentieuse ou celle non contentieuse, le requérant ne dispose pas toujours de moyens adéquats pour faire valoir ses arguments. Il conviendrait alors de proposer de pistes de réflexion allant dans le sens de l'effectivité du principe sus évoqué dans les principales phases du contentieux social.

Mots-clés : Respect-contradictoire-procédure-alternative-ordinaire-contentieux-social.

1. Il n'est guère douteux que l'accès à la justice constitue une préoccupation constante pour l'ensemble des acteurs de la sphère sociale au Mali. L'observation du parcours contentieux, permet de repérer et de relever les carences de l'appareil judiciaire. Devant les tribunaux, le nombre de conflits du travail a littéralement explosé ces dernières années. Poursuites en réclamation de salaire, demande de recouvrement d'indemnités, demande de classement dans la convention collective de branche, action en dommages-intérêts, contentieux liés à la promotion interne, à l'intérim d'un poste supérieur, contentieux liés aux conditions d'exécution du travail¹ alimentent le contentieux devant le juge du travail au Mali². Il est donc apparu nécessaire que la justice livre bataille sur un large front, ce qui implique la diversification des circuits procéduraux. Cependant, au lieu d'être une source d'optimisation de la procédure, cette diversification a plutôt contribué à la complexité du paysage contentieux.

2. Il faut malheureusement observer que le contentieux social malien se caractérise par son extrême complexité, la multiplicité de ses acteurs, l'opacité de ses règles et le manque de moyens. Ces dysfonctionnements ont posé de nombreux défis, inédits, dans le domaine du droit du travail. En plus, la dispersion des juridictions et le morcellement du contentieux entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif ont longtemps entravé l'accès au juge et mis à mal le principe du contradictoire. Confronté à ce malaise judiciaire, le législateur et les gouvernants ont initié de

¹ Il s'agit notamment des contentieux se rapportant à la qualité de service, aux indemnités de rupture, à la réintégration dans l'entreprise, à la remise de certificat de travail, aux heures supplémentaires, aux repos et congés.

² Fassoum COULIBALY, *Dialogue social au Mali : réalités et enjeux*, Droit. Université de Bordeaux, 2019, p. 212.

nombreuses réformes. Cependant, la relecture récente du Code du travail¹ n'a pas permis d'apaiser et d'améliorer réellement le fonctionnement de la justice du travail au profit des justiciables. Il faut dire que la procédure contentieuse a été tenue à l'écart de tout changement institutionnel.

Au lieu de procéder à une réforme d'ensemble du contentieux social, le législateur a opté pour une politique de « sous-administration » en renonçant à un remaniement du système juridictionnel pour privilégier des petites réformes. Or, aujourd'hui, il importe, de procéder à une modification en profondeur du dispositif institutionnel. En ayant à l'esprit que toute innovation procédurale en matière sociale devrait pouvoir concilier les deux impératifs : le respect des droits fondamentaux du salarié aussi bien en temps normal qu'en temps de crise et la nécessaire prise en compte des droits de facture libérale telles les libertés économiques. De toute évidence, la prise en compte des garanties procédurales y compris le principe du contradictoire constitue aujourd'hui le *ratio legis* de la plupart des réformes en droit. La présente recherche s'inscrit dans cette logique

3. Afin de circonscrire clairement les limites de cette étude, il convient, préalablement, d'en définir plus précisément les différents termes. En effet, « même les jugements analytiques ne sont pertinents que si nous nous accordons sur l'usage réel des concepts, c'est-à-dire sur leur pratique sociale »². En d'autres termes, rien ne peut fonctionner si nous ne nous sommes pas d'abord mis d'accord sur la définition des concepts « travail », « droit du travail » et « contentieux du travail »

¹ V. not. loi n° 2022-005 portant modification de la loi n° 92-020 du 23 septembre 1992 portant Code du Travail au Mali ; loi n° 2017-021 du 12 juin 2017 portant modification de certaines dispositions du Code du travail de 1992.

² Philippe COPPENS, *Normes et fonction de juger*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 154.

4. Aucune définition ni légale ni réglementaire n'a été donnée du concept de « travail ». Généralement on fait référence au droit du travail. Pendant longtemps, aucune unanimité ne se dégage autour de la signification du terme « droit du travail » malgré l'usage courant de ce concept dans la langue juridique. Ainsi, pendant près d'un siècle la question s'est posée de savoir ce qu'il convient d'entendre par « droit du travail ». Il est parfaitement défini aujourd'hui par la doctrine. Selon une acception courante, le droit du travail est celui qui régit les relations individuelles ou collectives de travail¹.

5. Cependant, contrairement aux concepts « travail » et « droit du travail », la définition du contentieux n'a jamais posé de difficulté majeure. Elle est d'ailleurs relativement bien établie. À l'instar des autres contentieux juridiques, celui de droit du travail s'entend du processus des règlements des conflits². Il recouvre en général le droit des litiges au sens large³. On comprend par là non seulement les litiges devant un juge, mais aussi ceux sans juge⁴. Toutefois, il s'en distingue en raison de la nature, de la diversité et de la finalité des droits spécifiques qu'il recouvre⁵. Le contentieux du droit du travail à une double caractéristique⁶ :

¹ V. Daouda BA, *Droit du travail au Mali*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 1.

² Yves SAINT-JOURS, « Les particularités du contentieux social », *Le Droit Ouvrier*, novembre 2013, n° 784, p. 696.

³ Grégory KALFLECHE, « L'identité de droit public - La notion de contentieux, une spécificité du droit public ? », *Presses de l'Université de Toulouse*. Disponible sur <https://books.openedition.org/putc/391?lang=fr>. Consulté le 10 août 2022.

⁴ *Ibid.*

⁵ Yves SAINT-JOURS, « Les particularités du contentieux social », *op. cit.*, p. 696.

⁶ Corinne PIZZIO-DELAPORTE, *Droit du travail, les relations individuelles*, Paris, Vuibert, 4^{ème} éd., 2001, p. 28.

premièrement, le recours au juge a plus pour objet de servir d'arme dans le rapport de force entre l'employeur et le salarié que de faire trancher le litige sur une question précise. Deuxièmement, le droit du travail est confronté à l'éparpillement du contentieux. En général, tout litige individuel opposant le salarié et l'employeur est porté devant le tribunal du travail¹. Mais d'autres juridictions peuvent avoir à connaître du droit du travail : les tribunaux répressifs en cas d'infraction en droit pénal du travail, le tribunal administratif statuant en recours contentieux. Le tribunal civil en matière de contentieux électoral, enfin le Conseil d'arbitrage en matière de litige collectif comme pour l'interprétation des conventions collectives de travail.

6. Aussi, la doctrine et les praticiens sont relativement en accord sur la définition du principe du contradictoire² ou de contradiction³. En droit processuel, ce concept est défini comme le droit d'être entendu ou appelé à l'instance, de pouvoir y défendre ses intérêts, ce qui implique de

¹ Code du travail. art. L. 192 al. 1^{er}.

² La notion du contradictoire n'est pas expressément définie par la loi alors qu'elle existe dans tous les contentieux.

³ Cf. par exemple, V^o « Contradiction (dans un procès contentieux) », in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., PUF, Association Henri Capitant, 2007 : Contradictoire Syn. Principe du contradictoire ; « la/ Situation qui naît lorsque les parties adverses (demandeur et défendeur) sont à même de faire valoir leurs moyens de défense et leurs prétentions respectives dans l'instance qui les oppose ». Un autre auteur donne une définition singulière en ce que le contradictoire serait les droits d'une seule partie : Marie Anne FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse, Lille III, 1988, n 7, p. 20 : « On peut hâtivement dire que le contradictoire se concrétise dans un ensemble de règles garantissant à une partie la pleine connaissance de l'instance et la possibilité de défendre ses intérêts en y participant, après le temps de réflexion nécessaire ».

connaître les prétentions, les moyens de défense et les preuves de son adversaire en temps utile et de pouvoir les discuter librement. De l'examen analytique de cette définition il ressort que le principe du contradictoire se compose « d'un certain droit de savoir et d'un certain droit de discuter »¹.

La première composante, le droit de savoir se limite en fait, à quatre garanties essentielles² : l'information sur le dépôt d'une requête et sur les productions de mémoires et d'éléments de preuve des parties adverses ; la communication par le juge (ou devant l'inspection du travail par le conciliateur) des preuves en sa possession ; l'information de la date d'audience. Il peut enfin se matérialiser par la consultation d'un avocat ou par l'accès à la procédure³.

La seconde composante du principe est le droit de discuter. Envisagé sous couvert du contradictoire ce droit pourrait s'entendre de la possibilité pour chaque partie de produire des preuves, de discuter celles administrées par les autres et de pouvoir les combattre par tous les moyens légaux. Cependant aussi importants que soient les droits découlant de ce principe, ceux-ci n'en sont pas pour autant absolus⁴ mais

¹ Lionel ASCENSI, *Du principe de la contradiction*. Thèse Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2005, p. 96-107.

² Pierre RAYNAUD, « L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16 », in *Mélanges offerts à P. Hebraud*, Université des Sciences sociales, 1981, p. 715.

³ Nicolas HOFFSCHIR, « Les limites du principe du contradictoire à l'égard du juge », Dalloz, septembre 2022, disponible sur <https://www.dalloz-actualite.fr> consulté le 13 août 2022.

⁴ En effet, pour des motifs d'économie procédurale, en particulier pour les affaires simples, ou pour celles qui commandent une décision rapide, il existe des procédures sommaires qui, dans leur première phase, sont unilatérales: injonction de paiement, mesures provisoires ou conservatoires, contraventions

ils doivent se combiner avec d'autres principes directeurs de la procédure en matière sociale¹. Dans l'analyse moderne de la contradiction, le juge lui-même est tenu de soumettre ses propres initiatives à ce principe².

7. La valeur du principe du contradictoire est très largement reconnue par le droit positif. Il est reconnu à tous les échelons de notre pyramide des normes. Il apparaît en filigrane dans les textes nationaux, communautaires et en droit OHADA. La CCJA le considère comme « un élément fondamental du procès équitable »³, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples⁴ dans l'affaire Oumar Mariko c/ l'Etat du Mali évoque un « principe fondamental » Enfin la Cour suprême⁵ le consacre en tant que « principe cardinal ».

Il n'est pas vain de faire remarquer que le principe du contradictoire est reconnu dans toutes les procédures (civiles, pénales sociales et administratives). Il semble que l'application du principe du contradictoire

administratives etc. Là, le juge décide sur la base des allégations de la seule partie demanderesse ou autorité de poursuite, dans la mesure qu'elles possèdent au moins un *fumus boni iuris* et qu'elles sont concluantes; pourtant, la décision du juge n'est que provisoire et la partie peut faire opposition; celle-ci anéantit la décision provisoire du juge et la procédure devient contradictoire par la suite.

¹ Sylvain BOLLE, Hakim BOULARBAH, *Le principe du contradictoire en arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1^{re} éd., 2017, p. 1.

² Frédérique FERRAND, « Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen », *RIDC*. Vol. 52 n° 2, avril-juin 2000, p. 346.

³ CCJA, arrêt n° 103/2018, 26 avril 2018, MBULU MUSESO c/ la Société des Grands Hôtels du Congo (SA) et consorts

⁴ CADLP, Affaire Oumar Mariko c/République du Mali, Requête n° 029/2018, arrêt 24 mars 2022, p. 14. Disponible sur [https://www.african-court.org › uploads › public](https://www.african-court.org/uploads/public). Consulté le 17 juillet 2022.

⁵ V. CS-SA, arrêt n°22 du 16 avril 2007, Habib Sissoko c/Arrêt social n° 142 du 27 octobre 2006 de la Cour d'appel et le sieur Souleymane Sidibé.

devant le tribunal du travail et le tribunal administratif soit plus problématique.

8. Dès lors c'est une analyse transversale du principe du contradictoire en droit du travail qui est proposée ici (par exemple, son incidence sur le défaut de participation à l'arbitrage, son importance dans les mesures correctrices et coercitives). Toutefois dans la présente étude, nous allons circonscrire exclusivement notre examen au contentieux soumis au tribunal de travail et aux tribunaux administratifs en cas de litiges sociaux. Ce choix se justifie par la complexité¹ des affaires jugées devant ces juridictions qui impose une étude spécifique et approfondie.

9. Le respect du principe du contradictoire dans le contentieux social mérite de faire l'objet d'une véritable exploration, et ce d'autant plus que le contentieux social est un domaine peu investi par les juristes ; l'application du principe du contradictoire dans le contentieux est également peu étudié et apparaît particulièrement délaissé par les spécialistes de la matière. L'objectif de la présente étude est de rendre compte des difficultés relatives au règlement des conflits sociaux et de proposer des pistes de solution. A cet égard, faisons remarquer que l'accès aux droits et l'effectivité du principe du contradictoire constituent depuis longtemps une préoccupation constante pour l'ensemble des acteurs de la sphère sociale.

10. Fort heureusement, la prévention et la résolution des conflits suscitent aujourd'hui de plus en plus d'intérêt car il est essentiel qu'elles soient efficaces pour que les relations professionnelles soient justes et productives². Les processus de résolution des conflits offrent aux parties

¹ Il s'agit notamment de la complexité de l'organisation juridictionnelle et de la complexité de la légalité procédurale.

² V. Patricia O'DONOVAN, Moussa OUMAROU, préface dans *Systèmes de résolution des conflits du travail*, Lignes directrices de l'OIT, 1^{re} éd., 2014, p. 1.

concernées la possibilité de continuer la négociation collective et de consolider le dialogue social¹. Dans la mesure où le conflit fait partie intégrante des relations de travail et où il est inévitable². C'est alors au législateur d'être plus inventif pour faire face au contentieux et réguler les rapports entre les parties.

De ce point de vue, l'analyse du dispositif juridique montre qu'au-delà des normes promouvant la répression, le législateur offre aux parties en cas de litige un cadre facilitant le dialogue entre les parties, notamment en instaurant des modes alternatifs de règlement des litiges³. On peut distinguer trois modes alternatifs de règlement des différends : la conciliation, l'arbitrage et la médiation. Il est important de souligner que le terme médiation n'est pas exactement utilisé par la loi malienne, elle parle plutôt de « commission de conciliation » qui fonctionne comme une médiation. Nous sommes donc en face d'un régime mixte (médiation/conciliation). Ce faisant, le législateur a ainsi consacré l'existence d'une procédure de règlement du litige social à plusieurs vitesses. Se pose dès lors la question du degré d'effectivité théorique du principe du contradictoire dans la procédure de règlement du différend en droit du travail. Autrement dit, le principe du contradictoire

¹ Pour une synthèse, avec de nombreuses références, relative au dialogue social au Mali v. Dianguina TOUNKARA, « Réalités du dialogue social et responsabilité du droit au Mali », *REMASJUPE*, n° 5, 2018, p. 267-304.

² *Ibid.*

³ « Les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent se définir comme un corpus de règles, tantôt informelles reposant sur des pratiques organisées dans le temps, tantôt fixés par le législateur, en vue de la résolution d'un différend par le biais de la négociation, de la discussion avec la potentielle aide d'un tiers, indépendamment de tout recours à la justice étatique ». V. sur ces aspects. Alexis FORGE, *Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit du travail*, Mémoire, Paris 2, 2016, p. 20.

s'applique-t-il avec la même intensité dans toutes les phases du contentieux du travail ?

11. Il y a lieu de relever que la contradiction, qui révèle la quintessence du procès¹, s'épanouit, de façon privilégiée, dans les matières civile et pénale. Elle semble, en revanche, se faire plus rare au sein du contentieux du travail. En effet, en matière sociale, l'évolution de la procédure de règlement des conflits individuels ou collectifs de travail ces dernières années, se caractérise notamment par la mise en place de fenêtres de contradictoire durant la phase précontentieuse, se développant de manière relative à la phase du jugement et culminant en un contradictoire total devant les juridictions d'appel.

12. Comme on le voit, les dispositions du droit social malien sont constituées par un corps de textes applicables à la phase précontentieuse, phase qui donne l'apparence trompeuse d'une procédure contradictoire (I). Ce n'est qu'au niveau des juridictions d'appel que le principe du contradictoire en droit social trouve sa plénitude car même à l'étape du jugement, c'est la pauvreté des textes qui est marquante. Ainsi, le contradictoire est soumis à des variations importantes à la phase judiciaire d'où l'élasticité du contradictoire (II).

I. La procédure alternative de règlement des litiges ou l'apparence du contradictoire

13. La procédure de règlement des différends du travail se veut équitable et contradictoire à toutes ses étapes, objectif clairement exposé par la

¹ Séverine NICOT, « Le Conseil constitutionnel face à ses contradictions », in *Le contradictoire dans le procès pénal. Nouvelles perspectives*, Actes du Colloque organisé le 8 décembre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles de Grenoble (ISCG), C. RIBEYRE (dir), éd., Cujas, 2012, p. 51.

constitution du Mali. Cependant, force est de constater que relativement à la procédure alternative de règlement des litiges,¹ le principe du contradictoire est respecté exclusivement en apparence² car, bien que l'enquête devant l'inspection du travail soit placée sous le signe du contradictoire elle se place en faux avec ce principe (1). Ce n'est qu'au niveau des instances arbitrales que le caractère contradictoire de la procédure se manifeste mais timidement (2).

A. La conciliation devant l'inspection du travail: l'illusion d'une véritable contradiction

14. Le caractère d'une justice du travail qui serait en tout point équitable et contradictoire devant l'inspection du travail appartient presque à une sorte de mythologie de terre promise. Le développement du contradictoire s'avère limité face aux exigences concrètes qu'implique le travail de l'inspecteur du travail (2) et au déficit de débat contradictoire (1).

1. La garantie d'une enquête contradictoire : une garantie en trompe l'œil

15. « L'enquête contradictoire consiste à écouter les parties sur leur moyen et de tenter de concilier les parties tout en rappelant et insistant sur le respect des points de droits (législation) sous peine de sanctions par

¹ On peut distinguer trois modes alternatifs de règlement des différends : la conciliation, l'arbitrage et la médiation. Il est important de rappeler que le terme médiation n'est pas exactement utilisé par la loi. C'est pourquoi, la médiation ne fera pas l'objet d'étude à part.

² C'est le constat amère qu'on peut faire à l'analyse des décisions de la Cour suprême. V. par exemple. CS-SA, arrêt n° 236 du 4 septembre 2014, Mamadou DABO c/ La Direction Nationale du Travail. Inédit.

l'inspection du travail »¹. Au cours de l'enquête, l'employeur peut se faire représenter par une personne dûment mandatée². Aux termes de l'article 190 du Code du travail « Tout travailleur ou tout employeur pourra demander à l'inspecteur du travail, à son délégué ou à son suppléant de régler le différend à l'amiable »³. Les parties sont tenues de se présenter à l'inspection au jour et à l'heure fixés par la convocation, sous peine d'une amende⁴.

Cette consécration traduit la volonté du législateur de se mettre en conformité avec les recommandations formulées par l'OIT⁵. La phase de la conciliation est un moment de face-à-face entre l'inspecteur et les personnes qu'il auditionne. Cela implique la présence réelle des protagonistes, réunis dans un même lieu⁶. Le respect du contradictoire dicte une telle procédure, qui garantit autant que possible la participation des intéressés⁷.

¹ Fassoum COULIBALY, *Dialogue social au Mali : réalités et enjeux, op. cit.*, p. 213.

² La personne dûment mandatée est généralement un conseil, avocat de l'entreprise, qui de plus en plus assiste les entreprises lors des séances de conciliation au niveau de l'inspection du travail ou des enquêtes de licenciement. V. sur ces aspects. Fassoum COULIBALY, *Ibid.*

³ Code du travail, art. L. 190 al. 1^{er}

⁴ Article A. 190 de l'arrêté d'application du Code du travail : « Le montant de l'amende civile qui sanctionne la non-comparution des parties devant l'inspecteur du travail aux fins de conciliation, est fixée à cinq mille (5.000) F. C.F.A »

⁵ V. convention OIT (n° 81) sur l'inspection du travail. Accessible en ligne sur <https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?>

⁶ Code du travail, art. L. 190 al. 3.

⁷ Jean Louis GILLET, « Faut-il sauver l'oralité ? » in *Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 711.

16. Pourtant, cette nécessité d'une enquête contradictoire aurait pu rester lettre morte sans l'intervention du juge. En effet, de nombreux arrêts¹ rappellent les principes posés par le code du travail.

Par exemple, dans son arrêt n° 236 (Mamadou DABO et autres c/ la décision de la Direction nationale du travail) rendu en 2014², la Cour suprême rappelait que « l'inspecteur du travail doit préalablement à l'émission de toute opinion mener une enquête contradictoire qui l'oblige à entendre toutes les parties ». Dans cette affaire, la Cour reprochait à l'inspecteur du travail de n'avoir pas pris les diligences nécessaires pour convoquer les 27 délégués syndicaux et de leur accorder la possibilité de s'expliquer, avant de répondre favorablement à la demande de licenciement de LTA-MALI. Ainsi, au lieu d'adresser des convocations aux parties l'inspecteur du travail, a pris les délégués syndicaux au dépourvu alors que les principes généraux du droit de la défense, imposent une enquête contradictoire. En théorie, le contradictoire est respecté ici au moins dans un de ses aspects essentiel notamment le droit d'être appelé. Il faut donc convenir que la reconnaissance législative est minime dans son objet. Comme son nom le laisse deviner, cette enquête est placée sous le signe du contradictoire. Néanmoins, revendiquer cette appellation ne garantit pas le respect du principe en question. Il semble

¹ Voir à titre d'exemple, CS-ch soc., arrêt n° 10 du 12 avril 2016, Les six délégués syndicaux de la mine d'or de Yatela c/ jugement n° 17 du 5 mai 2014 le Tribunal du travail de Kayes ; CS-SA, arrêt n°130 du 6 juin 2013, BCM-MALI S.A c/La Direction Nationale du Travail ; CS-SA, arrêt n° 95 du 17 octobre 2002, Les sieurs Bocary SERRA et Moussa KANTE c/ Le jugement n° 33 du 7 décembre 2001 du Tribunal administratif de Kayes (l'inspecteur du travail de la Région de Kayes).

² V. CS-SA, Arrêt n°236 du 4 septembre 2014, Mamadou DABO c/ La Direction Nationale du Travail. Inédit.

bien qu'à de nombreux égards, l'enquête contradictoire porte mal son nom.

17. D'abord, il convient de relever que sans être exclu, le droit à l'assistance d'un avocat n'est pas reconnu expressément dans les locaux de l'inspection du travail. Les conventions n° 81 et n° 129 de l'OIT adoptées le 11 juillet 1947 et le 25 juin 1969 définissent les pouvoirs que les inspections du travail doivent posséder pour mener à bien leurs missions. L'article 12 (i) de la convention n° 81 stipule que « Les inspecteurs du travail munis de pièces justificatives de leurs fonctions seront autorisés: à interroger, soit seuls, soit en présence de témoins, l'employeur ou le personnel de l'entreprise sur toutes les matières relatives à l'application des dispositions légales ».

Il ressort de ce texte que les conventions autorisent l'inspecteur du travail à interroger seul ou en présence de témoins¹. On sait que le mot « seul » signifie « sans public » et pas « isolé »². Mais, la controverse existe plutôt sur l'interprétation qui est faite par les juristes du terme « témoins ». Un bon nombre d'auteurs ont en effet exprimés des opinions pour le moins divergentes. Pour certains le délégué syndical (pour le travailleur) ou le mandataire (pour l'employeur) serait le meilleur témoin du déroulement des débats devant l'inspection du travail. Pour d'autres, ce témoin n'est autre que l'avocat. Ces auteurs³ sont favorables à

¹ Article 12 de la convention n° 81 de l'OIT et article 16 de la convention n° 129.

² Virgile PRADEL, *Le contrôle du licenciement disciplinaire du salarié protégé*, Thèse, Université Paris Descartes, 2013, p. 79 et s

³ Une partie de la doctrine appelle d'ailleurs de ses vœux la consécration du droit à l'avocat dès la phase précontentieuse de la procédure en matière social. Pour ces auteurs, les privations de l'exercice d'un droit fondamental semblent inappropriées. En plus, le droit à l'avocat s'impose d'autant plus devant l'inspection du travail qu'il résulte d'une exigence constitutionnelle.

l'intervention de l'avocat devant l'inspection du travail. Ils estiment en effet que rien ne doit empêcher le travailleur de bénéficier de l'assistance d'un avocat¹. Etant donné que les résultats de l'enquête contradictoire serviront de base aux juridictions de jugement, la présence de l'avocat est nécessaire à ce stade préliminaire mais crucial de la procédure.

18. Entre les deux solutions extrêmes, c'est-à-dire consacrer expressément le droit à l'assistance de l'avocat à ce stade de la procédure ou s'abstenir totalement de le faire, le législateur français a opté pour une solution de compromis qui consiste à autoriser l'avocat à n'intervenir devant l'inspection du travail que dans des cas très limités². En réalité, en France, diverses réformes récentes ont fait de l'inspecteur du travail non seulement le policier du droit du travail, mais aussi une autorité quasi juridictionnelle par le biais de la transaction pénale³. Relativement à cette institution, une immersion entre les systèmes juridiques français et malien révèle une évolution en France par rapport à notre pays.

19. Mais, dans le contexte malien, il est légitime de se demander si cette orientation législative correspond parfaitement aux aspirations des

¹ Pour ces auteurs, les privations de la représentation par un avocat ne proviennent pas tant des instruments internationaux de protection du travailleur que de l'interprétation de ces normes par l'inspection du travail.

² L'inspection du travail dispose désormais de pouvoirs de police judiciaire en matière de lutte contre le travail illégal et notamment du droit de procéder à des auditions libres des personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction. La personne convoquée se verra notifier ses droits et sera assistée par un avocat, mais se verra opposer devant les magistrats le contenu de ses auditions. La défense doit donc intégrer les règles et réflexes jusque-là réservés aux auditions par un officier de police judiciaire. Su ces aspects v. not.

³ Alain SALGADO, « Les nouveaux pouvoirs de l'inspection du travail ou comment être juge et partie », *La Lettre des Juristes d'Affaires* n° 1304 du 29/05/2017, p. 1.

partenaires sociaux. Est-ce que cela correspond vraiment à une demande des travailleurs ? Nous sommes tentés de répondre par la négative¹. De la même façon, les employeurs eux-mêmes ne souhaitent pas nécessairement à ce stade de la procédure, s'expliquer en audience publique sur leur comportement fautif, étant soucieux de la préservation de l'image de marque de leur entreprise à ce stade précoce de la procédure. En général, ils préfèrent la discrétion d'une éventuelle sanction pécuniaire loin des regards de tierces personnes. Si aucune des parties ne souhaite un débat contradictoire à armes égales devant un inspecteur de travail ou n'en ressent pas le besoin, le recours à un spécialiste du droit pour apprécier la faute ou l'infraction se révèle alors inadéquate, inopportune, et disproportionnée. A notre sens, le contradictoire par l'affrontement² lié à l'exercice du droit de discussion ne constitue pas une fin en soi, il doit s'appliquer à bon escient. Cela n'implique nullement que le contentieux devant l'inspection du travail reste exclusif du droit de discussion. Seulement, celui-ci doit s'exercer de façon opportune. La négociation nous paraît constituer l'élément fondamental d'une discussion participative adaptée à ces types de contentieux.

20. En tout état de cause, les stipulations précisées à l'article 12 de la convention n° 81 de la convention de l'OIT sont interprétées dans le sens d'un pouvoir de l'inspection du travail d'interroger et de confronter les

¹ Cette idée résulte de nos différents échanges avec des acteurs institutionnels du et de nos observations de la pratique devant les structures en charge de l'inspection du travail.

² C'est au stade de l'audience devant le tribunal, que s'attache encore à la défense l'image du *combat*, du *rituel* et de l'*éloquence* judiciaires. Mais ne s'agit-il pas d'une image d'Epinal ? En ce sens que débat succédé très souvent au combat. Tel est le cas devant l'inspection du travail.

parties sans aucune assistance par un avocat. De cette manière, une tradition s'est instaurée depuis longtemps de faire appel à un délégué syndical pour assister le salarié en cas de conflit. On le voit les règles régissant la procédure au niveau de l'inspection du travail ont pour effet de restreindre le droit à la représentation par un avocat.

21. Ensuite, nous pouvons regretter la consécration à cette phase procédurale, d'un droit à l'information en trompe l'œil des parties. Certes, l'inspecteur du travail est tenu de procéder à un rappel des points de droit au début de l'enquête, toutefois, en théorie, il n'est soumis à aucune obligation d'information liée au contentieux. Dans le même sens, le Conseil d'Etat a-t-elle-même admis que l'inspection du travail n'est pas tenue de préciser au salarié convoqué à l'enquête contradictoire les griefs dirigés contre lui : « il ne résulte d'aucune disposition législative ou réglementaire ni d'aucun principe que la convocation du salarié à l'enquête contradictoire (...) doit énoncer les griefs dont celui-ci fait l'objet et dont il a déjà pris connaissance au cours de l'entretien préalable avec l'employeur »¹. Dans cette hypothèse, la personne est libre d'effectuer auparavant toutes les démarches utiles et nécessaires pour s'informer sur sa situation juridique à venir. Mais, en pratique, même si le mode de comparution laisse aux justiciables l'opportunité de s'informer sur leurs droits, biens rares sont ceux qui demandent à les exercer. Fort de ce constat, et au regard de la vulnérabilité de certains justiciables maliens, en raison des obstacles linguistiques et du manque d'assistance juridique, il importe de renforcer le droit à l'information devant l'inspection du travail.

22. Enfin, il convient de relever une autre lacune qui est relative à l'imprécision sur les délais de convocation. Aux termes de l'article L. 190 al. 3 du Code du travail, « Les parties sont tenues de se présenter à

¹ CE, 20 novembre 2009, *Ministre du Travail c/ Sentenac*, req n° 320179.

l'inspection au jour et à l'heure fixés par la convocation, sous peine d'une amende ». Il ressort des termes de ce texte qu'il revient au conciliateur de fixer lui-même un délai, ainsi, la date fixée dépendra de la volonté de chaque inspecteur de travail. L'inconvénient d'une telle approche est de générer un manque de prévisibilité voire de sécurité juridique. Or, à notre avis, il doit logiquement y avoir un délai précis, raisonnable et qui serait d'ordre public entre la réception de la convocation et l'entretien, sans quoi les parties convoquées manqueraient de temps pour préparer leur entretien. Néanmoins, ce délai n'est pas précisé. Les textes et la jurisprudence n'ont pas déterminé un nombre de jours à partir duquel le délai entre la convocation et l'entretien devient suffisant. Il est grand temps que le pouvoir réglementaire ou le juge donne des directives claires à ce sujet, et fixe clairement un délai. Une telle démarche a le mérite de contribuer à l'efficacité de la justice du travail. En effet, dans le cadre de sa mission de maintien de la paix sociale à travers la conciliation dans les litiges sociaux, l'inspecteur du travail doit être efficace. L'impératif d'efficacité fait que cet acteur institutionnel est placé en situation de force par la loi. Celle-ci lui accorde un grand nombre de pouvoirs sans toujours veiller au respect du contradictoire.

2. L'efficacité administrative : la limite spacieuse au principe du contradictoire

23. Si l'efficacité de l'enquête en droit pénal peut recouvrir bien des aspects¹, son efficacité en matière de contentieux du travail ne concerne que le contrôle de l'application de la loi et l'adoption de mesures

¹ Par exemple, l'efficacité de la répression est la forte probabilité d'être pris et sanctionné en cas d'infraction, Jean-Paul JEAN, « De l'efficacité en droit pénal », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 136.

correctrices¹. Elle va se traduire par l'ampleur et la cohérence des prérogatives accordées aux autorités chargées d'effectuer des actes d'enquête.

24. Ainsi, que ce soit dans le Code du travail ou les conventions de l'OIT, la présence du principe du contradictoire est garantie par la pérennité d'un inspecteur du travail qui distribue les rôles. En effet, faut-il observer que l'inspecteur du travail joue un rôle actif dans la procédure de conciliation. Il doit vérifier la présence des parties et leurs qualités, prendre le temps d'informer les deux protagonistes sur l'étendue de leurs droits² sans qu'il puisse soumettre les points de droit à la négociation. La conciliation finit toujours par la conclusion d'un accord ou par l'échec de la tentative de conciliation³. Lorsque la conciliation aboutit à un accord, l'inspecteur du travail dresse un procès-verbal (PV) de conciliation sur l'ensemble des points d'accord, qui selon les dispositions du Code du travail⁴ peut être revêtu de la formule exécutoire par la partie la plus diligente devant le tribunal du travail du ressort. Dans le cas où ces dernières aboutissent à l'établissement d'un procès-verbal, il est logique que les parties reçoivent un exemplaire du rapport. Mais, si le rapport revêt le caractère d'un document de nature judiciaire il est exclu que celui-ci soit transmis à qui que ce soit, employeur ou salarié. Seul le procureur de la République en est destinataire. En pratique, c'est souvent l'efficacité de l'action administrative qui justifie la restriction de ces pièces communicables.

¹ V. *Directives sur les principes généraux de l'inspection du travail*, OIT, (Genève, 2021), p. 23 et s.

² Toutefois, lors de la séance de conciliation les points de droit ne pourront guère faire l'objet de négociation.

³ Code du travail, art. L. 191 al. 2.

⁴ Code du travail, art. L. 191 al. 1^{er}.

25. C'est encore l'efficacité de la procédure qui justifie le fait de ne pas communiquer tous les éléments qu'il a pu recueillir au cours de son enquête, mais seulement ceux qui sont de nature à établir ou non la matérialité des faits allégués par les parties. Dans ce contexte, il est possible à l'inspecteur du travail, lorsque la communication de ces éléments est de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui les ont communiqués, de se borner à informer le salarié de leur teneur, de façon suffisamment circonstanciée. Malheureusement, en pratique, les choses ne vont pas ainsi en raison de la possibilité laissée au conciliateur de déterminer la nature de pièces communicables. En effet, dans bon nombre de cas, des raisons « fallacieuses » sont invoquées pour restreindre le champ de communication desdites pièces. Les nécessités du bon fonctionnement d'un service ou la bonne gestion sont parfois alléguées par l'autorité pour justifier le fait qu'elle se soit écartée de l'application rigoureuse de la règle de droit. Cependant, en tout état de cause, l'efficacité administrative ne peut en aucune manière justifier toutes les atteintes au principe du contradictoire.

26. Comme on le voit, c'est souvent l'efficacité de l'action administrative qui justifie la restriction de pièces communicables aux parties. Et pourtant, dans le cadre d'une enquête contradictoire, le législateur malien ne limite guère le champ des documents communicables aux parties pour pouvoir se défendre convenablement. L'absence de textes précisant la nature de documents communicables aux parties laisse aussi la porte ouverte à l'opacité administrative, où des pièces ne seraient pas communiquées au motif qu'elles n'auraient pas un caractère déterminant. Il revient alors au juge de déterminer de manière prétorienne l'étendue de ces documents. A titre d'illustration, l'arrêt Sangare¹ rendue par le juge français, décrit le champ des pièces relevées par l'inspection du travail et

¹ CE, 9 juillet 2006, Sangare, req n°288295.

qui doivent être communiquées au salarié et à l'employeur. Le champ de ces pièces est plus précis que celui utilisé pour énumérer les pièces produites par l'employeur et qui doivent être communiquées au salarié. L'inspection du travail doit communiquer les éléments déterminants qu'elle a recueillis, « y compris les témoignages, et qui sont de nature à établir ou non la matérialité des faits allégués à l'appui de la demande d'autorisation »¹.

En cas de procédure pour motif personnel, les textes ne précisent pas si certaines pièces essentielles (attestations, courriers, emails, témoignages etc.) doivent être remises obligatoirement au salarié. De son côté, l'employeur ne dispose pas du même droit d'accès aux pièces adverses. A son égard, l'administration doit seulement lui transmettre la teneur précise des éléments remis par le salarié, mais pas obligatoirement les pièces elles-mêmes.

27. Dans le cadre de l'enquête administrative, les parties remettent des pièces à l'Inspection mais elles n'ont pas l'obligation expresse de les adresser à la partie adverse. Elles le font souvent spontanément pour diverses raisons (transparence, bonne foi, stratégie etc.), mais pas systématiquement ou pas intégralement. Or, la possibilité d'un accès effectif à ces pièces pourrait rapprocher la procédure administrative des procédures judiciaires classiques où la communication des pièces entre les parties est un impératif, en préalable à tout examen du dossier par les juridictions. C'est à l'administration de veiller à la bonne transmission des pièces, transmission nécessaire au salarié pour se défendre². Il convient donc de satisfaire à l'obligation de respect du principe du contradictoire,

¹ *Ibid.*

² Virginie DELESTRE, « Enquête administrative et respect du contradictoire : jusqu'où va l'obligation de l'administration du travail ? », *NomoSocial* – septembre 2017, p. 7 et s.

vis-à-vis du salarié en conflit avec son employeur. C'est vrai, le principe du contradictoire a connu récemment un progrès remarquable devant l'inspection du travail, donnant l'illusion d'une garantie réelle. Or tel ne semble pas être le cas.

28. De tout ce qui précède, on peut retenir que le dialogue social instauré à cette étape procédurale contribue fortement à améliorer les relations professionnelles. Toutefois, lorsque ces mécanismes ne fonctionnent pas et que survient un conflit, les arbitres peuvent à leur tour intervenir pour son règlement. Le principe du contradictoire s'impose devant les instances arbitrales.

B. La procédure devant l'instance arbitrale : l'ambition d'un réel moment contradictoire

29. Le degré de protection démocratique offert par notre système juridique est tel que le contradictoire suppose de manière incontournable l'assistance d'un avocat et la participation aux débats. De ce point de vue l'audience devant le Conseil d'arbitrage se veut contradictoire (1). Mais la présence de l'avocat et la participation à la discussion ne suffisent pas pour garantir la contradiction. Si le principe du contradictoire est garanti (2) notamment à travers l'intervention de l'avocat, en revanche, la revendication de contradiction devant l'instance arbitral est usurpée (2).

1. Un principe du contradictoire affirmé

30. L'arbitrage social ¹ qui se distingue de l'arbitrage OHADA² est un mode de règlement des litiges peu usité³. Il se déroule devant le conseil d'arbitrage qui est composé d'un magistrat de la Cour d'appel et de deux assesseurs employeurs et deux assesseurs travailleurs, choisis par le Conseil supérieur du travail ; le secrétariat est assuré par un greffier désigné par le ministre de la Justice garde des Sceaux⁴. Les membres employeurs et travailleurs du Conseil sont choisis, en fonction de leur autorité morale et de leurs compétences techniques, par le ministre chargé

¹ L'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage définit de manière très large le domaine de l'arbitrage. En effet, aux termes de l'article 2 de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage : « Toute personne physique ou morale a le droit de recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Etablissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage. ». En disposant ainsi, l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage ouvre indirectement, la possibilité de recourir à l'arbitrage dans les matières non commerciales. A cet effet, on peut être tenté d'affirmer que toutes les matières entrant dans le domaine d'harmonisation peuvent faire partie du droit des affaires. En poussant à bout cette réflexion, on parvient alors à la conclusion que les litiges du travail peuvent être réglés par voie d'arbitrage grâce à une convention d'arbitrage adjointe au contrat de travail même si les codes du travail de la plupart des pays membres de l'OHADA excluent du champ de la compétence de l'arbitrage le règlement des litiges individuels.

² Il y a une différence entre l'arbitrage commercial tel que réglementé par l'OHADA et l'arbitrage en droit du travail.

³ Fassoum COULIBALY, *Dialogue social au Mali : réalités et enjeux, op. cit.*, p. 229.

⁴ Code du travail, art. L. 226 al. 1^{er}.

du Travail, sur proposition des organisations syndicales d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives¹.

31. Conformément aux dispositions du Code du travail², tout différend collectif doit être immédiatement notifié par les parties aux autorités que sont l'inspecteur régional du travail et le directeur du travail lorsque le conflit s'étend sur le territoire de plusieurs inspections régionales. Les deux autorités, suivant le cas procèdent sans délai à la tentative de conciliation. En cas d'échec de la conciliation, l'inspection du travail établit un rapport de non conciliation qui est adressé au ministre chargé du travail. Dès réception dudit rapport, le ministre chargé du Travail saisit sans délai le Conseil d'arbitrage, à la demande expresse des parties au conflit³.

Le conseil d'arbitrage se prononce en droit sur les conflits relatifs à l'interprétation des lois, règlements, conventions collectives ou accords collectifs en vigueur⁴. La formule exécutoire est apposée sur la décision du Conseil, par ordonnance du résident du tribunal compétent, à la requête de la partie la plus diligente⁵.

32. Ainsi, l'environnement général de la procédure devant les instances arbitrales présentent un terrain particulièrement favorable au développement du principe du contradictoire. Le contradictoire est affirmé, quoique de manière laconique dans le Code du travail malien. Certains indices révèlent en effet, une évolution favorable au respect du contradictoire devant le Conseil d'arbitrage.

¹ Code du travail, art. L. 226 al. 2.

² Code du travail, art. L.219 al. 1^{er}.

³ Code du travail, art. L.225 nouveau:

⁴ Code du travail, art. L. 228 al. 1^{er}

⁵ Code du travail, art. L. 229 al. 3 nouveau.

33. Le caractère contradictoire de la procédure devant le Conseil procède d'abord des dispositions de l'article L.225 al. 6 nouveau du code du travail. Le texte est ainsi libellé « Les parties communiquent, à la demande du Président du Conseil, leurs mémoires sur le différend qui les oppose ». Dans ces conditions, la tenue d'une enquête contradictoire devient impérieuse, pour peu que le Conseil ne souhaite pas voir la procédure frappée de nullité car, l'article L.229 nouveau édicte en son al. 5 que « le recours en annulation de la sentence arbitrale est ouvert : - d/ lorsque le principe du débat contradictoire n'a pas été respecté ».

C'est dire que la connaissance préalable des éléments de fait et de droit de l'affaire ne dispense pas le Conseil de mener une enquête contradictoire. Le principe de l'enquête contradictoire systématique à peine de nullité de la procédure est plus aisé à contrôler¹. Il est aussi vecteur de bonnes pratiques², car il incite le Conseil d'arbitrage à une investigation poussée préalablement à sa décision.

34. Cette exigence du contradictoire est encore établie à l'article L.229 al. 2 nouveau. Ce texte dispose « La décision du Conseil est immédiatement notifiée et commentée aux parties par le Président... ». Il ressort de ce texte que l'enquête contradictoire donne lieu à un échange entre les conseillers et les parties concernées. Le juge doit donc veiller à ce que les éléments du contentieux, fassent l'objet d'un débat entre les parties. Ce principe est partagé par le droit OHADA, notamment en son article 9 qui dispose que « les parties doivent être traitées sur un même pied d'égalité et chaque partie doit avoir toutes possibilités de faire valoir ses droits »³.

¹ Virgile PRADEL, *Le contrôle du licenciement disciplinaire du salarié protégé*, *op. cit.*, p. 66.

² *Ibid.*

³ V. AUA-Annexe CPCCS, art. 9 al. 1^{er}.

On l'aura compris, l'AUA enrobe le principe du contradictoire dans celui de l'équilibre des parties.

35. En tout état de cause, les parties ont le droit d'être édifié sur le déroulement de la procédure pour assurer utilement leur défense et contester, le cas échéant, la régularité de la procédure. Les arbitres doivent communiquer les éléments déterminants qu'ils ont recueillis, y compris les pièces et les procès-verbaux des réunions, et qui sont de nature à établir ou non la matérialité des faits allégués à l'appui de la demande de règlement du litige. Mais il est étonnant de constater que dans le cadre d'une enquête contradictoire, ce texte ne limite point le champ des documents communicables dans le cadre du principe du contradictoire. L'intervention du juge est alors souhaitable afin de déterminer de manière prétorienne l'étendue des documents qui pourraient être communiqués dans le respect de la vie privée¹ des parties.

36. L'exigence de contradictoire est enfin établie à l'article L.225 al. 6 nouveau. En effet, au sens des dispositions de l'article L.225 al. 6 nouveau. « Les parties communiquent, à la demande du président du Conseil, leurs mémoires sur le différend qui les oppose ».

Ainsi qu'on peut le constater, la liberté n'est pas laissée aux parties de décider de se communiquer ou non leurs pièces ou leurs écritures au cours de l'instance. Elles sont tenues de le faire. Pour sa part, le Conseil doit accomplir les diligences nécessaires afin que les parties puissent se faire connaître mutuellement, en temps utile, les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense.

¹ A titre d'illustration, la divulgation du nom et du prénom d'une personne n'est pas une atteinte à la vie privée.

37. Il apparaît clairement au regard de ce qui précède que le principe du contradictoire est bien affirmé dans cette phase procédurale. Néanmoins, malgré que le principe soit clairement exprimé à ce stade de la procédure et qu'il soit appuyé par un courant jurisprudentiel tout à fait recommandable (les arrêts Téry¹ et autre Dame veuve Trompier-Gravier²), elle n'en reste pas moins le lieu d'atteintes à cette prérogative fondamentale.

2. Un principe du contradictoire mis en échec par des subtilités dilatoires

38. Selon la lettre³ et l'esprit⁴ de la loi, l'audience se veut une phase propice aux explications orales des parties⁵. L'application du principe du contradictoire lors des débats est incontestablement une garantie du principe du contradictoire. Or, dans la pratique, nous constatons que l'application du principe dans la procédure pose d'énormes difficultés.

En effet, bien que l'application de ce principe cardinal lors des débats soit incontestablement une garantie d'effectivité du droit à une procédure équitable le juge peine à imposer le respect de ce principe, puisque

¹ Arrêt Téry, Conseil d'Etat, du 20 juin 1913. Disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr> ».

² Conseil d'État, 5 mai 1944, Dame veuve Trompier-Gravier. Disponible sur <https://www.conseil-etat.fr> » jurisprudence » conseil-d-e.

³ Selon les dispositions de l'article L. 229 al. 5 du nouveau Code du travail, le recours en annulation de la sentence arbitrale est ouvert lorsque le principe du débat contradictoire n'a pas été respecté.

⁴ Il convient de souligner la validation depuis juillet 2010 d'une étude sur la mise en conformité de la législation du travail avec les conventions de l'OIT et de l'élaboration d'un projet de texte modificatif qui incluait la révision de l'article L.229 du Code du travail.

⁵ Jean Louis GILLET, « Faut-il sauver l'oralité ? », *op. cit.*, p. 709.

certaines parties l'instrumentalisent par le biais de tactiques dilatoires afin d'en tirer un avantage procédural.

39. Cela a conduit les arbitres à développer une « paranoïa du procès équitable », définie par la doctrine comme « une réticence perçue des arbitres à agir de manière décisive dans certaines situations par crainte que la sentence arbitrale soit contestée au motif qu'une partie n'a pas eu la possibilité de présenter pleinement sa cause ». Comme le souligne fort justement le professeur Abdoulaye Sakho, « la tentation est grande pour une des parties de contester la validité de la convention d'arbitrage dès lors qu'elle se doute d'une issue défavorable pour elle »¹.

40. A cet égard, faut-il observer qu'en dépit de la formule exécutoire apposée sur les décisions du Conseil, par ordonnance du président du tribunal compétent², l'exécution de la sentence arbitrale a toujours posé des problèmes. Plusieurs sentences arbitrales ont été rendues³ récemment et n'ont jamais été exécutées par la partie employeur⁴. Par exemple en 2017, un litige opposant la société NSIA-Mali et M. Issiaka Traoré portant sur un licenciement pour faute avait été soumis à l'appréciation du

¹ Abdoulaye SAKHO, *Deux clés de compréhension des atouts de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Consortium pour la Recherche Economique et Sociale (CRES), *op. cit.*, p. 17.

² Code du travail, art. L. 229 al. 3 nouveau.

³ V. par exemple, la sentence arbitrale rendu en novembre 2004 entre la société minière de Morila SA dans la région de Sikasso et le syndicat des travailleurs de cette mine sur la prime de rendement en application des dispositions de la convention collective des sociétés et entreprises minières géologique et hydrogéologiques du Mali de 1985. Il y a aussi la sentence arbitrale rendue en 2010 dans le conflit Air France suite à une grève illimitée des travailleurs de la délégation locale Air France au Mali. V. Fassoum COULIBALY, *Dialogue social au Mali : réalités et enjeux*, *op. cit.*, p. 233.

⁴ *Ibid.*

Conseil d'arbitrage qui à la suite de la décision de l'inspection du travail avait tranché l'affaire en faveur du sieur Traoré. La formule exécutoire avait été bien apposée sur la décision du Conseil. La société était donc tenue par la force de la loi de revenir sur sa décision en acceptant d'intégrer Issiaka Traoré. Mais, la direction de la NSIA-Mali a refusé catégoriquement d'exécuter la sentence arbitrale.

41. Par ailleurs, il n'est pas rare de voir certains plaideurs utiliser la contestation de la validité de la convention d'arbitrage comme dilatoire, un moyen de retarder la décision finale sur le litige. L'illustration parfaite de l'utilisation du principe du contradictoire comme dilatoire nous est fournie par l'arrêt n° 011 du 2 avril 2015 (Affaire Asecna c. snack bags¹).

En l'espèce, condamnée au paiement de plusieurs sommes à la société SNACK BAGS par un tribunal arbitral, l'Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA) a introduit un recours en annulation devant la Cour d'appel de Douala en invoquant une violation du principe du contradictoire par les arbitres. À cet effet, la demanderesse a allégué qu'excepté une convocation du 18 septembre 2002 l'informant de la désignation d'un arbitre, elle n'avait plus reçu d'autres informations sur la procédure arbitrale l'opposant à la société SNACK BAGS. En conséquence, elle n'avait pas été appelée à produire ses moyens de défense devant le tribunal arbitral. Non convaincue par ce moyen, la Cour d'appel de Douala a débouté l'ASECNA en s'appuyant sur une lettre avec accusé de réception du 25 avril 2005 et des convocations du 6 juin 2002, du 14 juin 2002 et du 25 octobre 2004, toutes ignorées de l'ASECNA. Afin d'obtenir la censure de la décision des juges camerounais, l'ASECNA a saisi la CCJA en cassation. À cet effet, le

¹ V. arrêt n° 011/2015 du 02 avril 2015 dans l'affaire Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar dite ASECNA, contre Société SNACK BAGS.

pourvoi a soutenu que les pièces indiquées ci-dessus ne provenaient pas de la partie adverse et n'avaient donc pas pu faire l'objet d'un débat contradictoire¹. De ce fait, la demanderesse a conclu qu'il y a eu rupture de l'équilibre procédural tel qu'édicté par l'article 9 de l'acte uniforme sur l'arbitrage (AUA). La CCJA a rejeté le pourvoi au motif que « ce moyen pris essentiellement sous l'angle de la violation du principe de la contradiction, ne critique en rien l'arrêt déferé mais la sentence arbitrale ; qu'en outre la Cour d'appel, en analysant les circonstances de la remise des convocations, apprécie souverainement les faits »². Indiscutablement, la position de la CCJA dans cette affaire est empreinte de *favor arbitrandum*³, la violation du principe du contradictoire ne pouvant être admise aisément⁴.

42. Au demeurant, comme nous allons le voir, les modes alternatifs de règlement des conflits ne s'arrêtent pas aux portes du palais de justice ; ils se développent dans les prétoires. Toutefois, la procédure dans la procédure alternative de règlement des conflits ne connaît pas de manifestations du principe du contradictoire comparables à celles du procès judiciaire.

II. La procédure ordinaire de règlement des litiges ou l'élasticité du contradictoire

43. A cette étape de la procédure, le contradictoire est évolutif, en ce sens qu'il émerge encore à la phase du jugement (A) et n'acquiert une véritable dimension qu'au niveau des juridictions d'appel (B). Mais dans les

¹ Cruse Hervé MASSOSSO BENGA, *La déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA*, *op. cit.*, p. 248.

² CCJA, avr. 2015, n° 011/2015, *op. cit.*.

³ Cruse Hervé MASSOSSO BENGA, *op. cit.*, p. 249.

⁴ *Ibid.*

moments les plus forts de ces procédures, il connaît un certain nombre de limites en pratique.

A.- Le jugement ou le contradictoire limité

44. Aux termes des dispositions du Code du travail « la connaissance des litiges du travail relève exclusivement des juridictions du travail lorsque le conflit revêt un caractère individuel. Le contentieux social est éclaté entre deux ordres judiciaire et administratif (...) »¹. Dans son ensemble, la procédure du jugement n'est pas totalement respectueuse du principe du contradictoire. Le contradictoire s'applique modérément. Cela est perceptible non seulement devant le tribunal du travail (1). Mais aussi au niveau du tribunal administratif (2). Quoi qu'il en soit, le caractère relatif du principe n'empêche pas la garantie du principe du contradictoire.

1. Les limites inhérentes à la procédure devant le tribunal du travail

45. Le contentieux devant le tribunal du travail est particulier, puisqu'il connaît une procédure en deux temps avec tout d'abord une audience de conciliation et d'orientation² et, en cas d'échec, une audience de jugement.

¹ Code du travail, art. L192 al. 1^{er}.

² Aux termes des dispositions du Code du travail du Mali : « Lorsque les parties comparaissent devant le tribunal du travail, il est procédé à une tentative de conciliation. En cas d'accord un procès-verbal rédigé séance tenante sur le registre des délibérations du tribunal consacre le règlement à l'amiable du litige. Un extrait du procès-verbal de conciliation signé du président et du greffier vaut titre exécutoire. En cas de conciliation partielle, un extrait du procès-verbal signé du président et du greffier vaut titre exécutoire pour les parties sur lesquelles un accord est intervenu et procès-verbal de non conciliation pour le surplus de la demande. En cas de non conciliation où pour la partie contestée de la demande, le tribunal doit retenir l'affaire, il procède immédiatement à son examen ; aucun

Les litiges individuels du travail relèvent de la compétence exclusive des tribunaux du travail du lieu de l'exécution du travail sauf dérogation intervenue à la suite d'accords internationaux¹.

46. Toutefois, faut-il souligner qu'il est rare que les travailleurs saisissent le juge pendant l'exercice de leur activité. La crainte de représailles de l'employeur explique l'absence de contentieux avant la rupture du contrat. Surtout, le passage par une procédure judiciaire, ne se fera jamais sans séquelles dans les relations à court, moyen et même long terme entre le salarié et son employeur.

47. Aussi, ce qui caractérise la juridiction du travail, c'est la coopération de juges non professionnels choisis parmi les employeurs et les travailleurs².

Le tribunal du travail est composé d'un président, juriste de formation, et de deux membres non juristes, l'un devant avoir une expérience comme travailleur et l'autre comme employeur ou personnel de cadre. Ce tribunal doit si nécessaire entendre les témoins, constater les faits et dégager une décision, si nécessaire.

48. L'intention initiale était qu'ils statuent selon une procédure simple, règlent les affaires rapidement et évitent tout juridisme un peu à l'image du tribunal arbitral. Il devait être accessible aisément aux salariés³. Tant ces derniers que les employeurs devaient pouvoir s'adresser au tribunal avec la conviction qu'il leur serait possible d'exposer leur argumentation

renvoi ne peut être prononcé, sauf accord des parties, mais le tribunal peut toujours par jugement motivé, prescrire toutes enquêtes, descentes sur les lieux et toutes mesures d'information quelconque »

¹ V. Code du travail, art. L190 al. 1^{er} et s

² Code du travail, art. L193 al. 1^{er}.

³ Ousmane Oumarou SIDIBE, Communication présentée au séminaire organisé par l'Ecole judiciaire de Rio de Janeiro les 8 et 9 octobre 2018 sur le thème « Le futur du droit du travail ». Disponible sur <https://trt1.jus.br> > documents > quel+futur+pour+.... Consulté le 15 Juillet 2022.

sans le formalisme et en dehors de l'ambiance mystique d'une juridiction ordinaire réunissant un juge et un avocat portant la perruque et la robe et parlant un langage malaisé à comprendre. Au fil des ans, la législation est devenue plus complexe. Le nombre des affaires a augmenté considérablement. Dès lors, le législateur était obligé de modifier son approche et d'opter pour une procédure qui ressemble à celle de la juridiction de droit commun tout en préservant les traits caractéristique d'un tribunal du travail.

49. Il est permis de constater qu'en matière d'instruction, le juge du travail bénéficie depuis la réforme du Code du travail¹ dans les années 1990 des pouvoirs quasiment similaires à ceux du juge pénal par exemple. En effet, aux termes de l'article L.206 du Code du travail « Le président dirige les débats, interroge et confronte les parties, fait comparaître les témoins cités à la diligence des parties ou par lui-même, dans les formes indiquées à l'article L.203. Il procède à l'audition de toute autre personne dont il juge la déposition utile au règlement du différend; il peut procéder ou faire procéder à tous constats ou expertises ».

50. Cependant, la procédure contentieuse devant le tribunal du travail se démarque largement des autres procédures. L'intervention du défenseur profane constitue l'illustration la plus parfaite. En effet, au sens de l'article L. 204 du Code du travail « les parties peuvent se faire assister ou représenter soit par un travailleur ou un employeur appartenant à la même branche d'activité, soit par un avocat régulièrement inscrit au

¹ V. loi n° 92-020 du 23 septembre 1992 portant Code du travail, modifiée depuis notamment par les lois suivantes : loi n°03-037 du 30 décembre 2003 ; loi n° 2011-079 du 29 décembre 2011 ; loi n° 2017-021 du 12 juin 2017 portant modification de certaines dispositions du Code du travail de 1992 et enfin la loi n° 2022-005 portant modification de la Loi n° 92-020 du 23 septembre 1992 portant Code du travail au Mali.

barreau, soit encore par un représentant des organisations syndicales auxquelles elles sont affiliées. Les employeurs peuvent, en outre, être représentés par un directeur ou un employé de l'entreprise ou de l'établissement ».

51. Il ressort qu'au regard du système juridique actuel, l'intervention du défenseur constitue une garantie insuffisante de l'équilibre entre les parties au procès. Il faut malheureusement remarquer que lorsque l'intervention du défenseur est facultative, la garantie de l'équilibre paraît insuffisante aussi bien dans l'hypothèse du choix d'un défenseur non avocat¹ que dans celle du choix d'un défenseur profane² c'est-à-dire non initié. Dans la première hypothèse, l'insuffisance de la garantie résulte des lacunes des règles statutaires de l'avocat et des entraves à l'exercice de sa mission. Dans la deuxième hypothèse, l'insuffisance de la garantie provient du risque pour le justiciable de choisir un défenseur inexpérimenté et incompétent.

52. Partant ainsi de l'idée que l'espoir d'un équilibre réel entre les parties au procès devant le tribunal du travail repose essentiellement sur les épaules du défenseur et que paradoxalement, toute personne, même profane en droit, peut revêtir la qualité de défenseur devant le juge du travail en droit malien, il apparaît pertinent de se demander si un défenseur de cet acabit peut être à la hauteur de sa mission. Si le défenseur est celui qui intervient pour pallier l'inaptitude de la personne

¹ Le défenseur non avocat pourrait être n'importe quel juriste qui est amené à intervenir au prétoire sans qu'il soit avocat.

² Est profane, écrit le *Littre*, « celui qui n'est pas initié aux mystères de quelque science, des lettres, des arts ». De manière plus radicale, le *Dictionnaire Universel* précise qu'est profane celui « qui ignore tout d'un art, d'une science ». À partir de là, on peut dire qu'est profane en droit celui qui n'a pas été initié à la science et à la technique du droit et se positionne en opposition au professionnel.

défendue, il faut se demander si l'intervention du défenseur-profane, au lieu de constituer un facteur d'équilibre, ne produirait-elle pas plutôt l'effet inverse.

Il apparaît alors que l'intervention d'un défenseur-profane en droit du travail constitue une source de doute sur l'équilibre entre les parties au procès, au regard du droit positif malien. Il en est ainsi parce que, d'une part, l'indéfinition et le manque de protection de son statut conduisent d'une part, à une rupture de l'égalité entre les parties, tandis que d'autre part, le caractère aveugle de la défense qu'il pourrait mener aura pour conséquence l'ineffectivité du contradictoire.

Le doute sur l'aptitude du défenseur-profane à équilibrer les débats résulte notamment de son inexpertise en matière de préparation du procès mais le risque est minime en matière de discussion dudit procès.

53. L'activité de préparation du procès consiste pour le défenseur à conseiller le justiciable et à rechercher des éléments à décharge. On comprend alors que l'activité de conseil est un moyen pratique d'équilibre des forces dans le procès dans ce sens qu'elle permet aux conseils des deux parties d'être au même niveau de compréhension du procès. Dès lors, l'équilibre du procès dépendra de l'aptitude du défenseur en matière de conseil. L'activité de conseil comprend le conseil proprement dit et la définition des stratégies de défense. La question se pose également de savoir s'il y a une place pour le débat contradictoire devant le juge administratif car, si « le principe du contradictoire fait partie de ces règles dont on ne remet pas en doute l'existence »¹, il fait, toutefois, partie de ces règles dont la consécration dans la phase administrative paraît pour le moins discutable.

¹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Généralité sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, Thèse, Paris, 1988, p. 7.

2. Les limites inhérentes à la procédure devant le tribunal administratif

54. Le juge administratif n'apparaît pas spontanément comme le juge naturel du droit social. La principale raison en est le choix fait historiquement, et que traduit aujourd'hui l'article L. 192 du code du travail, d'attribuer au tribunal du travail le massif contentieux général du droit du travail. Deux caractéristiques des tribunaux administratifs peuvent être soulignées. D'une part, une compétence plus large sur les litiges individuels notamment les licenciements des travailleurs protégés¹. D'autre part, une compétence plus résiduelle sur les litiges collectifs puisque le champ d'intervention matérielle du tribunal administratif se limite qu'au cas de recours tendant à annuler un acte d'une administration par les délégués syndicaux².

Ainsi, le fait de licencier un délégué syndical peut être soumis au juge administratif qui statue sur la régularité de l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail³, ou bien au juge répressif, qui se

¹ Fassoum COULIBALY, *Dialogue social au Mali : réalités et enjeux*, op. cit., p. 216.

² CS-SA, arrêt N° 135 du 16 août 2007, Confédération syndicale des travailleurs du Mali (CSTM) c/ décret n° 4-415 du 23 septembre 2004 fixant la liste des membres du Conseil économique, social et Culturel.

³Il convient de souligner qu'en matière de licenciement de salariés protégés, c'est le juge administratif qui est compétent pour statuer sur la régularité de l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du Travail. Mais en cas de demande de réparation du préjudice subi, l'affaire est portée devant le juge du travail. L'arrêt rendu par la chambre sociale en 2016 (CS-ch soc., arrêt n° 10 du 12 avril 2016, Les six délégués syndicaux de la mine d'or de Yatela c/ jugement n° 17 du 5 mai 2014 le Tribunal du travail de Kayes) est une illustration parfaite. En l'espèce, le chef des opérations SAER-Yatéla avait sollicité auprès du directeur régional du travail de Kayes l'autorisation pour le licenciement de 7 membres du comité syndical de la SECNAMI de la mine d'or de Yatéla pour

prononce sur le délit commis par l'employeur pour avoir refusé la réintégration du délégué irrégulièrement congédié, ou bien encore au juge du travail, qui peut se prononcer sur les modalités de réparation du préjudice subi par le salarié protégé.

55. A l'analyse des arrêts de la section administrative de la Cour suprême, il ressort que les personnes concernées par ces contentieux poursuivent souvent, devant l'administration puis devant le juge, le licenciement de plusieurs représentants du personnel. C'est le cas de la société BCM S.A LOULO qui, en 2012, tente de procéder au licenciement pour faute de 26 salariés protégés pour arrêt illégal de travail, auxquels elle impute une baisse du chiffre d'affaires.

Saisi de cette affaire, le tribunal administratif de Bamako confirme la décision rendue par le directeur national du travail qui annule l'avis et l'autorisation de l'inspecteur du travail de Kayes. Contestant la décision du juge, la Société BCM S.A LOULO formule un recours devant la section administrative. Les hauts magistrats ont saisi cette occasion pour rappeler que le Code du travail ne prévoit pas le recours hiérarchique porté devant le directeur national contre les actes du directeur régional du travail, relativement aux questions de licenciement. Selon la Cour, en s'arrogeant

baisse d'activité ; le directeur régional, autorisa le chef des opérations de la société à mettre un terme aux relations de travail qui le lient aux intéressés en vertu des articles L.48 alinéa 3, L.263 et L.277 du Code du travail sous réserve de leur régler leurs droits. Une tentative de conciliation avait été engagée mais elle échoua. Les salariés décident alors de saisir le tribunal du travail de Kayes qui par un jugement n° 17 du 5 mai 2014 a fait droit à la requête des délégués syndicaux. Sur appel de la (SAER-Emploi) la section administrative de la Cour suprême estime le licenciement des délégués syndicaux opéré avant la notification de l'autorisation de l'inspection du travail constitue une violation des articles 163 et 277 du Code du travail et ouvre droit à une réclamation de droits et dommages-intérêts.

le droit d'annuler l'avis et l'autorisation de l'inspecteur du travail de Kayes alors qu'aucun texte ne l'y autorise et sur la base d'un recours non autorisé, le directeur national a excédé ses pouvoirs et cause des troubles manifestement illicites à BCM-MALI S.A. Etant entendu que, c'est sur la base des avis et autorisations de l'inspecteur du travail de Kayes que BCM-MALI S.A a procédé aux différents licenciements et payé les droits de travailleurs. En s'arrogeant le droit d'annuler l'avis et l'autorisation de l'inspecteur du travail de Kayes alors qu'aucun texte ne l'y autorise, le directeur national a excédé ses pouvoirs.

La Cour a pu rappeler ces principes une année plus tard, dans son arrêt n° 236 du 4 septembre 2014¹.

56. Hormis de rares décisions dans lesquelles, la Cour est amenée à rejeter les recours formulés par les salariés protégés ou un syndicat de travailleurs, les recours contentieux devant la section administrative ont tendance à renforcer, dans une certaine mesure, la protection des salariés protégés face au licenciement.

Il paraît en aller ainsi dans l'affaire Confédération syndicale des travailleurs du Mali (CSTM)². En l'espèce, en 2007, la CSTM, avait déféré à la censure de la Cour le décret n° 04-415/PRM du 23 septembre 2004 fixant la liste des membres du Conseil économique, social et culturel, pour excès de pouvoir. Le requérant faisait valoir que le décret attaqué a été pris en violation des dispositions de l'article 3 nouveau qui dispose que « Les douze représentants des salariés du secteur public et du secteur privé sont désignés par les organisations syndicales les plus représentatives ». Selon

¹ CS-SA, arrêt n° 236 du 04 septembre 2014, Mamadou DABO c/ Direction nationale du travail.

² CS-SA, arrêt n° 135 du 16 août 2007, Confédération syndicale des travailleurs du Mali (CSTM) c/ décret n° 4-415 du 23 septembre 2004 fixant la liste des membres du Conseil économique, social et culturel.

le requérant, il ressort de ce texte que le CSTM figure parmi les syndicats devant désigner des représentants au Conseil économique, social et culturel. Par un arrêt rendu le 16 août 2007 la section administrative de la Cour suprême a fait droit à la requête des délégués syndicaux. La Cour annule pour excès de pouvoir le décret n° 04-415/PRM du 23 septembre 2004 fixant la liste des membres du Conseil économique, social et culturel.

Ces procédures répétées opposant différents syndicalistes et chef d'entreprise apparaissent parfois comme une réponse de l'employeur à la dégradation du climat social au sein de l'entreprise.

57. L'effet concret des décisions juridictionnelles éveille cependant quelques interrogations. La question qui nous vient à l'esprit naturellement est celle de savoir si le principe du contradictoire est strictement respecté devant le juge administratif. Il faut malheureusement remarquer que le principe du contradictoire reste encore d'application relative devant les tribunaux administratifs¹.

58. Le droit malien fait de l'échange de mémoire la principale condition incontournable garantissant le principe du contradictoire². Cela n'est guère étonnant, puisque la procédure devant les juridictions administratives est inquisitoire (c'est-à-dire que le juge dirige l'instruction, qui n'est pas la chose des parties)³ et essentiellement écrite¹

¹ Selon la Cour, en raison de la spécificité de la procédure administrative contentieuse, les principes posés par l'article 16 CPCCS sont atténués par les dispositions de l'article 52 de la loi 96-071 du 16 décembre 1996 portant loi organique fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la cour suprême et la procédure suivie devant elle. Modifiée par la LOI N n° 2016-046/ du 23 septembre 2016.

² Kalilou DOUMBIA, *Le contentieux administratif malien*, Dakar, L'Harmattan, 2020, p. 390.

³ Jean LESSI, « Le juge administratif et la Sécurité sociale », *Revue Regards*, n° 47, mars 2015, p. 48 et s.

(le procès administratif se distinguant sur ce point du procès devant les tribunaux judiciaires, marqué par une plus grande place laissée à l'oralité)². La procédure devant le tribunal administratif est marquée par deux étapes fondamentales notamment l'identification des parties, et l'invitation à produire un mémoire ampliatif³.

59. La production de ce document est capitale et peut déterminer l'issue du procès. En effet, le procès administratif étant « un combat intellectuel, tactique et technique »⁴, la victoire finale dépend sans doute du mémoire. Mais, en pratique, dans biens de cas, ce mémoire n'est jamais produit.

Dans l'affaire Sieur Modibo DIAKITE⁵, le juge souligne que « (le requérant) à ce jour n'a produit aucun mémoire au soutien de son appel ; qu'il echet de rejeter l'appel pour défaut de moyens ». Il reprend cette position dans l'arrêt⁶ n° 250 du 19 juillet 2012 en précisant « qu'à la date de la rédaction du (...) rapport, aucun mémoire n'est parvenu à la cour ; qu'il convient dès lors (...), de dire que (le requérant) est réputé s'être désisté ». Enfin, dans l'arrêt n° 400 du 4 août 2016 (directeur national du travail contre BCM Mali S.A) le juge retient ; « Considérant que du 7 juin

¹ La procédure d'urgence appelée le référé administrative est exceptionnellement orale car, elle nécessite une célérité qui s'accommoderait mal d'interminables échanges d'écritures.

² La procédure à cette phase est essentiellement écrite. Or, l'écrit n'a pas le même impact qu'une déclaration orale faite au procès : il déforme, ne transcrit pas les doutes de l'intonation ou les hésitations des témoins.

³ Loi n° 2018-031 du 12 juin 2018, art. 8 al. 1^{er}.

⁴ Kalilou DOUMBIA, *Le contentieux administratif malien, op. cit.*, p. 390.

⁵ Loi n° 2018-031 du 12 juin 2018, art. 8.

⁶ CS-SA, arrêt n° 311 du 2 août 2012, Modibo DIAKITE c/ le jugement n° 14 du 13 janvier 2011 du TAB. Inédit.

⁷ CS-SA, arrêt n° 250 du 19 juillet 2012, mairie du district de Bamako c/jugement n° 572 du 24 décembre 2010 du TAB.

2013 à la date de rédaction du présent rapport le 7 juillet 2016, la requérante n'a pas daigné produire son mémoire ampliatif annoncé ;

Qu'il échet d'en tirer les conséquences »¹.

60. Mais même si le vœu de voir les parties recourir systématiquement à ce moyen de défense se concrétise, cela n'aurait aucun sens, si le rôle des avocats dans le respect du débat contradictoire est négligé. En effet, quel serait l'intérêt d'un droit parfaitement légal et libre d'être exécuté par le justiciable, si ce dernier ne pourrait guère l'appliquer ? Faut-il rappeler qu'au Mali, la constitution d'un avocat reste facultative² dans les affaires soumises à la juridiction administrative même si les justiciables y procèdent souvent dans les litiges sociaux. Cette pratique nationale est identique à celle du Burkina Faso³ où elle est aussi facultative mais se détache de celle du Sénégal où elle est obligatoire⁴. Cette conception minimaliste du droit à l'avocat devant le juge administratif malien a pour conséquence de priver bon nombre de justiciables d'une assistance effective dans la procédure d'instruction devant le juge administratif. En effet, la jurisprudence nationale nous enseigne que les procès sont très souvent perdus par les justiciables par défaut de présentation d'un mémoire ampliatif⁵. N'étant pas assisté par un conseil, ce dernier pourrait difficilement songer à produire ce document pour appuyer ses prétentions. Ainsi, sans un accès effectif de l'avocat aux mesures

¹ CS-SA, arrêt n° 400 du 4 août 2016 entre directeur national du travail et BCM Mali S.A

² V. loi n° 2018-031 du 12 juin 2018, art. 10 al. 1^{er}.

³ V. Salif YONABA, « La pratique du contentieux administratif en droit burkinabé », cité par Kalilou DOUMBIA, *Le contentieux administratif malien*, *op. cit.*, p. 391.

⁴ En droit sénégalais, le ministère d'avocat est obligatoire dans le contentieux de la révision. Mais, il reste facultatif en dans le contentieux de l'annulation.

⁵ Kalilou DOUMBIA, *Le contentieux administratif malien*, *op. cit.*, p. 392 et s.

d'investigation, toute discussion sur la matérialité des faits est extrêmement délicate à conduire. Il serait alors un leurre de s'attendre à un débat contradictoire dans un procès mettant aux prises le représentant de l'administration : la DGCE¹ et le salarié non assisté par un conseil. Le procès peut donc parfaitement se dérouler sans avocat pour le demandeur, alors que l'autorité débitrice délèguera un agent aguerri, dont la compétence est assurée par sa culture institutionnelle. Dans ces conditions, alors même que l'utilisateur a poursuivi sa demande devant un juge, il a peu de chance de savoir à la fois formuler une demande adéquate et développer des arguments propres à emporter l'adhésion du juge contre les arguments développés par l'autre partie. Dans ces conditions, l'accès au juge ne suffit pas pour accéder au droit, entendu ici comme l'accès à une décision de justice rendue dans des conditions de débat telles que l'on peut présumer de sa qualité juridique.

61. Il ressort de tout ce qui précède qu'indépendamment des pouvoirs qui lui sont reconnus dans l'instruction du dossier, le juge administratif souffre d'un office fort limité dans l'organisation du débat juridique. Malgré les nombreuses réformes du cadre procédural, afin de le rapprocher du système accusatoire, l'instruction du dossier devant le tribunal n'offre que de modestes moyens au justiciable pour préparer sa défense. Or, en raison de la dimension souvent coercitive de certains actes

¹ DGCE qui signifie direction générale du contentieux d'Etat a pour mission d'élaborer les éléments de la politique nationale en matière de prévention et de gestion des affaires contentieuses intéressant l'Etat et les organismes publics et d'en assurer la mise en œuvre. A ce titre, elle est chargée d'organiser la représentation et la défense des intérêts de l'Etat et des organismes publics dans les affaires contentieuses les concernant.

qui lui sont soumis¹, l'office du juge administratif devrait en toute logique, se rapprocher de celui d'un juge judiciaire², lequel peut notamment de son propre gré ou à la demande des parties ordonner tout acte d'enquête utile à la manifestation de la vérité. S'il peut demander aux parties de fournir telle ou telle pièce utile au débat³ ou en cas de nécessité et sur initiative du juge rapporteur, ordonner toutes mesures complémentaires d'instruction⁴, le juge administratif ne peut, contrairement à son homologue judiciaire, ordonner la production d'une pièce se trouvant en possession d'un tiers⁵. Enfin, s'il peut toujours ordonner une expertise⁶, l'observation de la pratique montre qu'il n'en use qu'avec une extrême parcimonie.

62. Aussi, devant le tribunal administratif, le justiciable ne dispose d'aucun moyen juridique pour solliciter des investigations

¹ La sanction administrative se rapproche de la sanction pénale par son contenu puisqu'il existe une gamme de sanctions administratives aussi diversifiées que la gamme pénale. Ainsi, entrent dans la catégorie des sanctions administratives, les sanctions pécuniaires les sanctions contractuelles (par exemple, le retrait d'autorisation, d'agrément ou d'habilitation dès lors, d'une part, qu'ils n'ont pas caractère automatique ou symétrique de l'octroi et implique l'appréciation d'un comportement.

² Il ne s'agit pas de faire en sorte que le juge administratif puisse exercer désormais un contrôle du respect du contradictoire au degré aussi élevé que celui qui est assuré par le juge judiciaire.

³ Loi n° 2018-031 du 12 juin 2018, art. 20 al. 1^{er}.

⁴ V. loi n° 2018-031 du 12 juin 2018, art. 21 al. 1^{er}. V. aussi, CS-SA, arrêt n° 053 du 25 février 2021, Dame Mantia DRAME c/ le n°109 du 1^{er} Mars 2019 du TAB.

⁵ CPCCS, art. 147, al. 1^{er}.

⁶ CS-SA, arrêt n° 48 du 25 février 2021, Aminata CISSE c/ le jugement n°581 du 19 Décembre 2019 du TAB.

complémentaires comme cela se pratique devant le juge judiciaire¹. Pourtant, on ne saurait considérer que le juge administratif peut véritablement jouer son rôle de « bras armé »² des droits sociaux s'il doit se contenter des seules pièces du dossier produites par les plaideurs. Il est donc nécessaire de faire évoluer les règles gouvernant l'instruction des requêtes devant la juridiction administrative, du moins à chaque fois qu'est en cause une décision restrictive de droit ou de liberté des salariés protégés.

63. Somme toute, il y a lieu de noter que le principe du contradictoire est d'application limité devant les tribunaux au Mali, ce n'est que devant les juridictions d'appel que le contradictoire déploie tous ses effets.

B. L'appel ou le triomphe du contradictoire

64. Il résulte de l'analyse des textes et des décisions des juridictions d'appel que le principe du contradictoire laisse entrevoir des développements plus importants à ce stade de la procédure. Pour être plus précis, la progression du principe à ce niveau s'apparente à une suite géométrique. Au moment du réexamen de l'affaire à la Cour d'appel, le contradictoire connaît un accroissement fulgurant qui favorise le rétablissement du contradictoire (1). Ce n'est qu'à la phase ultime de la

¹ CPCCS, art. 165, al. 1^{er}.

² « Le juge n'est véritablement « bras armé » d'un droit que lorsqu'il rend ces droits effectifs, permet à chacun de s'en saisir et leur donne ainsi une certaine force normative également, que lorsqu'il offre la possibilité de défendre ce droit devant une instance accessible et équitable ». V. Mathilde BROUZES, Le juge administratif, « bras armé » des droits sociaux : justiciabilité et effectivité des droits sociaux devant le juge administratif, Mémoire, Master 2, Grenoble, 2016, p. 1.

procédure, au moment du contrôle du juge de cassation que le principe tend à une application absolue (2).

1. La Cour d'appel, l'espace propice pour rétablir le contradictoire

65. Pour garantir une bonne justice du travail, le législateur a voulu qu'une affaire jugée par les tribunaux puisse être soumise à l'examen d'une juridiction supérieure: la Cour d'appel. Elle regroupe plusieurs chambres, dont la chambre sociale, qui examine à nouveau une affaire en vue d'une éventuelle réformation.

66. L'organisation des voies de recours ouvertes contre les jugements des tribunaux administratifs et judiciaires suit une logique différente de celle des juridictions de premier degré. On se bornera à deux observations. D'une part, il existe un « circuit court » de traitement des litiges devant le juge administratif: le jugement du tribunal administratif est susceptible d'appel directement devant la section administrative de la Cour suprême et non devant la Cour administrative d'appel qui n'est pas encore opérationnelle¹. Ce circuit court permet de régler au plus vite les litiges. D'autre part, à la différence des juges qui sont désignés par les organisations syndicales salariées et patronales, les juges des chambres sociales de la Cour d'appel sont tous des juges professionnels.

67. En plus, contrairement aux phases précédentes, les droits des parties ont été consacrés avec une plus large admission du contradictoire devant la chambre sociale de la Cour d'appel. Aujourd'hui, plus qu'un droit au contradictoire qui ne constituerait qu'un simple rempart contre

¹ « En attendant l'opérationnalisation des Cours administratives d'appel, la section administrative, demeure le juge d'appel des décisions rendues par les tribunaux administratifs ». V. en ce sens. CS- SA, arrêt n° 101 du 11 mars 2021, La Caisse nationale d'assurance maladie c/ arrêt n°795 du 16/10/2020 de la section administrative de la Cour Suprême, la Socnologie SARL. Inédit.

l'arbitraire, il recouvre une fonction utilitaire : impliquant le salarié et l'employeur à la recherche de la vérité.

68. A ce stade de la procédure, le contradictoire connaît une expansion verticale qui se manifeste par une intensification intrinsèque de son contenu. Ce développement s'exprime à travers l'assistance d'un défenseur non profane et la participation active au débat contradictoire.

69. En ce qui concerne le droit à l'avocat, la personne poursuivie a la possibilité de présenter une défense assez efficace puisqu'elle est renforcée par un avocat participant d'une manière active à l'administration de la preuve et qui apparaît comme l'élément essentiel de la défense. « C'est pourquoi, toute personne poursuivie a droit à l'assistance d'un défenseur de son choix ». Cette double présence à l'audience assure la plénitude du débat contradictoire. Ainsi, le contradictoire est total en ce sens qu'il autorise le conseil. L'avocat comme le client ont accès au dossier dans son intégralité. Ils peuvent demander la délivrance d'une copie de la procédure. La connaissance du dossier marque une avancée substantielle des droits de la défense à travers le principe du contradictoire.

70. Pour ce qui concerne la participation au débat, le salarié comme l'employeur et éventuellement le représentant de l'administration du travail sont invités à débattre équitablement et disposent d'un libre temps de parole au cours de leur plaidoirie pour défendre leur thèse. Cela dit, l'assise textuelle dont bénéficie le principe du contradictoire, et le fait d'être érigé par la jurisprudence au rang de principe fondamental par les juridictions internationales¹, astreignent les juges du fond à faire preuve

¹ Christophe LAPP, « Le respect du principe de l'égalité des parties : Illimité résultant d'une paranoïa du procès équitable ou équilibré en raison du pouvoir discrétionnaire de l'arbitre dans la conduite de la procédure arbitrale ? » *op. cit.*, p. 471

de plus de vigilance et d'attention dans le traitement égalitaire des parties.

71. L'audience devant la Cour d'appel est l'occasion inouïe pour les parties de produire des arguments nouveaux. Ainsi, les parties peuvent soumettre à la Cour de nouvelles prétentions pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait¹. Les parties peuvent aussi expliciter les prétentions qui étaient virtuellement comprises dans les demandes et défenses soumises au premier juge, et ajouter à celles-ci toutes les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément². A ce stade, le salarié bénéficie d'un contradictoire indéfectible en ayant la possibilité de discuter du dossier avec son adversaire en pleine connaissance de cause.

72. Il se révèle également intense en ce qu'il confronte les dires du salarié aux preuves recensées par le tribunal. S'il est permis de constater que la Cour d'appel constitue un jalon supplémentaire d'efficacité de la procédure et le cadre propice pour le rétablissement du contradictoire, il ne faut pas perdre de vue qu'un autre mode d'expression de la contradiction est le recours formulé par une partie devant la Cour suprême pour contester l'irrégularité de la décision des juges du fond. En réalité, c'est enfin devant la Cour suprême que le contradictoire se manifeste nettement, mais il est loin d'être absolu.

2. La Cour suprême, l'espace privilégié du contradictoire

73. Le recours devant la Cour suprême est considéré comme un recours extraordinaire³. Devant la haute juridiction malienne, deux voies de

¹ CPCCS, art. 576 al. 1^{er}.

² CPCCS, art. 578 al. 1^{er}.

³ Article 543 du Code de procédure civile, commerciale et sociale du Mali.

recours s'offrent au justiciable en matière de contentieux social : les recours contre les décisions de la Chambre sociale de la Cour d'appel sont portées devant la Cour suprême¹, section judiciaire et précisément devant la Chambre sociale². Tandis que, les recours en cas contentieux du licenciement des salariés protégés sont adressés à la section administrative de la Cour suprême. Le pourvoi est introduit et jugé dans les formes et conditions prévues par les lois relatives à l'organisation et à la procédure de la Cour suprême³.

74. Devant le juge de cassation, il est constaté un accroissement du principe du contradictoire qui connaît son apogée pendant cette ultime phase. En effet, ce n'est que lors du contrôle effectué par le juge de cassation que la contradiction s'épanouit véritablement pour apparaître « comme le trait principal de la procédure d'audience, comme la pierre angulaire de toutes les garanties en faveur du justiciable ».

75. L'analyse des décisions de la haute juridiction sociale montre plusieurs manifestations remarquables du fait que le principe du contradictoire est un principe protégé. La cour assure le contrôle strict du principe. L'exploitation du fonds décisionnel de la chambre sociale nous

¹ L'article L 215 du Code du travail stipule que : « l'appel doit être interjeté dans les 15 jours, délai légal du prononcé du jugement et dans les formes prévues à l'article L.191 paragraphe 2. L'appel est jugé sur pièces. Toutefois, les parties peuvent demander à être entendues : en ce cas la représentation des parties obéit aux règles fixées par l'article L. 204 ».

² La Cour suprême comprend deux sections : la section administrative et la section judiciaire. La section administrative reçoit les pourvois introduits contre les jugements rendus par les tribunaux administratifs en premier ressort. La section judiciaire reçoit les pourvois formulés contre les arrêts de la chambre sociale, de la chambre criminelle, de la chambre civile et de la chambre spéciale des mineurs. Il n'y a pas au Mali de juridictions administratives d'appel.

³ Article L217 alinéa 2 du Code du travail.

permet de constater que le principe du contradictoire se révèle être non seulement une véritable source de droits pour le justiciable mais aussi source de devoirs pour le juge.

76. La première hypothèse peut être aisément illustrée par les nombreuses décisions de la Chambre sociale sur le principe du contradictoire. Il faut d'abord évoquer l'obligation de *production de pièces qui est définie comme étant le fait de verser aux débats tout document susceptible de permettre ou favoriser la preuve de certains éléments du litige*. Cette obligation consacrée à l'article du 123 CPCCS est ainsi libellé « La partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance. La communication des pièces doit être spontanée. En cause d'appel, une nouvelle communication des pièces déjà versées aux débats de première instance n'est pas exigée. Toute partie peut néanmoins la demander ». L'application de l'article 123 CPCCS garantit à toute personne le droit de savoir afin de pouvoir agir en toute connaissance de cause.

Dans l'affaire¹ KYT projet contre Dame Rokia Keita, le problème était posé devant la Cour de savoir si le droit d'être informé et de discuter les preuves fournies par l'autre partie a été respecté. Saisie d'un pourvoi dans le cadre du contentieux social, la chambre sociale de la Cour suprême a dû rappeler ces principes fondamentaux ignorés dans les règles procédurales propres à ce type de contentieux. Sur le fondement du texte précité, elle a annulé la décision de la Cour d'appel. En effet, il a été reproché à la Cour d'avoir pris en compte des pièces versées au dossier par une partie et non communiquées à l'autre partie au procès et d'avoir ainsi violé l'article 123 du CPCCS. Ce texte dispose : « La partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance. La communication des pièces doit être spontanée ».

¹ CS-ch-soc., arrêt n° 18 du 09 juillet 2001, KYT Projet c/ Dame Rokia Keita.

En cause d'appel, une nouvelle communication des pièces déjà versées aux dossiers doit être spontanée, c'est à la partie versante de faire la preuve de la communication de la pièce versée. Dans cette affaire, il appert que KYT projet défendeur au pourvoi n'a pu rapporter cette preuve, se contentant des dénégations et arguant que la mémorante, conformément à l'article 123 *in fine*, aurait dû demander cette communication.

A cet égard, il échet d'observer que la possibilité de réclamer la pièce à elle communiquée et versée au dossier n'appartient pas à la partie qui se plaint de cette communication que dans le cas où ladite pièce avait déjà été versée aux débats de première instance. Or tel n'est pas le cas, dès lors, il est manifeste que l'article 123 du Code du travail a été violé par l'arrêt attaqué. Cette violation procède de celle des droits de la défenderesse.

Par cette décision qui tend à ce que le salarié puisse faire valoir ses droits sociaux devant une juridiction impartiale et dans le cadre d'un débat contradictoire, la Cour suprême a donc entendu se manifester dans ce domaine particulier comme la gardienne des libertés fondamentales en censurant la décision du juge du fond.

Cette affaire est pleine de renseignements. Il apparaît que les différents intervenants du procès doivent se montrer loyaux et diligents dans la communication de leurs mémoires. Tout élément produit en justice devant pouvoir faire l'objet d'un débat, il doit en conséquence être communiqué à l'adversaire. Madame Natalie Fricero justifie dans un article très charpenté¹, la nécessité de ce principe de loyauté qui s'exprime selon elle principalement dans deux constructions jurisprudentielles que sont la concentration des moyens et l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui.

¹ Natalie FRICERO, « Communication de pièces et office du juge », *la Gazette du Palais*, 2012, n° 144, p. 27.

77. Cependant devant les instances administratives, le droit d'intervention du requérant n'est pas nécessairement bien assuré que ce soit sous l'angle du droit de savoir ou sous l'angle de la possibilité de discuter les preuves. Justement, au sujet de la discussion des preuves, la haute juridiction sociale décidait dans un arrêt rendu en 2010¹ qu'un tribunal peut toujours disposer sommairement, sans audition, d'une affaire surtout si les circonstances l'exigent².

Dans le même sens, l'article 52 de la loi 96-071 du 16 décembre 1996 portant loi organique fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la cour suprême et la procédure suivie devant elle permettait au juge, lorsqu'il apparaît, au vu de la requête introductive d'instance que la solution de l'affaire est d'ores et déjà certaine, de décider qu'il n'y a pas lieu à instruction et transmettre le dossier au commissaire du gouvernement avant la mise au rôle. Il y a lieu de souligner que les dispositions de l'article 52 précitées ne figurent plus dans la loi du 23 septembre 2016³. Mais, elles sont désormais énumérées à l'article 19 de la loi n° -031 du 12 juin 2018 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs. Se fondant sur ce texte, la section administrative a censuré une décision de la Cour d'appel en estimant que les principes posés par l'article 16 CPCCS sont atténués par les dispositions de l'article 52 de la loi 96-071 du 16 décembre 1996 portant loi organique fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la Cour suprême et la procédure suivie devant elle. Selon les hauts magistrats de la section

¹ CS-SA, arrêt n° 138 du 06 juillet 2010, Sieur B. D c/ arrêt n° 2 du 07 janvier 2010 (Gouverneur du District de Bamako).

² Ainsi, il apparaît que devant la section administrative, le droit à la communication des pièces n'est pas absolu.

³ Loi n° 046 du 23 septembre 2016 portant loi organique fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la Cour suprême et la procédure suivie devant elle.

administrative ce texte permet alors au juge de passer outre ce principe d'échange de mémoire, qu'en plus, c'est à tort que le requérant soutient n'avoir pas pris connaissance de l'acte administratif n° 08-0752/MLAFU-DMDO en date du 2 octobre 2008 qui a été produit et discuté depuis l'instance devant le tribunal administratif de Bamako ; que le moyen tiré de la violation du principe du contradictoire fondé sur la transmission tardive ou la rétention par la section administrative du mémoire en réplique produit par l'intervenante forcée est à rejeter.

78. On peut encore noter, concernant toujours la première hypothèse, une vigilance encore plus grande de la Cour sur le respect du droit de ne pas être jugé sans avoir été entendu ou appelé. A l'audience, les parties doivent jouir d'une possibilité adéquate de présenter leur point de vue, le cas échéant avec l'assistance d'un avocat.

En règle générale, le contradictoire exige que la partie citée à comparaître soit informée de la date fixée pour l'audience. S'il ne s'y rend pas de son gré, c'est-à-dire qu'il y a renoncé, c'est alors à ses risques et périls. Cependant, lorsque l'absence de l'intéressé a été involontaire, soit qu'il n'a pas été atteint par la notification, soit qu'il était empêché par des raisons de force majeure, il doit disposer de la possibilité de provoquer une refonte du procès. C'est la notification à la partie défenderesse de la citation et sa comparution à l'audience qui ouvrent la procédure contradictoire.

Voilà en définitive, ce que retient la chambre sociale de la Cour suprême depuis qu'elle a rendu un arrêt le 7 mai 2001¹. Dans cette affaire la Cour sanctionne la violation de l'article 48 CPCCS. Il ressort du dossier de la procédure que Fadiala Kamissoko a été autorisé par le président de la Cour d'appel de Kayes à faire citer le projet RB. CAH représenté par le

¹ CS-SA, arrêt n° 10 du 7 mai 2001, Projet R.B. CAH c/ Sieur Fadiala Kamissoko.

sieur Fodé Coulibaly le 3 mai 2000. Mais, l'huissier de justice n'ayant pu retrouver ce dernier s'est contenté de s'adresser à son épouse.

Or, selon les dispositions de l'article 480 CPCCS, le défaut ne peut être réputé contradictoire que lorsque le défendeur a été cité à sa personne. Alors qu'il appert que dans le cas de figure, il ne résulte nulle part que M. Fodé Coulibaly a été cité à sa personne. La Cour a ainsi constaté un manquement aux exigences du contradictoire dans le fait qu'une partie n'a pas été présente à son propre procès à cause de la négligence de l'officier ministériel.

79. La deuxième hypothèse, tout comme la première peut être illustrée par un nombre croissant de décisions rendues par la Chambre sociale sur le principe du contradictoire.

S'agissant plus particulièrement du devoir des juges, l'obligation de respecter le principe de la contradiction est régulièrement rappelée par la chambre sociale. Ce principe sacro-saint du droit processuel n'a pas seulement pour effet de faire obstacle à certaines décisions du juge, il le contraint parfois à motiver d'une manière particulière ses décisions.

Comme on le voit, le juge lui-même est tenu de respecter le principe du contradictoire. Ce principe est consacré à l'article 463 du CPCCS. Ce texte dispose que « Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens; il doit être motivé à peine de nullité ». C'est vrai, la motivation des décisions de justice constitue, en soi, un principe, elle est considérée comme une exigence fondamentale de la contradiction¹.

¹ Vincent ORIF, « [Jurisprudence] L'exigence de motivation sous surveillance étroite », *La lettre juridique*, juillet 2015, n°621 du 16 juillet 2015 : Procédure prud'homale. Disponible sur <https://www.lexbase.fr> › ... › Procédure prud'homale. Consulté le 20 août 2022.

80. Cette exigence figurant dans les Codes de procédures civiles¹ a été conçue afin de mettre fin à une pratique consistant à motiver sa décision en se contentant de reprendre les conclusions d'une des parties. C'est dans ce sens que la chambre sociale a censuré une décision de la Cour d'appel. En l'espèce, Monsieur Niang, domicilié à Bamako, a été engagé en qualité de chauffeur, par la Société CAMUSAT par contrat de travail à durée indéterminée. Douze ans plus tard, son employeur lui notifiait son licenciement sous la forme d'un protocole d'accord de départ qu'il signait après avoir perçu des indemnités qualifiées de dérisoires. Contestant la rupture de leur relation de travail, Monsieur Niang assignait, la Société CAMUSAT devant le Tribunal du travail de Bamako aux fins de réclamation de droits et de dommages-intérêts. Ledit Tribunal a accueilli favorablement sa demande, par jugement n° 95 en date du 29 mai 2017. La chambre sociale de la Cour d'appel de Bamako, saisie suite à l'appel interjeté par la défenderesse la Société CAMUSAT Mali, a infirmé en toutes ses dispositions, le jugement entrepris et statuant à nouveau, a débouté M. Niang de sa demande comme étant mal fondée. C'est alors que M. Niang décida de former un pourvoi devant la Cour suprême.

La chambre sociale dans son arrêt² rendu le 12 avril 2022 reproche aux juges de la chambre sociale de la Cour d'appel de Bamako, en statuant, de n'avoir pas exposé toutes les prétentions et tous les moyens de faits et de droit d'une partie au procès notamment Monsieur Niang alors même que l'article 463 du CPCCS le leur imposait à peine de nullité de leur décision. L'article 463 du CPCCS dont la violation est alléguée dispose que : « ...Le

¹ CPCCS, art. 463 al. 1^{er}.

² CS-SA, arrêt n° 22 du 12 avril 2022, Mamadou NIANG c/ l'arrêt n° 136 du 30 Novembre 2017 de la chambre sociale de la Cour d'appel de Bamako et CAMUSAT-Mali.

jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens... » ;

Or, dans les motifs de l'arrêt attaqué, il n'est pas exposé, même succinctement les moyens et prétentions soulevés par l'intimé dans ses conclusions en appel et relatifs au paiement des droits et indemnités bien déterminés qui lui sont dus, le paiement de dommages-intérêts. Que seul est exposé le moyen relatif au caractère irrégulier du licenciement effectué par l'appelante la Société CAMUSAT Mali soulevé par l'intimé. Selon la Cour, en statuant tel qu'ils l'ont fait en exposant pas dans les motifs de leur arrêt tous les moyens et prétentions régulièrement soulevés par ce dernier dans ses conclusions écrites en appel, les juges d'appel méconnaissent la disposition légale susvisée et ainsi viole le principe du contradictoire.

*
* *

81. En conclusion, il semble que trois lignes de force se dégagent de ce survol, encore fragmentaire, de ce qui s'esquisse en droit positif malien pour proposer une réforme de la justice du travail dans le sens de la consolidation du contradictoire.

82. D'abord, un premier constat, qui constitue le point marquant de notre raisonnement, nous permet d'établir que le principe du contradictoire n'existe pas selon la même intensité en fonction des phases du contentieux : pleinement développé devant le juge de cassation, il est assez limité en phase de jugement et bien falot en phase précontentieuse, malgré l'affirmation de son rayonnement dans les textes de loi.

83. Ensuite, il y a lieu de remarquer l'éclatement du contentieux social qui constitue un obstacle à l'effectivité du droit d'accès au juge qui est le préalable de l'application du contradictoire. Outre le tribunal du travail,

le nombre de juridictions compétentes en matière sociale conduit à une grande complexité du paysage contentieux, indépendamment même des questions de frontières de compétences qui ne manquent pas de se poser entre elles, d'autant qu'il se répartit entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Cette complexité rend peu lisible le paysage juridictionnel pour des justiciables qui ont un accès difficile au juge étatique en termes aussi bien de proximité que de coût. Fort d'un tel constat, l'institutionnalisation d'un ordre juridictionnel social permettrait de regrouper sous sa compétence et d'harmoniser les matières à finalité sociale afin d'éliminer bien des errements fastidieux.

84. Enfin, il convient d'observer que pendant une longue période, le système de règlement des litiges a découragé par ses procédures lourdes, longues et coûteuses¹. Il convient de rompre avec un droit du travail de plus en plus procédural et contentieux pour favoriser le développement des procédures amiable et non contentieuse. A vrai dire, dans le contexte de modernisation de la justice qui envahit avec plus d'acuité la plupart des sociétés libérales démocratiques, le mouvement de déjudiciarisation s'impose comme un mode de rationalisation des moyens matériels et humains de la justice, ainsi que comme un processus permettant aux parties de collaborer pour trouver une solution à leur conflit. Dans cette perspective, le recours au juge dans le contentieux du travail, doit se faire dans les moindres interstices de la vie économique, sociale et politique.

85. Au-delà de cet encadrement contentieux, c'est également l'adaptation même d'un régime contentieux à des objectifs économiques poursuivis par le législateur qui doit être interrogée.

¹ Lin CHUNG-LANG, *Le contentieux des contrats administratifs : dans une perspective comparée*, Thèse, Institut d'études politiques de Paris, 2014, p. 1.

**VARIATIONS SAISONNIERES DU CONSTITUTIONNALISME
AU MALI ET EN GUINEE : IMPASSE OU
METIS DE LA DEMOCRATIE ?**

**Alia DIABY,
maître-assistant UGLC-SC**

« Les nouveautés juridiques qui vont directement à l'encontre des thèmes classiques fondamentaux, sont des erreurs certaines ; la vigueur ou le talent avec lesquels elles sont affirmées ne doivent pas nous faire illusion »¹. Cette affirmation d'Hauriou offre l'occasion de jauger le constitutionnalisme dans les Etats africains à l'aune de ses justifications et de sa nécessité, en particulier celui consécutif aux transitions survenues au Mali et en Guinée depuis 2020/2021.

Les transitions démocratiques en Afrique qu'il est convenu de situer à partir de 1990 sont l'entame du troisième cycle constitutionnel en Afrique depuis les indépendances². Les Constitutions qui marquent le renouveau

¹ M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Librairie du recueil Sirey, paris, 1930, Préface, p. VI.

² Sur les cycles constitutionnels en Afrique, voir M.-L. MARTIN, « Pour un constitutionnalisme de quatrième génération : présidences reconductibles, révisabilité maîtrisée à échelle, » *In La Constitution*, acte du séminaire scientifique tenu à Niamey du 24 au 26 octobre, 2018, l'Harmattan Sénégal, 2018, p. 91-125. Voir aussi K. AHADJI-NONOU, « Les nouvelles tendances du

du constitutionnalisme en Afrique s'enracinent dans la volonté d'une meilleure démocratie à travers la limitation du nombre et la durée des mandats, le renforcement des droits fondamentaux, l'émergence des Cours constitutionnelles, gardiennes de la Constitution et la routinisation d'élections disputées. Mais après trois décennies, l'esprit du constitutionnalisme s'estompé. En lieu et place de la démocratie qu'elles étaient censées secréter, ces Constitutions et la pratique qui en a découlé, ont conduit à la démocrature. D'où l'idée d'un quatrième cycle constitutionnel, celui des déplaçonnements et des troisièmes mandats. Il s'ensuit une déception générale qui conduit à la dénonciation du constitutionnalisme de « reflux de la démocratisation »¹.

Cette dénonciation, sur fond de régimes théoriquement démocratiques, a pris dans certains Etats, la forme violente de coups d'état militaires comme au Mali et en Guinée. Ces deux Etats ont à la fois une contiguïté géographique et un héritage historique marqué par l'épopée mandingue. Ils sont tous deux parties au traité révisé de la CEDEAO, organisation d'intégration dotée de principes de convergence constitutionnelle dont ils subissent ou risquent de subir les sanctions. Mais si le Mali est en proie à une instabilité institutionnelle, la Guinée elle, se débat dans une instabilité constitutionnelle. Dès lors pour ces deux Etats, emprunter la même voie pour juguler le déficit démocratique par l'installation de nouveaux régimes autoritaires en attendant le retour à une vie constitutionnelle normale, peut susciter la réflexion sur ses déterminants théoriques et empiriques.

constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique*, juil.-déc. 2002, p. 35 et s.

¹ M. DAGRA, « L'évolution constitutionnelle des régimes politiques africains : un essai de typologie : le cas du Niger ; un prototype », in KANTE, B, PIETERMAAT-KROS (dir.), Gorée Institute, 1998, p. 23.

Les nouveaux régimes installés prennent également la qualification de « transitions ». Pour les distinguer des transitions des années 1990, il est proposé ici, de les appeler : « les nouvelles transitions ». Leur caractéristique essentielle étant qu'elles surviennent dans des Etats régis par une Constitution, où sont en place des organes élus mais qui sont empreints d'un déficit démocratique chronique ou, en proie à une insécurité endémique. Dès lors, les autorités militaires au pouvoir ont procédé à un renversement constitutionnel. Par là même, elles ont déstabilisé la Constitution en vigueur et troublé gravement l'ordre institutionnel à la fois comme ordre et comme norme¹. Et comme tout Etat est ordonné autour d'une norme suprême, les nouvelles autorités sont amenées à refonder l'ordre constitutionnel sur les cendres de l'ordre détruit. Il s'ensuit une dynamique complexe du genre déconstruire/reconstruire. Ces opérations ou certains de leurs aspects peuvent se faire spontanément ou concomitamment. Mais, elles peuvent aussi se faire selon une temporalité décalée. Pour marquer le cheminement qui conduit au nouvel ordre constitutionnel, on utilisera ici les concepts de déconstitutionnalisation/reconstitutionnalisation entendus comme les deux facettes du mécanisme constituant, car constituer revient à « s'interroger sur l'établissement, la création et la composition de la Constitution »².

La notion de pouvoir constituant a été conçue en France, par Sieyès, pour justifier le renversement de l'ancien régime dans le but d'ancrer la

¹ O. NAREY, « L'ordre constitutionnel », in MELEDJE, D. F., BLEOU, M., KOMOIN, F (dir.), *Mélanges en l'honneur de Francis V. Wodié*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, p. 399-421.

² A. KPODAR, « Constituer en droit constitutionnel », In *La Constitution*, acte du séminaire scientifique tenu à Niamey du 24 au 26 octobre, 2018, l'Harmattan Sénégal, 2018, p. 48.

souveraineté de la Nation¹. On considère que le pouvoir constituant est illimité par opposition au pouvoir constitué. Dans l'affinement de la distinction, on a fini par distinguer le pouvoir constituant originaire du pouvoir constituant dérivé². Le caractère illimité convient plus au pouvoir constituant originaire qu'au pouvoir constituant dérivé si on admet l'idée que le pouvoir constituant originaire est un pur fait³.

Le pouvoir constituant originaire se déroule en deux phases qui sont une phase « dé-constituante » et une « phase reconstituante »⁴. Il s'agit de défaire et de refaire la Constitution en admettant que « le système de droit sur lequel nos sociétés modernes avaient jusqu'à présent vécu, se disloque et qu'un nouveau système s'édifie sur des conceptions tout à fait différentes »⁵.

La Constitution peut être définie au sens matériel comme l'ensemble des règles écrites ou coutumières relatives à l'organisation du pouvoir politique, son exercice, sa dévolution ainsi que les garanties des libertés. Peu importe le mode d'édiction de ces règles, ce qui compte c'est leur contenu et leur finalité⁶. Elle peut être définie également au sens formel comme « un acte juridique énoncé dans la forme constituante et par

¹ E. SIEYES, *Qu'est-ce que le tiers-Etat ?* Réédition, Paris, PUF, 1982.

² C. SCHMITT, *Théologie politique*, 2^{ème} édition, 1934, trad. française, Paris, Gallimard, 1988, p. 15.

³ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey 1920, p. 62.

⁴ A. VIALA, « Limitation du pouvoir constituant, la vision du constitutionnaliste », *Civitas Europa*, 2014, n° 32, p. 83.

⁵ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, 1913, « Introduction », p. X.

⁶ B.R. GUIMDO DONGMO, « Constitution et démocratie dans les Etats francophones d'Afrique », *In La Constitution*, acte du séminaire scientifique tenu à Niamey du 24 au 26 octobre, 2018, l'Harmattan Sénégal, 2018, p. 161.

l'organe constituant et qui, par suite, ne peut être modifié que par une opération de puissance constituante et au moyen d'une procédure spéciale de révision»¹. Ici, ce qui compte c'est la procédure spéciale d'édiction et de modification des règles. C'est dire qu'une Constitution est en général un texte ou un ensemble de textes qui procèdent d'une opération de fondation, laquelle peut être historique ou simplement juridique². On distingue la Constitution politique qui concerne les organes politiques, leurs limites et leurs rapports et la Constitution sociale qui aménage les libertés fondamentales.

Le constitutionnalisme est le mouvement de lutte en faveur de la limitation des pouvoirs de gouvernants et la garantie des droits des gouvernés ayant essaimé en Europe et aux Etats-Unis à partir du XVIII^{ème} siècle et qui s'est propagé depuis, grâce à la diffusion des idées de liberté et de démocratie. Il suppose un arrière-plan libéral et des garanties concédées aux citoyens, d'où le lien entre Constitution et démocratie, l'une aménageant l'autre. Tout constitutionnalisme suppose l'élaboration et l'application d'une Constitution comme le postule l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution ».

En ce sens, il convient d'examiner le processus constituant amorcé par les nouvelles transitions au Mali et en Guinée pour évaluer leur aptitude à générer ou restaurer, dans chaque cas, un Etat démocratique, reflet d'un ordre constitutionnel légitime, consensuel, crédible et donc durable.

¹ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, Paris 1922, Tome 2, p. 571.

² Sur la distinction entre fondations historique et juridique, voir M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey 1929, p. 255.

S'agissant de l'ordre constitutionnel, le coup d'Etat du 18 août 2020 a trouvé en vigueur la Constitution de 1992 qui a instauré la 3^{ème} République au Mali. Cette Constitution plus que *trentenaire* a résisté à plusieurs tentatives de réforme et peut être considérée comme faisant l'objet d'un large consensus au sein de l'Etat. Mais la récurrence des rebellions et la perte de l'autorité de l'Etat sur les régions du Nord suivies par l'accord pour la paix et la réconciliation ont installé un dualisme constitutionnel qui commande la rénovation du pacte social. Il se trouve que la Constitution de 1992 interdit toute révision en cas d'occupation d'une partie du territoire. Quant à la Guinée, à l'avènement du coup d'Etat du 5 septembre 2021, elle était régie par la Constitution du 22 mars 2020 qui a été adoptée par référendum en remplacement de la Constitution du 7 mai 2010. Le contexte de ce changement est marqué par une forte tension politique et sociale et des violences qui ont fini par installer une gouvernance plutôt autoritaire qui fonctionne sur le mode du « plébiscite quotidien »¹ parfois avec l'appui de la société civile².

La prise du pouvoir par des moyens inconstitutionnels interpelle sur l'effectivité des Constitutions dans ces deux Etats, les motifs et les motivations de leur remise en cause, les modes alternatifs de gouvernance à travers les chartes de la transition, la durée de la période transitoire, bref sur les vertus du nouveau constitutionnalisme. Ainsi, la réflexion sur la déconstitutionnalisation-réconstitutionnalisation au Mali et en Guinée, nourrie d'empirisme et s'appuyant sur les règles du droit constitutionnel

¹ Terme emprunté à Renan, cité par M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. 254.

² Celle-ci « demeure tantôt partenaire du pouvoir politique tantôt source de contre-pouvoir en matière de démocratie » selon B. CAMARA, « Les organisations de la société civile dans le processus démocratique au Mali », *Annales Africaines*, Nouvelle série, Volume 1, décembre 2014, p. 216.

classique, permet sur le plan pratique d'examiner *in concreto* les effets du renversement constitutionnel sur la démocratisation et sur le plan théorique, d'examiner la solidité/fragilité du processus constituant issu des nouvelles transitions pour comprendre s'il convient d'y voir le point de départ d'un nouveau cycle constitutionnel en Afrique. Le président du CNRD, sur ce point, dans une adresse à la Nation le 30 avril 2022 déclare : « La Transition en cours a pour finalité, nous en convenons tous, de restaurer, de renforcer la démocratie et l'État de droit, rétablir tous les fondamentaux de la République... c'est une vision noble... conduite avec une adhésion massive des populations »¹.

Les auteurs des coups d'Etat ont d'emblée édicté une « charte de la transition » pour servir de loi fondamentale pendant la transition dont la durée, dans les deux cas (39 mois proposés par le CNRD réduits à 36 par le CNT, trois ans par la junte au Mali), oppose les tenants du pouvoir et les acteurs politiques sous l'œil vigilant des partenaires internationaux. Car la refondation de l'Etat exige en réalité une durée plus longue que celle d'une transition.

En Afrique, les Constitutions fleurissent au rythme des saisons politiques empruntant les variations induites par la personnalité des tenants de la fondation juridique, de la résistance des forces sociales, de l'accommodation des partenaires et de la résilience du contexte international. D'où l'idée de variations saisonnières qui semble envelopper le processus constituant en Afrique. Dès lors, après l'échec des précédents processus, il convient de s'interroger : les nouveaux processus de constitutionnalisation au Mali et en Guinée sont-ils susceptibles de doter ces Etats de Constitutions authentiques ou annoncent-ils un constitutionnalisme récessif ?

¹ RTG, Journal télévisé du 30 avril 2022, discours transcrit sur www.guineenews.org, consulté le 1^{er} mai 2022.

D'ores et déjà, il est possible de soutenir que les nouveaux processus de constitutionnalisation s'annoncent malmenés et n'offrent pas de gages suffisants pour aboutir à des Constitutions adaptées aux besoins spécifiques des Etats concernés. Au contraire, ces nouveaux processus ont tendance à générer des « faussement » constitutionnels parce qu'ils s'opèrent de manière « brusque et sans préparations historiques »¹. Ainsi, ces nouveaux processus pourraient contribuer à aggraver le sort réservé à l'Etat de droit et à la démocratie dans les Etats concernés. Ils sont déconsolidant en termes d'ancrage démocratique, car ils sont propres à réduire la démocratie à l'organisation des élections, comme pour accréditer l'idée *paradoxe* défendue par Proudhon devant la Commune de Paris en 1848 selon laquelle «le suffrage universel, c'est la contre révolution ! »². Pour étayer l'idée de dévoiement du constitutionnalisme au Mali et en Guinée, il convient d'examiner tout d'abord le diagramme déclinant de la déconstitutionnalisation-reconstitutionnalisation (I) avant de cerner de près le déploiement instable de la déconstitutionnalisation-reconstitutionnalisation (II).

I. Le diagramme déclinant de la déconstitutionnalisation-reconstitutionnalisation

Les quantitativistes désignent sous le vocable diagramme, « une représentation visuelle simplifiée et structurée des concepts, des idées, des constructions, des relations, ... pour visualiser et appliquer la

¹ Pour M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey 1929, p. 243 « bien entendu, l'invention des Constitutions nationales ne fut point brusque et sans préparations historiques ».

² J. BOULAD-AYOUB et P.-M. VERNES, *aux fondements théoriques de la représentation politique.*, PUL, 2007, p. 95.

matière »¹. Il peut s'agir du tracé géométrique des parties d'un ensemble et de leur disposition les unes par rapport aux autres. Il s'agit aussi de la représentation graphique du déroulement et des variations d'un phénomène. C'est dans ce dernier sens que le concept est utilisé ici pour montrer le déroulement et les variations du phénomène qui consiste tous azimuts à dissoudre la Constitution et à la remplacer dans un premier temps par une charte dite de la transition à la suite d'un renversement constitutionnel. Ce phénomène fait partie des «dérives déconstitutionnalisantes»².

L'embellie démocratique n'a duré souvent que le temps de deux quinquennats et les démons de l'autocratie et des présidences à vie ont refait surface avec leur lot de frustrations entraînant des prises de pouvoir à l'arraché au nom des impératifs de sécurité publique, de refondation ou encore de conjuration du « syndrome du troisième mandat »³. Le Mali (en 2020) et la Guinée (en 2021) ont subi ce revers avec la prise effective du pouvoir par les éléments de l'armée en contravention avec les règles constitutionnelles. Les nouveaux maîtres ont ainsi ouvert un nouveau processus constituant dont l'ambiguïté est remarquable (A) et dont la faiblesse des résultats ne passe pas inaperçue (B).

A. Un processus ambigu de déconstitutionnalisation-reconstitutionnalisation

Les Constitutions de la troisième génération ont théoriquement intégré les valeurs communément partagées dans les Etats démocratiques. Ainsi

¹ Wikipédia, visitée le 14 février 2022.

² M.-L. MARTIN, « Présidences contre démocraties en Afrique », *Mélanges en l'honneur de Jean-Yves Coppolani*, 2018, p. 490.

³ T. LUMUMBA- KASSONGO, « Africa's third term syndrome », *Georgetown journal of International Affairs*, vol. 8, n° 1, 2007, p. 125-133.

au Mali : après la révolution de 1992, ce pays a été cité en exemple de transition réussie vers la démocratisation mais des coups d'Etat se sont succédés, alors que la Constitution demeure. Le double coup d'Etat perpétré par le CNSP en 2020 et 2021 est juste un prétexte de confiscation de la *vox populi*. De même en Guinée, même si la Constitution du 7 mai 2010 a été dénoncée¹ et remplacée par la Constitution du 22 mars 2020, celle-là a vite été abrogée le 5 septembre 2021². Le processus ainsi déclenché reste ambigu par le motif invoqué, la refondation (1) qui cache un motif occulte de perturbation de la démocratisation marquant ainsi la fin du cycle de réformisme constitutionnel (2).

1. Du motif invoqué : la prétendue refondation...

La refondation est le mot clé de la réapparition de l'armée sur la scène politique africaine.³ Cette panacée vise à « doter l'Afrique d'Etats solides construits sur leurs propres réalités sociologiques »⁴. Au Mali comme en Guinée, la refondation dénote le « paradoxe du nouveau constitutionnalisme africain »⁵.

Au Mali, l'idée de refondation est ancienne. Dans sa nouvelle version, cette idée est corrélative à celle de comportement patriotique des forces de

¹ A. DIABY, « Le temps et l'élaboration des Constitutions en Afrique : la Constitution guinéenne du 7 mai 2010 », *Annales de l'Université de Toulouse I capitoile*, n° 55, 2014, p. 168-204.

² Communiqué n° 1 du CNRD du 5 septembre 2021 qui affirme improprement que « la Constitution est dissoute »

³ P. MOUDOUDOU, « L'Etat africain entre constitutionnalisme libéral et constitutionnalisme identitaire », *Annales des Sciences juridiques et politiques*, Vol. 14, n° 3, 2013, p. 127.

⁴ *Ibid.*, p. 116.

⁵ C. THIRIOT, « Transition politique et changements constitutionnel en Afrique », *PUTC*, p. 29-49.

défense et de sécurité qui, devant l'urgence sécuritaire, s'emparent du pouvoir soutenues par le caractère populaire des événements consécutifs et imposent la charte de la transition comme la référence suprême de l'Etat. La charte de la transition¹ est précédée par l'acte fondamental n° 001 du 24 août 2020² et de concertations nationales tenues les 10, 11 et 12 septembre 2020 par les forces vives de la nation³. La charte de la transition évoque clairement «la refondation de l'Etat » dans son préambule et note l'urgence et la nécessité de combler « le vide constitutionnel », alors qu'il n'existe pas de vide en droit. Le droit peut connaître des lacunes qu'il convient de redresser, mais comme la nature, le droit a horreur du vide⁴.

Au Mali, la refondation est la résultante des valeurs, principes et missions de la transition qui font l'objet du titre 2 de la charte. Mais la charte institue une dyarchie au sommet de l'Etat entre le président de la transition, personnalité civile, et le vice-président de la transition qui est le meneur des militaires ayant fait le coup d'Etat. Le duo constitué par les deux personnalités conduit à un duel qui se termine par un nouveau coup d'Etat largement légitimé par la Cour constitutionnelle dans son arrêt portant vacance du pouvoir rendu le 28 mai 2021⁵ et s'appuyant sur l'idée que la lettre de démission de Bah Ndiaw, le 24 mai 2021 a provoqué « le vide juridique ». La Cour constitutionnelle, dès lors, dit que le vice-président, Assimi Goita devient président de la transition. Il acquiert ainsi

¹ Décret n° 2020/0072/PT-RM du 1^{er} octobre 2020.

² JO Spécial n°15 du 27 août 2020.

³ Sur l'idée de *forces vives*, empruntée à Mathieu Kerekou, voir K. AHADJI NONOU, *Les défis du gouvernement démocratique en Afrique subsaharienne depuis 1990*, L'Harmattan Sénégal, 2020, p. 54.

⁴ Sur la notion de lacune, voir J. JEANNENEY, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, 2016, 782 p.

⁵ CC du Mali, arrêt n° 2021-02/CC du 28 mai 2021.

le pouvoir de faire aboutir les missions de la transition. Celles-ci aux termes de la charte de la transition, sont notamment : le rétablissement et le renforcement de la sécurité sur l'ensemble du territoire national, le redressement de l'Etat et la création des conditions de base pour sa refondation ; la promotion de la bonne gouvernance ; la refonte du système éducatif ; l'adoption d'un pacte de stabilité sociale, l'organisation des élections générales et la mise en œuvre de l'accord pour la paix et la réconciliation au Mali, issu du processus d'Alger.

Les missions assignées à la transition, n'affectent pas fondamentalement la Constitution du Mali de 1992 qui reste en vigueur¹. Les missions prescrites par la charte de la transition s'inscrivent dans la durée et même un président élu ne peut y arriver au terme d'un quinquennat². A ce jour, on constate que les principes de convergences constitutionnelles de la CEDEAO sont mis à mal. La démocratie des baïonnettes se réinstalle sans qu'il soit possible de déterminer un « cahier des charges constitutionnelles »³ et la transition reste « une zone grise constitutionnelle »⁴.

En Guinée, le motif invoqué reste également la refondation. Il importe de comprendre la situation qui prévalait avant le coup d'Etat du 5 septembre 2021⁵. Au terme de deux mandats consécutifs¹, le président

¹ Une commission de rédaction de la nouvelle Constitution a été mise en place par le décret n° 2022/0398/PT/RM du 29 juin 2022.

² Les mandats en Afrique oscillent entre septennat, sexennat et quinquennat.

³ F. HOURQUEBIE, « Néo-constitutionnalisme et contenu des Constitutions, quelle marge de manœuvre pour les constituant de la transition, », *AIDC*, 30 - 2014, 2015 ; p. 587-502.

⁴ *Ibid.*, p.587. Un nouveau délai de deux ans a été annoncé pour un retour à l'ordre constitutionnel normal.

⁵ Pour le versant juridique, voir la Constitution du 22 mars 2020, *JO* numéro spécial du 14 avril 2020.

Alpha Condé opère un changement de la Constitution en 2020 qui -à bien l'observer- avait pour unique objectif d'accréditer arithmétiquement mais non juridiquement un troisième mandat². La nouvelle Constitution porte la durée du mandat présidentiel à six ans sans changer le nombre de mandats³. Le reste de la Constitution politique n'a pas été touché, mais le fait notable est que la Constitution politique a été autocentrée autour de la fonction de président de la République⁴. Quant à la Constitution sociale, elle a été embellie par la constitutionnalisation du contenu local⁵, l'affirmation de la parité homme-femme⁶, la réduction de l'âge minimum pour l'éligibilité à l'Assemblée nationale à 18 ans pour duper les jeunes⁷.

Il s'y ajoute que non seulement l'écart entre le texte proposé au référendum⁸ et celui promulgué⁹ a été remarqué au point qu'il est

¹ Elu le 21 octobre 2010, et réélu le 31 octobre 2015, le président Alpha CONDE a été (Ré) élu le 18 juin 2020.

² Pendant le référendum, il n'en a pas été question et aucune disposition de la Constitution du 22 mars ne pointe le troisième mandat.

³ Article 40 de la Constitution du 22 mars 2022 « Le président de la République est élu au suffrage universel direct pour un mandat de six (6) ans renouvelable une fois ».

⁴ Toutes les institutions constitutionnelles ont été maintenues mais le président de la République désigne en fait ou en droit les présidents des institutions.

⁵ Article 27, al. 3 « L'Etat veille à ce qu'une partie des recettes issues de l'exploitation des ressources minières soit affectée au développement des collectivités locales ».

⁶ Article 9, al. 3 « la République affirme que la parité homme-femme est un objectif politique et social... »

⁷ Dans les conditions normales, l'âge de la scolarisation est fixé à 7 ans en Guinée. A 18 ans, les enfants qui ont fait un parcours normal sont en 11^{ème} année, soit la 1^{ère} année du lycée.

⁸ JO 3^{ème} République, numéro spécial janvier 2020.

⁹ Décret D/2020/073/PRG/SGG du 6 avril 2020.

possible de soutenir que ce n'est pas la Constitution adoptée qui a été promulguée¹, mais plus de quinze mois après l'élection présidentielle du 11 juin 2020, les institutions n'étaient pas mises en place², le gouvernement a été reconduit, le prix du carburant à la pompe a été augmenté, les fonctionnaires ont été soumis au prélèvement sur des salaires déjà dérisoires, les frontières avec certains Etats limitrophes ont été fermées³, la maladie du président l'a contraint à de fréquents séjours à l'étranger⁴.

La charte de la transition se substitue à un texte élaboré à la hâte, à la Constitution inappliquée, adoptée dans un contexte d'état d'urgence sanitaire et de mobilisation exceptionnelle des forces de défense et de sécurité y compris les forces spéciales ayant opéré le coup d'Etat du 5 septembre 2021. Cette charte réduit le nombre d'institutions constitutionnelles⁵ en ne retenant que le Conseil national de la transition (CNT), le gouvernement, la HAC, la Cour suprême, la Cour des comptes

¹ Le projet de Constitution a été publié dans le *JOR*, numéro spécial janvier 2020. Il diffère du texte de la Constitution publié dans le *JOR*, numéro spécial du 14 avril 2020 alors que le décret de promulgation indique : « est promulguée, la Constitution adoptée par le peuple de Guinée ». Il s'ensuit que ce n'est pas le texte qui a été adopté qui fut publié.

² A l'exclusion de la Haute autorité de la communication (HAC).

³ Il s'agit du Sénégal, la Serra Leone et la Guinée Bissau.

⁴ Lors du dernier voyage sanitaire du président de la République en Turquie le Premier ministre a aussi perdu sa fille à Washington et a été contraint de se déplacer. Celui qui devait assurer l'intérim du 1^{er} ministre, à savoir le ministre de la Défense était également à l'étranger et a été contraint de rentrer.

⁵ L'inflation d'institutions constitutionnelles avait été dénoncée par les défenseurs du changement de la Constitution au nom d'une rationalisation des ressources mais cet argument n'avait pas été suivi d'effet dans la Constitution du 22 mars 2020.

aux côtés du CNRD dont le chef est le président de la transition, chef de l'Etat. Le CNT composé de 81 membres et installé en janvier 2022 reste l'organe législatif équivalent de l'Assemblée nationale dissoute. La Cour suprême représente le pouvoir judiciaire. Le médiateur de la République, le Conseil économique, social, culturel et environnemental, l'Institution nationale indépendante des droits humains, La Cour constitutionnelle, le Haut conseil des collectivités locales sont déconstitutionnalisés. Quant à la Constitution sociale, elle est plutôt malmenée avec l'absence de droits fondamentaux comme le droit à la vie, le droit de manifestation et le droit au procès équitable qui ne sont pas *expressis verbis* mentionnés.

L'architecture de la charte de la transition reprend pour l'essentiel celle de la charte de la transition adoptée au Mali. Le texte évoque les conclusions des concertations nationales¹ sous l'égide du Comité national du rassemblement pour le développement² et affirme « la nécessité de bâtir ensemble, d'une manière durable, les fondamentaux d'une République démocratique stable unie dans sa diversité et respectueuse des droits de l'Homme et des libertés publiques »³.

Une vue d'ensemble des deux chartes de la transition conduit au constat que les situations qui ont mené à la crise dans les deux Etats étaient différentes, que les deux chartes visent toutes la refondation et que leur mode d'élaboration et d'adoption diffèrent cependant. Si la charte de la transition au Mali a été adoptée par les forces vives de la Nation, elle laisse subsister la Constitution du Mali, alors que la charte de la transition guinéenne est élaborée de façon unilatérale à la manière d'une charte

¹ Aucun texte ainsi libellé n'a été porté à la connaissance de l'opinion publique. C'est donc une clause de style mimée du Mali [imitée du Mali *OU* comme au Mali].

² Préambule de la charte de la transition du 27 septembre 2021.

³ Préambule de la charte de la transition du 27 septembre 2021, point 7.

octroyée. On peut dès lors distinguer l'instabilité institutionnelle au Mali où la Constitution demeure d'une part et l'instabilité constitutionnelle en Guinée où la Constitution elle-même est fréquemment changée (six fois depuis l'indépendance). Curieusement, il a été proposé le même remède à deux maux fort différents au fond.

2. Au motif occulte : la fin du cycle de réformisme

Le réformisme constitutionnel est parti du mouvement de renouveau du constitutionnalisme qu'on situe généralement dans les années 1990¹. Ce réformisme prend en compte un certain nombre de valeurs faisant partie du patrimoine constitutionnel mondial. Parmi ces valeurs, on peut citer l'interdiction du troisième mandat, le non accès des militaires à la fonction présidentielle, la mise en place d'une Cour ou d'un Conseil constitutionnel². Ce réformisme correspond alors à l'essai d'africanisation des valeurs du patrimoine démocratique mondial. Seulement, il y a un reflux qui sonne comme une remise en cause du constitutionnalisme du renouveau³. Ce reflux est identifiable dans le déplafonnement du nombre et la durée des mandats présidentiels⁴, la remise en cause de certaines

¹ M.L. MARTIN, « Présidences contre démocraties en Afrique », *op. cit.* p. 465 évoque à cet égard « un réformisme constitutionnel dynamique et prometteur d'un développement démocratique, tant sur le plan processuel que sur le fond », Pour une vue d'ensemble sur le renouveau constitutionnel voir J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique, après quinze ans de pratique du pouvoir » in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, p. 610-627.

² M.L. MARTIN, « Pour un constitutionnalisme de quatrième génération ? présidences reconductibles, révisabilité maîtrisée à échelle », *op. cit.*, p. 91-92.

³ *Ibid.*, p. 92.

⁴ *Ibid.*, p. 98 note le phénomène « d'abrogations-remplacements du texte original ».

institutions constitutionnelles perçues comme trop occidentales et pas assez authentiques. Dès lors, la prise du pouvoir par les éléments de l'armée en particulier à partir des années 2014¹ s'est déroulée en mode de dénonciation² avec un versant d'usure de la démocratie³ et un versant participation⁴ citoyenne à la consolidation de la démocratie. Ainsi en va-t-il du Mali et de la Guinée avec l'avènement de la transition en 2020⁵ et en 2021⁶.

L'accumulation de la frustration amène les éléments des forces de défense et de sécurité à s'emparer du pouvoir, en réaction à l'usage qu'ont fait du pouvoir politique des exécutifs souvent élus sans satisfaction escomptée des armées par rapport au processus de démocratisation⁷. Il suffit d'examiner le chronogramme de la transition en Guinée⁸ pour se rendre compte du peu d'intérêt qu'il manifeste pour la refondation. Ainsi, la mise en place du CNT (point 3), la réforme de la CENI (point 4), la lutte contre la corruption (point 7) et le processus de réconciliation nationale ne sont pas considérés comme faisant partie de la refondation.

¹ Au Burkina Faso,

² D. LOCHAK, « La dénonciation stade suprême de la démocratie », *Mélanges Braibant*, Dalloz, 1993, p. 453 distingue la dénonciation acte citoyen et acte de vigilance politique.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*,

⁵ Voir acte fondamental n° 001 du CNSP.

⁶ Transition en Guinée, voir communiqué n° 001/CNRD du 5 septembre 2021.

⁷ C.E. TRIMURA, « L'idée républicaine de la Constitution en Afrique francophone » p. 3 soutient que « les Etats africains francophones n'ont pas de Constitution. Si l'objet existe bien, il est ignoré ou volontairement écarté, taxé d'être inapproprié et inadapté aux valeurs culturelles et à la conception du pouvoir en Afrique ».

⁸ Document de 8 pages publié sur www.guineenews.org, visité le 10 mars 2022

On peut remarquer que ce qui compte, c'est de garder le pouvoir aussi longtemps que possible. Il y a des effets d'annonce comme le Commissariat général de lutte contre la corruption, la Commission de réconciliation nationale, l'organe technique de gestion des élections, mais on ne dit pas ce qu'on va refonder, même si des indices inquiétants existent à ce sujet¹. Il en est ainsi de la réaction du CNRD face au recours gracieux en annulation formé par l'AVCB², dans laquelle on peut lire : « La présidence de la république voudrait tenir à votre haute attention que la *rébaptisation* de l'aéroport est une décision souveraine et assumée »³. Curieusement, le CNRD qui a chassé un président élu au pouvoir, et dissous la Constitution, menace maintenant les ténors de l'opposition politique au président déchu⁴ en les chassant de leurs résidences sans procédure régulière⁵.

A bien observer les processus constitutifs de 2020-2021 au Mali et en Guinée, on se rend compte qu'il s'agit d'un rejet des processus récents de démocratisation sous la forme d'une « réserve de défiance »⁶ qui a affecté une partie de l'armée.

¹ Ainsi l'aérogare de Conakry Gbessia a été rebaptisé du nom du premier président de la Guinée : Ahmed Sékou TOURE, le CNRD a mis un point d'honneur à remettre à la famille du feu président la villa de la Belle-Vue considérée comme la seconde résidence des présidents de la République.

² Association des victimes du camp Boiro.

³ Lettre n° 00387/PRG/SGG-SP du 31 décembre 2021.

⁴ Curieusement, le CNRD renvoie le pouvoir déchu et l'opposition dos à dos.

⁵ Les leaders de l'UFDG, et de l'UFR, accusés d'occuper des bâtiments du patrimoine bâti public ont été obligés de quitter leur résidence alors même qu'ils avaient engagé des référés contre les actes qui les invitaient à libérer les lieux le 28 février 2022.

⁶ P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie, la politique à l'âge de la défiance* », Seuil, 2006, p. 11.

Dans les deux cas, le coup d'Etat est survenu avant la deuxième année de l'exercice d'un mandat qui peut se réclamer légitime¹. On peut dès lors distinguer la légitimité obtenue à l'issue d'élections disputées avec les apparences de légalité et la confiance qui s'est érodée entre les citoyens et le personnel politique accusé d'être incapable d'assurer son office ou d'être éloigné ou indifférent face aux maux du peuple. Dès lors, le retour de l'armée sur la scène politique est également un effet pervers de la recherche forcenée de Constitutions authentiques et procède d'une erreur d'appréciation faite par les groupes de militaires ayant pris l'effet pour la cause². On observe alors que le renversement constitutionnel opéré n'est qu'un prétexte.

B. La faiblesse des résultats

A mi-parcours, le processus de déconstitutionnalisation-reconstitutionnalisation a produit des résultats d'une faiblesse plutôt déconcertante au Mali et en Guinée. Dans la prospective, ces résultats s'analysent en termes de lacunes constitutionnelles en attendant la nouvelle Constitution (1) et en rupture de la démocratie en attendant les élections (2)

1. En attendant la Constitution : les lacunes constitutionnelles

La lacune se définit comme « l'inexistence jugée néfaste d'une disposition normative »³. Si l'ordre juridique a été imaginé comme ayant le caractère de complétude par la « plénitude logiquement nécessaire de

¹ Les présidents Ibrahim Boubacar KEITA et Alpha CONDE ayant été élus

² Charte de la transition du 27 septembre 2021, préambule point 6.

³ J. JEANNENEY, *Les lacunes constitutionnelles* Dalloz, 2016, p. 1.

la législation écrite»¹, il convient de remarquer qu'il est des situations qui ne sont pas prises en charge, du moins directement par le droit. Qu'il s'agisse de vide, de silence, de carence normative, de défaut de précision, le juriste est mis en difficulté pour déterminer ou prévoir le droit applicable ou même des fois d'appliquer tout simplement le droit. On a même pu parler de situations de non-droit².

La systématisation des concepts et notions qui s'y rattachent amène à distinguer en droit constitutionnel, les lacunes subjectives qui désignent ce qui devrait être ajouté au système normatif parce que considéré dans l'opinion de certains comme une divergence entre *lege lata et lege feranda*³, les lacunes techniques qui correspondent aux normes nécessaires pour qu'il soit possible d'appliquer d'autres normes, elles peuvent être horizontales ou verticales⁴ et les lacunes axiologiques qui correspondent à des représentations qui substituent une norme trouvée à une norme manquante à titre de comblement. Ces dernières sont souvent l'œuvre de la doctrine.

Il est possible d'identifier au Mali comme en Guinée, des lacunes constitutionnelles. On peut distinguer les lacunes issues de la déconstitutionnalisation instantanée, les lacunes de la reconstitutionnalisation probable et les lacunes logées dans la zone grise constitutionnelle.

¹ V. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919, p. 193.

² M. DOUCHY, « La notion de non-droit », *RRJ*, vol. 17, 1992, p. 433-476. Voir aussi F. SEVERIO NISIO, Jean Carbonnier, *regards sur le droit et le non-droit*, Dalloz, col. Esprit du droit, 2005, p. 51-82.

³ J. JEANNENEY, *op. cit.*, p. 390.

⁴ *Ibid.*, p. 425.

S'agissant des lacunes de la déconstitutionnalisation instantanée, il s'agit de toutes les situations qui tirent leur ambiguïté, des actes adoptés pour auto fonder la prise effective du pouvoir par les militaires. On peut dénombrer sans prétention d'exhaustivité : l'absence du président de la République comme institution alors que le Mali et la Guinée revendiquent la forme républicaine de l'Etat et l'incertitude de la règle de subordination des armées aux autorités civiles affectée du coefficient d'émergence d'organes périphériques au rôle politique diffus.

Qu'il s'agisse du Mali ou de la Guinée, le premier élément qui a été déconstitutionnalisé, au sens de sortie de la Constitution, c'est l'institution de président de la République et son remplacement par celui de « président de la transition ». Les deux Etats ont à leur fondation historique, préféré la République¹ comme forme de gouvernement dont le chef est désigné par les citoyens à travers le suffrage universel par opposition à la dévolution héréditaire ou monarchique ou de toute autre manière du pouvoir politique². Les caractères de la République sont variables³. Pour le cas du Mali, la République est, aux termes de l'article 25 de la Constitution du 12 janvier 1992⁴, « indépendante; souveraine, indivisible, laïque et sociale ». Cette disposition qui énumère les institutions de la République, cite en premier lieu le président de la République. L'institution de président de la République fait ensuite l'objet du titre 3 de la Constitution. De même, en Guinée, les Constitutions du 7 mai 2010 et du 22 mars 2020 s'accordent sur la prééminence du président de la

¹ Sur la notion de République, voir J. M. PONTIER, *La République en France*, Dalloz, 1998,146.

² *Ibid.*, p. 85.

³ En France, modèle mimant des Etats francophones d'Afriques, ces traits sont l'indivisibilité, la laïcité et la solidarité.

⁴ Promulguée par le décret n° 92-073/P-CTSP du 25 février 1992.

République. On constate dans le constitutionnalisme de transition, l'inexistence de cette institution. L'absence de la fonction de président de la République dans la « pyramide constitutionnelle »¹ de la transition porte un coup à l'Etat démocratique où l'élection est devenue « le mode normal de dévolution du pouvoir et un passage obligé pour y accéder légitimement ou pour s'y maintenir »², qu'il s'agisse du modèle de Westminster ou celui de Philadelphie³. Désormais, on se retrouve devant des Républiques sans président.

S'agissant de la subordination des armées aux autorités civiles, elle disparaît concomitamment à la prise du pouvoir par l'armée. Cette règle peut être considérée comme faisant partie de l'âme des Constitutions post 1990 en Afrique. Cette règle était prescrite dans le titre 15 de la Constitution guinéenne du 07 mai 2010⁴ dont l'article 141 prescrit : « les forces de défense et de sécurité sont républicaines. Elles sont au service de la Nation. Elles sont apolitiques et soumises à l'autorité civile. Nul ne doit les détourner à ses fins propres ». Il s'ensuit qu'en annonçant la prise effective du pouvoir, le CNRD n'entend plus soumettre les armées à l'autorité civile. On demeure circonspect sur la règle accessoire qui voudrait que les militaires et paramilitaires en exercice ne puissent pas se déclarer candidats aux fonctions électives. L'article 155 de la loi électorale

¹ I. M. FALL, *Les élections présidentielles au Sénégal de 1963 à 2012*, L'Harmattan Sénégal, 2018,

² D. SY, « Enjeux et jeux de l'élection présidentielle du 24 février 2010 au Sénégal », in O. NAREY (dir), *L'élection présidentielle*, L'harmattan Sénégal, 2020, p. 431.

³ I.M. FALL, *ibid.*, p. 8.

⁴ La Constitution du 22 mars 2020 est laconique à ce sujet et se contente de prescrire en son article 36 : « Il (le président de la république) est responsable de la défense nationale. Il préside le conseil supérieur de défense nationale. Il est le chef suprême des Armées ».

permet d'ailleurs aux militaires de se porter candidats à l'élection présidentielle, s'ils démissionnent quatre mois avant ladite élection¹.

La déconstitutionnalisation instantanée a entraîné dans la foulée une reconstitutionnalisation soit par substitution, soit par simple suggestion. Il en est ainsi du transfert des compétences de la Cour constitutionnelle à la Cour suprême en ce qui concerne la Guinée, l'obligation de déclaration des biens pour les titulaires des hautes fonctions en ce qui concerne le Mali. Dans les deux cas, les libertés sont célébrées, leur promotion et leur protection devraient figurer en bonne place dans le nouveau processus constituant.

La charte de la transition en Guinée dispose en son article 79 : « les attributions de la Cour constitutionnelle sont transférées à la Cour suprême durant la période de transition ». Sur ce point, une différence notable existe avec la transition malienne qui laisse subsister la Constitution promulguée le 25 février 1992 dont le titre 9, articles 85 à 94 place la Cour constitutionnelle immédiatement après la Cour suprême. Ce faisant, la Cour constitutionnelle malienne a joué un rôle de premier plan dans la légitimation *ex-post* de la désignation du président de la transition.² Quant à la Guinée, le transfert préconisé entraîne une vraie lacune technique dans la mesure où la charte prévoit une condition sans laquelle le transfert ne peut s'opérer. Il s'agit en l'occurrence, de l'alinéa 2 de l'article 78 qui dispose : « Une loi organique détermine l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême, la procédure suivie devant elle notamment le délai pour sa saisine de même que les conditions d'éligibilité, les avantages, les immunités et le régime disciplinaire de ses

¹ Loi n° 2022-019 du 24 juin 2022 portant loi électorale, *JO* spécial N+06 du 24 juin 2022.

² Cour constitutionnelle du Mali, arrêt du N° 2021-02/CC/Vacance du 28 mai 2021.

membres ». Il convient de noter que la procédure prévue ici concerne toutes les matières. Or il n’y a aucune règle processuelle sur la Cour suprême statuant en matière constitutionnelle. De même, pour réaliser le transfert prévu, il faut qu’une chambre ou section de la Cour suprême soit indiquée pour traiter les dossiers constitutionnels. Or Il n’y a, à la Cour suprême, aucune chambre dédiée à cette fin. Il s’y ajoute que pour l’exception d’inconstitutionnalité, celle-ci peut être soulevée devant toute juridiction, y compris la Cour suprême qui doit surseoir à statuer. On pourrait alors le contraire d’une «implantation réussie»¹.

Ce transfert aboutit provisoirement à la négation de la spécificité de la juridiction constitutionnelle. Pourtant, depuis sa mise en place en 2015, la Cour constitutionnelle a eu son âge d’or avec des décisions courageuses qui attestent son indépendance à l’image des arrêts «petit roi»², en donnant des injonctions à la manière d’une cour constituante³, notamment au président de la République⁴, au président de l’Assemblée nationale⁵ et à l’Assemblée nationale⁶. Il est vrai que sous l’effet cumulé de plusieurs facteurs, elle fut atteinte d’une crise de croissance qui l’a

¹ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel* ; LGDJ, 2016, p. 48, Pour une vue endogène du rôle et de la place de la justice constitutionnelle, voir D. SY, « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique » in NAREY O. (dir.), *La justice constitutionnelle*, Actes du colloque international de l’ANDC, l’Harmattan, 2016, p. 43-64.

² CC, arrêt, n° AE 02 du 21 septembre 2015, in DIABY, A, *La Cour constitutionnelle de Guinée, deux ans de jurisprudence*, 2017, pp. 68-72.

³ CC, arrêt AC 029 du 19 juillet 2017, in SACKO, A, *Recueil des arrêts et avis, 2017-2018*, p.73-86.

⁴ CC, arrêt n° AC 04 du 08 février 2018, in SACKO, A., *Recueil des décisions et Avis, 2017-2018*, p. 211-215.

⁵ CC, arrêt n° AC 02 du 1^{er} février 2018, in SACKO, A, *ibid.*, p. 203-206.

⁶ CC, arrêt n) AC 017 du 23 mai 2017n, In SACKO A, *ibid.*, p. 42-34.

ébranlée. Depuis, elle a pris des décisions controversées¹ mettant sa crédibilité et sa résilience à rude épreuve et donnant l'impression d'une juridiction domestiquée.

2. En attendant les élections : les ruptures de la démocratie

S'il est admis qu'il n'existe pas de corrélation absolue entre constitutionnalisme et développement démocratique², on peut aussi remarquer que les coups d'Etat au Mali et en Guinée, portent un coup de frein, au processus démocratique dans ces deux Etats car « les élections n'ont de sens que parce qu'elles fournissent à intervalles réguliers aux électeurs, la possibilité d'évincer les gouvernants »³. L'observation permet sur le plan de la démocratie, de découvrir, des congruences entre les deux transitions, mais aussi des dissemblances notables. Les congruences concernent la multiplication des forums délibératifs. Quant aux dissemblances, elles concernent la rupture de la transparence et celle du cadre électif.

La deuxième congruence entre les nouvelles transitions, concerne la multiplication des forums délibératifs. La démocratie repose sur la prise des décisions par les citoyens. Cette idée du titulaire du pouvoir de décision est consacrée par toutes les démocraties par le procédé du vote avec les deux versants de référendum ou de représentation. La Constitution du Mali prescrit en ce sens, en son article 26 : « la souveraineté nationale appartient au peuple tout entier qui l'exerce par ses représentants ou par voie de référendum. Aucune fraction du peuple

¹ CC, arrêt N 0 AC 014 du 11 juin 2020, in SACKO, A, recueil des arrêts et avis, 2019-2020, pp315-349.

² F. HOURQUEBIE, « Le sens d'une Constitution, vue de l'Afrique », *les cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 1, septembre 2018, p. 3.

³ GIRARD, C, LE GUFF, A, *la démocratie délibérative*, Hermann, 2010, p. 17.

ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ». Ce principe est repris à l'identique dans le dispositif constitutionnel guinéen d'avant la nouvelle transition¹.

Au contraire, depuis l'avènement de la transition, la pratique observée consiste à multiplier les endroits d'expression démocratique. En ce sens, dès après le coup d'Etat et avant l'adoption de la charte de la transition, des consultations ont eu lieu sous le nom de « concertations nationales inclusives » du 14 au 23 septembre. Lorsque le CNT a été installé, ses membres ont effectué une mission de dix jours pour « consulter les populations » sur ce qu'elles pensent de la future Constitution et sur le contenu des lois à venir. Un autre forum imaginé réside dans le concept d'« assises nationales » tenues du 27 mars au 20 avril 2022. Les assises nationales sont dotées d'un Comité national de coordination. L'objet des Assises encore appelées « journées de pardon et de réconciliation » comme des précédentes consultations aboutit à déposséder le citoyen de son droit de concourir à la prise des décisions. En lieu et place du citoyen, ce droit de concourir est accordé aux corporations et groupes d'intérêt (médecins, Forces de défense et de sécurité, magistrats, handicapés). Le même procédé de formules de « concertations des forces vives de la nation » ou « assises nationales » a été suivi au Mali. Dans le creux de cette multiplication des fora, se trouve en germination l'exclusion du citoyen en faveur des corporations dans les organes délibérants.

Sur les dissemblances, on remarque que les deux nouvelles transitions n'accordent pas la même place à la transparence et au cadre électif. Au Mali, la charte de la transition fait de la déclaration des biens, une

¹ Article 2, Constitution du 22 mars 2020, J.O de la république, numéro spécial, 14 avril 2020, voir aussi l'article 2 de la Constitution du 07 mai 2010, décret de promulgation de la Constitution D/068/PRG/CNDD. SGPRG/2010 du 19 avril 2010

obligation pour tous ceux qui exercent une fonction notamment les dirigeants des régies financières à l'entrée et à la sortie de fonction. *A contrario*, la déclaration des biens n'est pas inscrite dans la charte de la transition en Guinée et le fait de dénoncer qu'aucun membre du gouvernement n'avait encore déposé sa déclaration de biens, a coûté son poste à la Garde des sceaux, ministre de la Justice et des Droits de l'homme¹.

Les nouvelles transitions n'accordent pas non plus la même place au cadre électif. Ainsi, au Mali, la Cour constitutionnelle demeure la garante de la régularité de toutes les élections avec la création d'une Autorité indépendante de gestion des élections (AIGE), alors qu'en Guinée, la CENI a été dissoute et ses attributions transférées au Ministère de l'Administration du territoire et des Affaires politiques.

II. Le déploiement instable de la déconstitutionnalisation-reconstitutionnalisation

Le renversement constitutionnel survenu au Mali et en Guinée vise l'instauration d'un nouvel ordre constitutionnel dans ces Etats, dans le but de «refonder la relation centre-périphérie et de faire preuve de

¹ La Garde des sceaux, ministre de la Justice et des Droits de l'Homme, Fatoumata Yarie SOUMAH a répondu le 31 décembre à une lettre du ministre secrétaire général de la présidence du 29 décembre 2021 qui avait convoqué les magistrats à une réunion sans l'avis préalable de la ministre. Dans sa lettre celle-ci soutient « aucune autre autorité administrative que moi n'est habilitée à convoquer le personnel de la justice notamment les magistrats, à une quelconque réunion », Voir aussi <http://actuguinee.org>. Consulté le 29 mars 2022.

réalisme»¹. En ce sens, il a été soutenu que pour « progresser, le réalisme commande de construire ou de reconstruire l'Etat avec les matériaux dont on dispose »². On en arrive à un constitutionnalisme transformateur³ si tant est que le moment constituant commande le modèle constituant. Le processus dans les deux cas se poursuit. Face au temps constituant prolongé⁴, en tenant compte de la façon dont le processus est conduit, il devient tout de même possible de réfléchir par anticipation à travers le diagnostic thérapeutique du nouvel ordre constitutionnel (A) qui laisse entrevoir le spectre de l'impasse (B).

A. Diagnostic thérapeutique du nouvel ordre constitutionnel

Le nouvel ordre constitutionnel se décline à travers l'héritage constitutionnel (1) et l'écriture de la nouvelle Constitution (2).

1. L'héritage constitutionnel

L'examen du constitutionnalisme au Mali et en Guinée depuis les indépendances permet de soutenir qu'il y a absence de consensus sur les règles et institutions en Guinée alors que ce consensus s'est effrité au Mali.

Depuis l'indépendance de la Guinée le 2 octobre 1958, on remarque une absence de consensus en matière constitutionnelle. Cette absence est portée par l'existence de six Constitutions à travers quatre républiques

¹ P. MOUDOUDOU, « L'Etat africain entre constitutionnalisme libéral et constitutionnalisme identitaire », *Annales des Sciences juridiques et politiques*, Vol. 14, n° 3, 2013, p. 127.

² *Ibid.*, p. 120.

³ B. DE SOUSA SANTOS, « La refondation de l'Etat », in *Les gauches du XXI^{ème} siècle*, p. 181.

⁴ *Ibid.*, p. 168.

alors même que la France qui est « l'Etat-parent » de la Guinée en est encore à la Constitution du 4 octobre 1958. Le facteur explicatif réside dans le fait que les dispositions des textes constitutionnels ne sont en accord ni avec les idéologies qui les sous-tendent, ni avec le régime des libertés, et encore moins avec les institutions destinées à animer la vie démocratique. Et pourtant, l'un des rôles de la Constitution est d'aménager la démocratie¹.

Concernant les dispositions correspondant à des prises de position idéologiques, on distingue l'idéologie socialiste prônée par les Constitutions du 10 novembre 1958² et du 14 mai 1982³ et l'idéologie libérale prônée par les Constitutions de 1990⁴, 2010⁵ et 2020⁶ auxquelles s'ajoute la charte de la transition du 27 septembre 2021. Cette prise de

¹ B. R. GUINDO DONGMO, « Constitution et démocratie dans les Etats francophones d'Afrique », in NAREY O. (dir), *La Constitution*, actes du séminaire scientifique de l'ANDC, l'Harmattan, 2018, p. 184.

² Ordonnance n° 15 promulguant la loi n° 4/AN/58 du 10 novembre 1958, préambule. Cette Constitution établit théoriquement un régime présidentiel. Pour une étude exhaustive des ordonnances en Afrique noire voir TALL, S.N., *Droit constitutionnel et Ordonnances dans les Etats d'Afrique noire francophone*, l'harmattan, Sénégal, 2021, 394 p.

³ Préambule et article 26. Selon l'art 83, « les juges obéissent à la morale révolutionnaire et à la loi ». voir WWW.coursupgn.org, consulté le 15 avril 2022.

⁴ Modifiée par le décret D.2002/48/PRG/SGG du 15 mai 2002 promulguant la loi constitutionnelle adoptée par référendum du 11 novembre 2001. Cette Constitution de 96 article institue le libéralisme.

⁵ Préambule du décret D/068/. PRG/CNDD/SGPRG.2010 promulguant la Constitution adoptée par le CNT le 19 avril 2010. Voir le texte sur WWW.droit-afrique.com, consulté le 15 avril 2022.

⁶ Décret D/2020.073/PRG/SGG du 6 avril 2020 portant promulgation de la Constitution adoptée par le référendum du 22 mars 2020. *JOR*, numéro spécial du 14 avril 2020.

position se prolonge pour la Constitution du 10 novembre 1958 par le rejet de la communauté française, la réception de l'idéologie panafricaniste de création des Etats-Unis d'Afrique. Dans la Constitution du 14 mai 1982, le socialisme se renforce par le concept de centralisme démocratique, l'évocation de la lutte des classes, la création de la propriété du peuple (art. 26) et l'adoption d'une nouvelle dénomination pour l'Etat qui devient « République, populaire révolutionnaire de Guinée ».

Concernant leur rapport avec la liberté, il n'y a pas non plus de continuité dans les Constitutions guinéennes : si la Constitution du 10 novembre (art. 39 à 48) proclame des libertés comme l'interdiction des détentions arbitraires (art. 42), l'inviolabilité du domicile art.), elle insiste cependant sur les devoirs (art. 47 et 48). La Constitution du 14 mai 1982 s'inscrit dans la même logique en citant les obligations fiscales et civiques parmi les devoirs de l'homme. Ces deux Constitutions placent à côté du citoyen, le ressortissant. Avec les Constitutions de 1990, de 2010 et de 2020, les droits et libertés se diversifient et deviennent justiciables et se consolident.

Concernant les dispositions relatives aux institutions, on remarque que la première Constitution crée un régime présidentiel avec un domaine de la loi illimité alors que la deuxième limite le domaine de la loi avec une surcharge organique du parlement qui comportait quatre chambres¹. En revanche, la Constitution de 1990 rationalise le nombre d'institutions républicaines, alors que les Constitutions de 2010 et de 2020 multiplient à souhait les institutions constitutionnelles avec le médiateur de la République, la Cour constitutionnelle, l'Institution nationale indépendante des droits humains, la HAC, la CENI, le Haut conseil des

¹ Le Congrès national, l'Assemblée constitutionnelle suprême, le Conseil national de la révolution et l'Assemblée populaire nationale.

collectivités, le Conseil économique, social, environnemental et culturel (CESEC). La Constitution de 2020 aboutit au présidentielisme plébiscitaire avec un Président de la République qui nomme l'essentiel des présidents des institutions.

En revanche, quelques idées semblent transversales à l'ensemble des Constitutions guinéennes. Il s'agit notamment d'un président de la République plus fort que tout, d'un Premier ministre sans pouvoir réel, de la séparation des domaines de la loi et du règlement.

Au total, pour la Guinée, il y a une succession de Constitutions, mais pas un héritage constitutionnel à proprement parler. Il devient alors difficile de déduire une politique constitutionnelle¹ pour attester de la permanence de telle norme ou telle institution. On ne peut dans ces conditions soutenir l'idée d'un « état de droit constitutionnel ² » au sens de normes faisant l'objet de consensus par les acteurs de la vie politique, ni sur le nombre et le contenu des institutions, ni sur le rôle dévolu à chacune. La charte de la transition du 27 septembre 2021 confirme cette absence de consensus en décidant de réduire le nombre d'institutions :

¹ Décret du 22 janvier 2022. Sur plus de 700 candidats, les 81 membres ont été désignés par le CNRD. On y retrouve 19 corporations et groupes d'intérêt : magistrats, ONG de défense de droits de l'homme, personnes vivant avec handicap. Sur les 10 personnes ressources, au moins sept sont des activistes et des personnalités sans lien avec le droit, l'histoire ou la science politique. Le risque est ainsi grand d'aboutir à une Constitution des factions.

² Sur l'Etat de droit constitutionnel, voir E. NGANGO YOUNBI, « Libres propos sur l'Etat de droit constitutionnel dans les Etats d'Afrique noire francophone », in BADJI, M et TALL, S.N, *Les transformations de l'Etat, mélanges en l'honneur de Babacar Gueye*, Presses de l'université de Toulouse Capitole, 2019, p. 557-584-

CNRD, président de la transition, gouvernement et CNT¹ et en tolérant la HAC, la Cour des comptes et la Cour suprême.

S'agissant du Mali, il a semblé s'établir un consensus autour de la Constitution du 25 février 1992, mais ce consensus semble s'effriter depuis la signature de l'accord pour la paix et la réconciliation, preuve que « la paix et la cohésion sociales sont mises à mal par l'insécurité qui affecte les régions du Nord »².

Cet Etat depuis son indépendance a expérimenté trois Constitutions et deux textes à valeur constitutionnelle. Il s'agit notamment de la Constitution du 22 septembre 1960 abrogée par le coup d'Etat militaire du 19 novembre 1968 (1^{ère} République), la Constitution du 2 juin 1974 adoptée par référendum (2^{ème} République) suspendue en 1991, la Constitution du 25 février 1992, actuellement en vigueur (3^{ème} République), la loi fondamentale du 28 novembre 1968 et l'acte fondamental n° 1 du 31 mars 1991 instaurant une transition démocratique.

La Constitution du 25 février 1992 détient la palme de la durée, mais elle est grevée par plusieurs tentatives de révision, notamment celle de 2000-2001 qui n'a pas abouti en raison du sabotage des magistrats, celle de 2011 empêchée par l'occupation du Nord et le coup d'Etat du 22 mars 2012, celle de 2016 qui a également échoué. De même, depuis l'indépendance du pays, quatre rebellions ont éclaté en 1963, 1990, 2006 et 2012. Dès lors, la Constitution actuellement en vigueur qui prône le multipartisme dans le cadre d'un Etat unitaire ayant fait l'objet de trente

¹ Charte de la transition, article 36.

² B. BERTHE, « Des initiatives de réforme de 2016, Accord pour la paix et la réconciliation » in *Discussion d'experts*, Konrad Adenauer sifftung, www.Kas.de/mali, p. 3, consulté le 11 avril 2022.

ans d'application n'est plus considérée comme suffisamment consensuelle.

L'accord pour la paix et la réconciliation signé en 2016 à l'issue des négociations dites du processus d'Alger sous l'égide des Nations unies¹ contient les germes d'une révision en profondeur de la Constitution actuelle. Il prône le changement de la forme unitaire actuelle. Il stipule également l'adaptation des programmes d'enseignement aux réalités socio-culturelles de chaque région, l'implication des cadis dans l'administration de la justice ainsi que la revalorisation du statut des autorités traditionnelles. Il s'agit là d'un programme de refondation qui ne peut être mis en œuvre que par l'adoption d'une nouvelle Constitution dans le cadre d'une République rénovée pour mettre fin à la guerre civile et au terrorisme. Il s'ensuit que la Constitution actuelle est menacée de disparition d'autant plus que ledit accord appelle l'adoption de textes constitutionnel, législatifs et réglementaires pour sa mise en œuvre.

2. L'écriture de la nouvelle Constitution : la thérapie attendue

L'élaboration d'une nouvelle Constitution pour « fonder le nouvel ordre juridique, suppose que l'ordre juridique antérieur a disparu »². Tel est le cas au Mali et en Guinée dans la mesure où l'inspiration et la finalité du renversement constitutionnel restent la rénovation politique et sociale. Dans les deux cas, les auteurs du coup d'Etat fondent leur légitimité sur l'idéologie démocratique excluant l'élaboration non démocratique des

¹ Voir le résolution 2056 du Conseil de sécurité du 15 octobre 2012 demandant l'ouverture des négociations entre le gouvernement national et les groupes armés au Mali, la résolution 2080 créant la MISMA, la résolution 2100 du CS du 25 avril 2013 créant la MINUSMA, la résolution 2164 et 2295 (2016).

² F. MELIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, 37^{ème} édition, Sirey 2019, p.65

Constitutions¹. Le mode d'élaboration attendu est donc l'élaboration démocratique. Celle-ci comporte habituellement la réunion d'un comité d'experts pour écrire l'avant-projet de Constitution, son adoption par une Assemblée exclusivement ou partiellement constituante et son approbation par référendum².

D'ores et déjà, il est possible de déceler les failles de l'écriture envisagée en Guinée. Il apparaît dans cet Etat, un contournement de la procédure classique qui laisse craindre une écriture bridée de la Constitution. L'article 57 de la charte de la transition, énumère parmi les missions du CNT, celle « d'élaborer et soumettre pour adoption, par référendum le projet de Constitution ». Cette disposition fait du CNT, une Assemblée non exclusivement constituante. C'est dire qu'à côté des autres missions³, elle doit écrire le projet de Constitution, ainsi que les projets de lois organiques qui seront prévues par la Constitution. Seulement, une Assemblée constituante procède du suffrage populaire, alors que les membres du CNT ont été nommés par décret du président de la République dans des conditions de transparence douteuses. De même, on n'est pas sûr que le CNT soit suffisamment outillé pour écrire une Constitution, car il s'agit là d'un travail ardu qui mobilise souvent des experts de différentes spécialités et parfois même des pèlerins constitutionnels⁴.

¹ Sur cette notion, voir P. ARDANT et B. MATHIEU *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 25^{ème} édition, LGDJ, 2013, p.72.

² Ibid., p.74.

³ Le CNT est également chargé : « d'élaborer, examiner et adopter les textes législatifs, de suivre la mise en œuvre de la feuille de route de la Transition, de contribuer à la défense et à la promotion des droits de l'Homme et des Libertés publiques, de contribuer à la réconciliation nationale ».

⁴ R. DORANDEU, « Pèlerins constitutionnels » in MENY Y, (dir), *Les politiques de mimétisme institutionnel, la greffe et le rejet*, 1993.

Avant même la constitution de ses commissions, le CNT a diligenté une mission auprès des populations à l'effet de recueillir leur opinion sur ce que devrait contenir notamment la nouvelle Constitution. Il y a là un risque de populisme car, par ce procédé, ni ceux qui recueillent les idées, ni ceux qui les expriment ne sont vraiment imprégnés et formés sur le constitutionnalisme. On le sait, les concepts utilisés dans une Constitution ne sont jamais neutres¹. Selon le document officiel intitulé « étapes clés pour un retour à l'ordre constitutionnel », rendu public le 15 avril à la session inaugurale du cadre permanent de concertation, la rédaction de la Constitution comporte la rédaction d'un avant-projet de Constitution, son amendement par le conseil interministériel, sa présentation à la plénière du CNT et son adoption par celui-ci. On constate que le rôle du CNT y est réduit à la portion congrue.

En revanche au Mali, l'accord pour la paix et la réconciliation est un véritable « arrangement a-constitutionnel ». Pour avoir la paix, il faut l'appliquer et pour l'appliquer, il faut soit réviser la Constitution actuelle, soit adopter une nouvelle Constitution. Mais si réviser la Constitution s'est avéré difficile, changer la Constitution le serait davantage. Mais il faudra choisir. En l'état, la révision de la Constitution malienne se heurte à des obstacles juridiques. Le premier obstacle demeure l'article 118 de la Constitution dont l'alinéa 3 prescrit : « aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ». Il se trouve que les régions du Nord ne sont pas entièrement soumises à l'autorité de l'Etat. Ces régions sont à la merci des groupes armés dont certains ont une assise populaire indiscutable.

Le deuxième obstacle est celui de la légitimité des initiateurs de la révision ainsi que du résultat du référendum de révision. Les organes qui ont l'initiative de la révision ne sont plus en place du fait du coup d'Etat

¹ G. VEDEL, séance d'ouverture, in MAUSS, D., FAVOREU, L., PARODI, J.-L.

de 2020. En cas de révision, les populations des régions du Nord pourraient ne pas participer au vote et le résultat du référendum ne serait dès lors aussi inclusif que cela devrait être. L'accord pour la paix et la réconciliation impose au moins deux changements en profondeur Il s'agit du choix d'une forme de fédéralisme¹ et la création d'une deuxième chambre à l'Assemblée nationale. Ces éléments appellent, à coup sûr, le passage à la quatrième République.

Quelle que soit la voie choisie, le Mali devra réunir un comité d'experts, ce qui est déjà fait avec la mise en place de la commission de rédaction de la nouvelle Constitution. Il faudrait ensuite faire adopter le texte par voie de référendum. Déjà au Mali, des réflexions endogènes et des rencontres d'experts sont épisodiquement organisés sur le sujet. Le nouvel ordre constitutionnel pourrait probablement être organisé autour de certaines grandes idées qui autorisent à voir poindre à l'horizon de ses deux Etats, des régimes présidentielistes. si le processus reste inclusif et bénéficie d'une assistance.

D'abord en Guinée, l'omniprésence du président tant en période normale que lors des transitions et les difficultés auxquelles un premier ministre autonomiste s'expose, restent le souvenir de tous les gouvernements à toutes les époques. Il permet de soutenir que la nouvelle Constitution devrait consacrer le régime présidentieliste. De même, l'occurrence du coup d'Etat du 5 septembre 2021 et les discours du CNRD indiquent le chemin de la limitation du mandat présidentiel à deux et conduirait à la réduction de la durée du mandat présidentiel à cinq ans.

¹ La régionalisation, l'Etat fédéral, la confédération d'Etats, les Unions d'Etats entrent tous sous le label du fédéralisme, une fois ce concept débarrassé de l'emprise de l'Etat. Sur ce point, voir O. BAUD, *Théorie du féodalisme, op. cit.*, p. 37-97.

En revanche, le registre des droits et libertés devrait être étoffé¹. La rationalisation et la hiérarchisation des institutions judiciaires ainsi que la clarification des préséances protocolaires entre elles gagneraient à figurer dans le texte constitutionnel.

Quant au Mali, il est fort probable de voir reconstituer un régime présidentiel face à la tendance fédéraliste qui se dessine et devant la multiplication subséquente des exécutifs régionaux. Il en est de même des conséquences de la création d'une deuxième chambre au Parlement malien susceptible de modifier les rapports notamment avec le chef de l'exécutif. Dans cet Etat, la société civile a atteint un tel niveau d'organisation qu'il conviendrait de l'insérer dans le dispositif institutionnel pour mieux l'encadrer et éviter les errements de faction et «assurer à la Constitution l'estime et l'adoption du genre humain»².

Dans les deux cas, l'intérêt de la réécriture assistée de la Constitution permettra à la fois d'intégrer les réalités nationales et les impératifs du constitutionnalisme libéral dominant pour fournir une Constitution adaptée aux besoins de chaque Etat. Sur ce point, l'élaboration des Constitutions en Europe de l'Est à partir de 1989, notamment en Roumanie, peut fournir un indicateur de l'utilité d'un processus constituant ouvert aux partenaires car si «une bonne Constitution ne peut suffire à faire le bonheur d'une Nation, une mauvaise peut suffire à faire

¹ Les requêtes en contrôle de constitutionnalité des lois liberticides transmises par l'INIDH ont été déclarées irrecevables par la Cour constitutionnelle à l'image de l'arrêt n° AC 057 du 14 septembre 2018, A. SACKO, *Rec. 2017-2018, op. cit.*, p. 324-333. Cette institution était ainsi privée en pratique de la possibilité de contrer les lois liberticides

² Publius MADISON, *fédéraliste*, n° 10, 22 novembre 1787, traduit par MONGOUIN D, *pour jus politicum*, n°8.

son malheur »¹. Dans les cas sous examen, les interventions de la CEDEAO et de l'OIF, l'une à cause des impératifs communautaires, l'autre pour les liens historiques, devraient faire l'objet de plus d'attention².

B. Le spectre de l'impasse

La gouvernance des nouvelles transitions au Mali et en Guinée laisse entrevoir les indices d'un constitutionnalisme à contre-courant qu'on pourrait qualifier de piétinement constitutionnel (1). Ce processus constituant d'un genre nouveau est couvert par la métis du CNRD qu'il convient d'explorer (2).

1. Les indices du piétinement constitutionnel

Le piétinement constitutionnel désigne ici, l'état du processus constituant qui n'avance pas. Fait de marches à reculons, d'une superposition d'organes et d'une procédure tatillonne, le constitutionnalisme qui découle des coups d'Etat de 2020 au Mali et de 2021 en Guinée souffre d'un manque de visibilité. On remarque des contradictions entre le CNRD d'une part, les acteurs politiques, la CEDEAO d'autre part. Ces contradictions sont exacerbées par des problèmes judiciaires qui deviennent la priorité.

S'agissant des contradictions avec les partis politiques, elles ont émergé, en Guinée, après l'euphorie des premiers instants du coup d'Etat et sont devenues préoccupantes depuis que la question du temps

¹ G. CARCASSONE, *La Constitution*, édition du seuil, collection ponts, 2004, p. 33.

² La CCEG de la CEDEAO a désigné lors du sommet du 3 juillet M Yayi BONI ancien président du Bénin en qualité de médiateur dans la crise guinéenne.

constituant s'est posée¹. On remarque que les principaux partis ont, non seulement, boudé les travaux des journées des Assises nationales mais également décliné la demande de proposer un délai pour la transition. Ainsi l'Alliance nationale pour l'alternance et la démocratie (ANAD) construite autour du principal parti politique d'opposition sous la Constitution du 7 mai 2010, l'Union des forces démocratiques de Guinée (UFDG) ne croit pas nécessaire de répondre à la demande et dit avoir proposé ce délai depuis le 24 septembre 2021. Le groupe dénommé G58 qui regroupe plus de soixante partis politiques et auquel appartiennent l'UFDG et l'UFR (troisième force politique sous la 3^{ème} République), a fait une déclaration datée du 12 avril 2022 dans laquelle on peut lire que « le CNRD n'a pas respecté son engagement de partager avec les acteurs, la synthèse des consultations »². Cette déclaration mentionne « un contexte où la crise de confiance devient de plus en plus grande » et rappelle les conditions de la participation du G58 au processus constituant à savoir : la désignation d'un médiateur, la publication de la liste des membres du CNRD, l'ouverture des procès pour crimes de sang. D'autres coalitions moins virulentes comme la CORED ont, par contre, annoncé leur participation et ont répondu à la lettre ministérielle³.

Le RPG-AEC, parti au pouvoir à la date du coup d'Etat, s'était montré conciliant jusqu'ici⁴, eu égard à des considérations ethnoculturelles et

¹ Lettres du MATD, du 15 avril 2022 demandant aux coalitions de partis de proposer un délai pour la transition avant le 20 avril 2021.

² <https://guineematin.com> .consulté le 21 avril 2022

³ La CORED dans sa réponse, propose que la question de la durée soit examinée dans le cadre du dialogue permanent.

⁴ Le trio actif de militaires ayant pris le pouvoir à savoir le colonel Mamady DOUMBOUYA, le colonel Amara CAMARA et le colonel Balla SAMOURA sont tous d'ethnies mandingues de la même région naturelle que le président déchu.

stratégiques. Mais depuis l'arrestation de l'ancien premier ministre, Ibrahima Kassory Fofana et de plusieurs autres ministres et leur détention à la maison centrale de Conakry pour des crimes économiques, ce parti a pris ses distances avec le CNRD¹ et a suspendu sa « participation aux assises nationales en cours » et « s'abstient de prendre part à tout autre cadre de dialogue »² en attendant le respect de la présomption d'innocence dans les poursuites en cours devant la CRIEF. Ainsi, le CNRD aurait réussi à braquer contre lui, la mouvance et l'opposition d'avant le coup d'Etat du 5 septembre 2021.

Des contradictions sont également notables entre la CNRD et la société civile ou, ce qui reste³ de cette société civile, du reste très politisée ; elle a pour porte-flambeau le FNDC qui s'est illustré dans sa lutte acharnée contre le troisième mandat. Ses membres ont, au lendemain du coup d'Etat, repris la lutte pour le retour à l'ordre constitutionnel. Le front propose une durée de la transition égale à 24 mois allant du 5 septembre 2021 au 5 septembre 2023. De surcroît, le FNDC demande la réhabilitation de la Constitution du 7 mai 2010 et sa révision et non l'élaboration d'une nouvelle Constitution pour la Guinée. Ces contradictions traduisent des visions différentes de mener le processus constituant. Pendant que le CNRD voudrait jeter les bases du développement et « nettoyer la Guinée »⁴, quitte à faire le « sale boulot »¹, le FNDC probablement conscient qu' «

¹ RPG-AEC, déclaration du 7 avril 2022, voir WWWguineenews.org. Consulté le 21 avril 2022

² RPG-AEC, déclaration du 14 avril 2022, voir WWWguineenews.org. Consulté le 21 avril 2022

³ Le président de la coordination nationale des organisations de la société civile de Guinée (CNOSC-G) ayant été nommé président du CNT, on ne voit pas comment les ONG de ce groupe peuvent s'opposer au CNRD.

⁴ WWW.vision.guinee.info consulté le 24 avril 2022

on ne change pas un Etat comme si l'on change le mode de gestion d'un service public»², n'assigne au CNRD qu'un rôle minimaliste.

Quant à la CEDEAO, elle a de bonne heure exprimé son opposition de principe à la prise du pouvoir par le CNRD et appelé au retour à l'ordre constitutionnel normal et notamment aux élections dans six mois³. Cette attitude de principe découle de la Constitution de la CEDEAO⁴. L'organisation d'intégration a demandé la libération du président déchu, Pr Alpha Condé. Cette demande a contribué à l'allègement des conditions de détention de l'ancien chef de l'Etat qui a même été autorisé à aller se faire traiter à l'étranger⁵. Mais l'organisation régionale juge les progrès insuffisants et a été amenée à durcir le ton⁶; c'est ainsi qu'elle exprime sa «forte préoccupation par rapport à l'absence de visibilité sur la transition en Guinée» et note que «les priorités ne sont pas définies». C'est ainsi que la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement a lancé un ultimatum à la Guinée. Après son sommet du 3 juillet 2022, les sanctions économiques et financières sont toujours agitées. C'est tout le sens de la

¹ Propos tenu par le président du CNRD, voir WWW.guineenews.org. Consulté le 24 avril 2022.

² OBELE BELE ; UN., « Brèves réflexions sur les transformations de l'Etat en Afrique francophone, in BADJI, M. et TALL S.N. (dir.), *Les transformations de l'Etat, mélanges en l'honneur de Babacar Gueye*, PUT-C, 2020, p. 545.

³ CEDEAO, communiqué CCEG, du 16 septembre 2021, voir <https://reliefweb.inter>. Consulté le 21 avril 2022.

⁴ SALL, A, FALL, IM, « Une Constitution régionale pour l'espace CEDEAO : le protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance de la CEDEAO », voir <https://jagaafrique.gouvernance.net>. Consulté le 21 avril 2022

⁵ Le président déchu a quitté le territoire national le 1^{er} janvier 2022 et est revenu le 9 avril 2022 Il est reparti en Mai sans aucune précision en Turquie.

⁶ CEDEAO, Communiqué CCEG, sommet extraordinaire du 25 mars 2022, voir <https://reliefweb.inter>

relance des activités du Comité permanent du dialogue national et de l'invite faite aux coalitions de partis. Quant au Mali, il a seulement promulgué la loi électorale le 24 juin 2022 et mis en place la commission chargée de rédiger la nouvelle Constitution¹. On a l'impression que le Mali cherche à obtenir la levée des sanctions et que la Guinée s'active pour les éviter. Il s'agit là d'une *mêtis* dont les limites sont perceptibles.

2. La *mêtis* du CNRD

« La *mêtis* » est dans la Grèce antique, l'art de la ruse. La subtilité et l'intelligence situationnelle permettent à un combattant, guerrier ou marchand de triompher au combat, à la guerre comme dans toute concurrence et ainsi de gagner la partie. La doctrine en donne un descriptif assez précis : « la *mêtis* fabrique le piège. Elle avance masquée. Elle ne montre jamais son vrai visage. Elle se dissimule, comme les animaux se cachent pour survivre dans une nature hostile »². Ce concept à l'origine désigne la femme de Zeus, dieu suprême des Grecs auquel elle donne sa subtilité, son flair lui permettant de déjouer tous les pièges des autres dieux et de triompher par-dessus tout. Il désigne ensuite, les échafaudages, tromperies permettant de vaincre ses adversaires sans être le plus fort ni le plus intelligent. En ce sens, la *mêtis* permit à Ulysse de remporter la guerre de Troie grâce à l'idée ingénieuse du cheval de Troie. Elle permit aussi souvent à *Antilokhos*, conducteur de char de l'emporter sur ses adversaires sans être le plus rapide ni le plus vif à la course³.

¹ Décret n° 2022/0394/PT/RM du 29 juin 2022 portant nomination des membres de la Commission de rédaction de la nouvelle Constitution.

² LAIDI, A, *Histoire mondiale de la guerre économique*, Collection tempus, éditions Perrin, 2020, p. 50.

³ La légende rapporte que Antilokhos avait l'habitude de gêner intentionnellement ses concurrents les plus coriaces dans un virage soit en les

Les dirigeants de la nouvelle transition en Guinée sont des militaires parmi les meilleurs de leurs catégories¹. On peut en dire autant de leurs compagnons d'armes du Mali². Il n'est dans ces conditions pas étonnant qu'ils utilisent la *métis* pour tirer en longueur la durée de la transition. On dénombre ainsi sans prétendre à l'exhaustivité, les stratégies d'agitation, de poursuites judiciaires pour obliger les élites à l'immobilisme, les stratégies de récupération des biens de l'Etat pour rester en phase avec les frustrés, les stratégies de nomination.

D'abord le CNRD entretient le flou au sujet de la durée de la transition. Après avoir transmis un texte de trente-neuf mois au CNT, celui-ci par une résolution a adopté un chronogramme de trente-six mois. Les forces vives s'y opposent dans leur écrasante majorité. Sur ce point, la charte de la transition prescrit en son article 7: « la durée de la transition sera fixée de commun accord entre les Forces vives de la nation et le Comité national du rassemblement pour le développement ». Pendant ce temps, le temps s'écoule ! On retrouve là, la parabole du berger qui s'acharne sur les animaux qui sont à la queue du bétail sous prétexte qu'ils n'avancent pas, alors même que ce sont ceux de devant qui refusent d'avancer. Une évolution se dessine s'agissant du Mali et la junte au pouvoir a dévoilé le calendrier des futures élections : les élections

bousculant soit en les obligeant à freiner pour éviter la collision, il en profitait ainsi pour leur ravir la première place.

¹ Le président du CNRD est ancien de la Légion étrangère en France ; le ministre de la Défense est un diplômé notamment de Saint-Cyr ; l'un et l'autre sont experts en stratégie militaire. Le SG de la présidence a commencé par les prytanées militaires et dont le père a été, en son temps, chef d'état-major général des armées.

² On rapporte que les colonels Asmi GOITA et Mamadi DOUMBOUYA sont amis et que le second aurait été inspiré par le premier.

communales et régionales en juin 2023, les législatives en octobre 2023 et la présidentielle en février 2024.

L'autre *métis* du CNRD, c'est l'agitation judiciaire. La CRIEF est ainsi instrumentalisée pour interpellier et placer en détention, sans égard aux droits de la défense les anciens dignitaires parmi lesquels l'ancien premier ministre et l'ancien ministre d'Etat chargé des affaires présidentielles, ministre de la Défense nationale. Dans la foulée d'autres anciens dignitaires, y compris l'ancien président de l'Assemblée nationale sont convoqués et également détenus. Cette stratégie permet de tenir les anciens dignitaires au respect. Ceux qui sont interpellés sont craintifs pendant que ceux qui ne le sont pas redoutent de l'être. C'est alors le bâton et la carotte !

L'agitation judiciaire a conduit le procureur général près la Cour d'appel de Conakry à dénoncer le haut commandant de la gendarmerie qu'il a invité à s'éloigner des procédures judiciaires en cours¹. Devant la réaction musclée de ce dernier, le CNRD a suspendu l'un et l'autre de leurs fonctions. C'est ainsi que le barreau par une déclaration du 30 mars 2022 dénonce la suspension du procureur général comme une dérive de « cette boussole qui devra orienter les actions des justiciables »².

La récupération des biens de l'Etat concerne essentiellement le patrimoine bâti sur toute l'étendue du territoire. Il concerne aussi les domaines de l'Etat vendus par les administrations précédentes dans des conditions souvent irrégulières et où les particuliers ont érigé des constructions de toutes natures allant parfois jusqu'à occuper les

¹ Voir <https://guineelive.com>. Consulté le 21 avril 2022

² Voir <http://www.africaguinée.com> consulté le 1 avril 2022

dépendances du domaine public¹. Cette opération noble dans son principe permettrait le retour dans le giron de l'Etat des biens dont il aurait été spolié et qui devraient servir à tous ne serait-ce que par les immenses revenus que cela devrait rapporter aujourd'hui face à la valorisation de l'immobilier sur tout le territoire. S'il est vrai que le patrimoine de l'Etat se réduit progressivement à un rythme inquiétant, il est tout aussi vrai que les occupants même illégaux des domaines en cause brandissent souvent des titres d'apparence régulières fournies par les agents de l'Etat agissant ès-qualités. Certains détiennent même des titres fonciers délivrés par les conservateurs fonciers. Dès lors, c'est la méthode utilisée qui appelle des critiques. Des commissions devraient être constituées dans chaque préfecture pour faire l'état des lieux, faire des propositions concrètes sur la base des critères précis faisant des distinctions qu'impose le principe de réalité. Mais il n'en est rien. Les occupants sans distinction reçoivent des préavis souvent de 48 heures pour libérer les lieux. Ainsi des situations différentes sont traités à l'identique.

Le registre des nominations quant à lui est largement usité. C'est ainsi que les cabinets ministériels, les directions nationales, les structures d'appui, les entreprises publiques, les régies financières, les préfectures, les régions administratives, les établissements publics industriels et commerciaux, les établissements publics administratifs sont dotés de nouveaux titulaires. De nouvelles entités administratives sont créées et meublées. Les armées, la douane, la police sont restructurées et de nouvelles personnes sont nommées quasi généralement. L'objectif visé relève de la subtilité qui consiste à créer et entretenir l'esprit de

¹ Sur le domaine public, Voir de H. de GAUDEMAR, Notice 17, « *Le domaine public* », in J. PETIT, *Les Notices Droit administratif et Administration*, La documentation française, 2008, p. 100-105.

dépendance. Même les dirigeants qui sont maintenus reçoivent un décret de confirmation. Ainsi dans la mesure où les postes et responsabilités sont le moyen privilégié d'accès aux ressources, privilèges et avantages dans l'administration publique, les fonctionnaires et autres agents publics n'ont d'autres choix que d'obéir s'ils veulent bénéficier d'une promotion ou être maintenus à leurs fonctions. Même les magistrats n'échappent pas à l'action du CNRD qui a publié le 21 avril 2022 une valse de nomination dans la magistrature pour renforcer sa main mise sur l'appareil judiciaire¹. Sur ce point, un nombre impressionnant de «consultants» ont été promus sans qu'au préalable, ils aient été recrutés conformément aux règles de la fonction publique de carrière².

Conclusion

De ce qui précède, il ressort que le constitutionnalisme naissant est une remise en cause des acquis démocratiques et une nouvelle *astuce* pour retarder l'avènement de la démocratie constitutionnelle dans les Etats africains. Les voies empruntées par le constitutionnalisme des nouvelles transitions des années 2020 sont marquées par le recyclage des techniques et concepts, des organes et mécanismes usités par le constitutionnalisme des années 1990, alors même que les contextes de leurs déploiements doivent être distingués

¹ Par ce décret, le président et les présidents de chambre de la Cour des comptes sont remplacés, la CRIEF est étoffée et deux anciens conseillers de la Cour constitutionnelle, connus pour leur accointance avec l'exécutif, sont nommés à la Cour suprême.

² Sur la distinction entre fonction publique de carrière (fermé) et fonction publique de métier (ouverte), Voir J. M. BRETON, *Droit de la fonction publique des Etats d'Afrique francophone*, EDICEF-AUPELF, 1990, p. 22-23.

Ainsi, si les motifs invoqués par les auteurs des coups d'Etat au Mali et en Guinée sont nobles et louables en ce qu'ils apparaissent comme une nouvelle forme d'exercice du droit de résistance à l'oppression, ils restent tout de même empreints de préoccupations sous-jacentes qui répondent à la logique d'un retour des armées sur la scène politique¹. Dans le creux de leur déploiement, on découvre la logique de « ôte-toi de là pour que je m'y mette ». A l'évidence, *plus rien ne reste à inventer* en matière constitutionnelle pour assurer la séparation des pouvoirs et assurer la garantie des libertés fondamentales. Là-dessus tout ou presque a été versé dans le thésaurus constitutionnel universel. Il reste à appliquer les Constitutions et ce n'est pas par les coups d'Etat qu'on y parviendra. De même, dans la méthodologie usitée pour établir les Constitutions supposées de refondation, on découvre la consécration de la discrimination, l'exclusion des élites sur fond de controverses avec les partis politiques, la société civile et pour tout dire la prise de conscience du peuple qui, réveillé d'un long sommeil, ne veut plus se laisser faire et ne veut plus laisser faire. Il s'ensuit un risque conflictogène qui, s'il se vérifiait, condamnerait l'Etat concerné à un constitutionnalisme de répétition de type chaotique²; d'autant que les auteurs de coup d'Etat par calcul et par ruse mobilisent toujours une partie des acteurs politiques au soutien de leur idéologie, mais n'ont ni le temps ni les ressources pour atteindre l'objectif de développement qu'ils se fixent.

¹ Pour des motifs de lutter efficacement contre le terrorisme, un troisième coup d'Etat dans l'espace CEDEAO est intervenu au Burkina Faso les 23 et 24 janvier 2022 pour déposer un chef d'Etat élu en 2020 dès le premier tour. Il y a de quoi s'inquiéter sur l'utilité des élections en Afrique.

² F. HOURQUEBIE, « Le sens d'une Constitution vue de l'Afrique », Les cahiers du CC, n° 1 septembre 2018, p. 3.

Au total, l'armée risque d'être le facteur bloquant de la démocratisation dans les Etats africains si tant est qu'elle puisse abrégé tout mandat normal ou de trop au nom du peuple¹. L'émergence d'une société civile de contestation à l'image du FNDC en Guinée ou de *Antè A bana* (« Non et c'est tout ») au Mali n'est pas de nature à freiner le phénomène. Il convient, pour adopter et maintenir en vigueur des Constitutions durables, d'obtenir l'accord fondamental des militaires et paramilitaires sur le contenu des institutions et sur les règles du jeu. Autrement, ces pays sont condamnés à un mouvement semblable au mythe de Sisyphe. A cet égard, le processus de constitutionnalisation de l'Afrique du sud-apartheid pourrait servir de bréviaire².

¹ M. DIAKHATE, « A la recherche du peuple dans les systèmes constitutionnels de l'Afrique subsaharienne francophone », *Annales africaines*, nouvelle série, Volume 2, déc. 2021, n° 15, p. 1-65.

² G. ERASMUS, « Les Constitutions en Afrique : Entre imitation et innovation », in KANTE, B., PIETERMAAT-KROS, M. (dir.), *Vers la renaissance du constitutionnalisme en Afrique*, Gorée Institute, 1998, p. 35-36.

**PRESENTATION ET CRITIQUES DE LA JUSTICE
COMMUNAUTAIRE OUEST AFRICAINE A LA LUMIERE
DE QUELQUES DECISIONS**

**Dr Ilo Allaye DIALL,
enseignant-chercheur à la Faculté de droit public de l'Université des
sciences juridiques et politiques de Bamako, Laboratoire d'études en
droit, décentralisation et développement local (LERDDL)**

Résumé : Inspirées du modèle de la Cour de justice de l'Union européenne, les Cours de justice de l'Union économique et monétaire Ouest africaine et de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest, sont les principaux organes judiciaires créés afin de garantir le « respect du droit quant à l'interprétation et à l'application des traités » au sein de l'Union et de la communauté. Relativement jeune, ces juridictions développent lentement des jurisprudences et des pratiques du droit en Afrique de l'Ouest. Souvent en mimant la Cour de justice de l'Union Européenne et souvent en se méprenant sur le droit de ses propres organisations. La compréhension de la dynamique de ces juridictions, leurs relations avec les institutions des organisations internationales respectives qui les ont créées et, enfin, leur relation avec les juridictions des Etats membres sont les problématiques auxquelles cet article se penche sur fond de droit comparé.

Mots-clés : Cour de justice de l'UEMOA, Cour de justice de la CEDEAO, Cour de justice de l'UE, jurisprudence, contentieux communautaire.

Abstract: Inspired by the model of the Court of Justice of the European Union, the Courts of Justice of the West African Economic and Monetary Union and the Economic Community of West African States, the main judicial bodies created to guarantee "respect for the law as regards the interpretation and application of treaties" within the Union and the community. Relatively young, these jurisdictions are slowly developing jurisprudence and legal practices in West Africa. Often by mimicking the Court of Justice of the European Union and often misunderstanding the law of its own organizations. The understanding of the dynamics of these courts, their relations with the institutions of the respective international organisations which created them and, finally, their relationship with the courts of the member States are the issues which this article examines against a background of comparative law.

Keywords: WAEMU Court of Justice, ECOWAS Court of Justice, EU Court of Justice, case law, community litigation.

L'avènement de la démocratie sur le continent africain correspond aussi à un renouveau des différents systèmes constitutionnels. Cette mondialisation de la démocratie a pour corollaire, *la mondialisation juridique*, les frontières entre ordres juridiques nationaux et ordre international sont plus perméables¹. La fin de la division du monde en

¹ Voir Béragère TAXIL, « Méthodes d'intégration du droit international en droits internes » In *Internalisation du droit, internalisation de la justice*, p. 103-114, 3^{ème} congrès de l'AHJUCAF, 21-23 juin 2010, Cour suprême du Canada

deux blocs a entraîné une attitude plus réceptive de nombreux États à l'égard du droit international. Les problèmes liés au développement des pays les plus pauvres sont désormais favorables aux processus d'intégrations régionales et l'apparition de nouvelles organisations internationales, pour trouver des solutions idoines à des situations dépassant largement les capacités d'un seul État. C'est le cas de l'Afrique de l'Ouest. Ces entités nouvelles ont créé des institutions pour leur démarche cohérente, à la recherche de l'intérêt commun, et pour s'assurer de l'harmonie d'application et d'interprétation de nouvelles normes supranationales pesant sur les différents droits des États membres. Il est, alors, aisément compréhensible qu'un système d'intégration par le biais du droit se dote d'une instance judiciaire chargée d'apporter sa part de contribution dans l'édifice commun. L'histoire des organisations supranationales d'intégration ouest-africaine a montré souvent son inspiration, quasi permanente, de sa devancière, l'Union européenne (UE).

Pour cette dernière, à l'origine, *les négociateurs du traité de la CECA, abandonnèrent rapidement l'idée d'un tribunal arbitral conçu au profit d'une juridiction qui se comporterait au contraire comme un juge interne de la Communauté, faisant des États membres, des institutions et aussi des particuliers de véritables justiciables*¹. La justice internationale, instituée par *les nations civilisées* à travers la SDN (CPJI) et l'ONU (CIJ) est marquée par des caractères inconnus de la justice de la communauté établie par le traité de Rome de 1957. En effet, l'ordre judiciaire international est

Ottawa, 193 p. disponible sur <http://v1.ahjucaf.org/Methodes-d-integration-du-droit.html> consulté le 09 novembre 2022.

¹ Voir p. 486, G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Belgique 2012, Sirey, 10^{ème} éd., 768 p.

essentiellement volontaire¹ et souffre de certaines lacunes, parmi lesquelles, le droit applicable. Il en résulte l'existence de *litiges justiciables*², de litiges *non justiciables* et surtout la pratique du *non liquet*³. La procédure de

¹ En effet, l'article 36 du statut de la CIJ intègre une clause facultative pour les États membres en ces termes : (1) *La compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies ou dans les traités et conventions en vigueur.* (2) *les États parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet...* D'ailleurs la pratique note que peu d'États ont fait usage de cette clause. Voir ISAAC et BLANQUET, *op. cit.* p. 486. « À la veille de la seconde guerre mondiale, 54 des 59 États membres au statut de la CPJI avaient accepté la clause facultative. En 2008, 65 sur les 192 États parties avaient fait cette déclaration... or, en vertu de réciprocité, lorsque la Cour est saisie par une requête unilatérale fondée sur l'article 36, al. 2, la juridiction de la Cour n'est pas établie que si les deux États sont également liés par leur déclaration d'acceptation. Toute défection réduit donc de façon très sensible le champ de la juridiction obligatoire... ». Voir p. 997, DAILLIER, FORTEAU, PELLET, *Droit international public*, L.G.D.J. 2009, 8^{ème} éd., 1709 p.

² Cf. les *différends d'ordre juridique* dont fait mention l'alinéa 2 de l'article 36 sus cité.

³ Prosper WEIL expliquait, en ces termes, le *non liquet* comme résultante d'une lacune du droit international : « Le système normatif international comporte des lacunes, des blancs, des interstices, le tissu du droit international a des trous : tous les auteurs en ont fait l'observation. (...) saisi d'un différend (...) le juge ou l'arbitre international ne peut que constater que le ciel du droit international est vide, qu'il ne lui est d'aucun secours et qu'il n'existe pas, pour statuer sur le différend, autre chose que des normes internes, variables d'un droit national à l'autre. Il doit alors prononcer un *non liquet*, c'est-à-dire, refuser de statuer, faute de norme internationale à appliquer... », *In Le droit international en quête de son identité* : cours général de droit international public, Vol. 237 (1992), Collected

saisine de la CIJ n'appartient qu'aux États membres (art. 34, al. 1, *Seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour*) même si elle s'arroge, elle-même, la possibilité d'entendre des organisations internationales qui auraient des informations ou seraient impliquées dans une affaire pendante devant elle¹. Enfin, ses décisions ne sont obligatoires que pour les États en litige dans l'ordre international.

À rebours, la Cour de Justice de l'UE innove dans les relations internationales modernes en créant un système qui dispose pour les États

Courses/Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye, p. 204-208. L'auteur donne l'exemple dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations unies* où la CIJ, face à une absence de norme internationale, se trouva obligée de dire qu'*elle ne conçoit pas pourquoi les parties intéressées ne pourraient trouver des solutions inspirées par la bonne volonté et le bon sens* (CIJ, *Réc.* 1949, pp. 185-186). Voir aussi Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Rec.* 1966, p. 6, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt. *C.I.J. Rec.* 1986, p. 14. Et Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, *C.I.J. Rec.* 1996, p. 226. Il est, en outre très important de souligner que la doctrine, tout comme les juges internationaux, a une sainte horreur de l'existence du non liquet dans l'activité des Cours internationales. Dans une de ces opinions individuelles, FITZMAURICE a observé que *le droit international est imparfait et sous développé... puisqu'il n'offre pas aux actionnaires la protection que leur accorde le droit privé* (CIJ, *Réc.* 1970, p. 78, par. 25). WEIL, *op. cit.*, note que *c'est ce sentiment de malaise face aux nombreux trous du système international, dans lesquels ils voient une entorse à la primauté du droit, qui a incité certains juristes – parmi les plus grands – à échafauder de savantes constructions intellectuelles leur permettant de proclamer contre vents et marrées la sacro-sainte plénitude du système juridique international et d'écarter du même coup le spectre du non liquet.* (p. 207).

¹ Voir les aliéna 2 et 3 de l'article 34.

membres une juridiction obligatoire pouvant être saisie unilatéralement¹, contre les États membres ou toute autre question de droit relative à la Communauté, et reste exclusive dans le domaine que les traités de la Communauté lui ont assigné. Cela veut dire que tout État membre ayant recours à un autre mode de règlement de différends² s'expose à la sanction de recours en constatation de manquement³. Et aux antipodes du juge international, celui de la Communauté ne peut refuser de statuer dans un conflit où son éclairage est sollicité, sous peine de donner le flanc à un *déni de justice*⁴. L'article 19 TUE ne lui imposant aucune nature de règles applicables, il dispose d'un large éventail, en toute indépendance, pour choisir les sources judiciaires sur lesquelles il s'appuie pour

¹ Cf. article 259 TFUE (ex-art. 227 TCE) : « Chacun des États membres peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne s'il estime qu'un autre État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités... ».

² Cf. article 344 TFUE (ex-art. 292 TCE) : « Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci ».

³ Cf., par exemple, l'affaire Usine Mox, CJCE 30 mai 2006, Commission c. Irlande, Aff. C-459/03, *Rec.* I-4635 : « ... Le fait de soumettre un différend de cette nature à une juridiction telle qu'un tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer comporte le risque qu'une juridiction autre que la Cour se prononce sur la portée d'obligations s'imposant aux États membres en vertu du droit communautaire... ».

⁴ Voir CJCE 12 juill. 1957, *Algérie*, aff. 7/56 et 3-7.57, *Rec.* 118, cité par ISAAC et BLANQUET, *op. cit.* p. 486. En effet, à la page 115 la Cour estime que « ... La Cour, sous peine de commettre un déni de justice, est donc obligée de le résoudre en s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres », et après avoir examiné les différents droits administratifs des pays 6 pays membres (à l'époque), elle arrive à la conclusion que « La révocabilité d'un administratif vicié pour son illégalité est donc admise dans tous les États membres » pour ensuite donner ses décisions finales.

interpréter les textes (droit national des États membres et droit international y compris, en plus du droit de la communauté). À la différence du juge international, celui de l'UE connaît des différends qu'ont les particuliers (personnes physiques et morales)¹ avec les institutions ; et ceux qui peuvent naître entre des institutions ou entre une ou plusieurs institutions et un ou plusieurs États membres. Les conflits entre États membres aussi ne lui sont pas inconnus. *Ses décisions ont force obligatoire et force exécutoire sur le territoire des États membres² ; il en est de même pour les décisions concernant les particuliers, les autorités des États membres les exécutent dans les mêmes conditions que les décisions comportant obligations pécuniaires de la Commission, par une simple vérification de leur authenticité, sans *exequatur*³.*

¹ Il est important de souligner que cette participation de l'individu à la justice de l'UE est entourée de limitations diverses. Cependant, selon ISAAC et BLANQUET, en matière des droits de l'homme, beaucoup de pays s'étaient refusé à donner un accès aux individus à la Cour européenne des droits de l'homme, la France, par exemple n'a accepté sa saisine par les particuliers qu'en 1981.

² Cf. article 280 TFUE (ancien art. 244 TCE) : « Les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne ont force exécutoire dans les conditions fixées à l'article 299 qui dispose que l'exécution forcée est régie par les règles de la procédure civile en vigueur dans l'État sur le territoire duquel elle a lieu. La formule exécutoire est apposée, sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre, par l'autorité nationale que le gouvernement de chacun des États membres désignera à cet effet et dont il donnera connaissance à la Commission et à la Cour de justice de l'Union européenne ». Voir aussi article 159 TCEEA.

³ L'*exequatur* est une procédure visant à permettre l'exécution forcée, dans un autre pays, d'une décision de justice étrangère. En France, par exemple, elle se déroule devant un juge du tribunal de grande instance (TGI) et nécessite le recours à un avocat. Le juge vérifie la régularité du jugement étranger et

Les statistiques fournies par Isaac et Blanquet montrent, à l'évidence, l'importance de cette cour pour la construction de l'UE. À la différence de la juridiction internationale de la CIJ, celle de l'UE (CJUE) est beaucoup plus sollicitée, lui donnant l'opportunité de clarifier le droit de l'union. Toute chose qui permet une réelle intégration économique et politique (sectorielle) par le biais du droit. En effet, les auteurs ont relevé qu'entre le 22 mai 1947 et le 21 décembre 2010, 150 affaires étaient inscrites au rôle de la CIJ, alors que de 2005 à 2010, 7 432 affaires ont été inscrites au rôle de la Cour de l'UE (Tribunal et Tribunal de la fonction publique y compris), soit 1 238 affaires par an contre moins de 3 affaires par (exactement 2,38) an pour la CIJ¹.

Peut-être que l'explication de cette prolifération des décisions de la CJUE se trouve dans son caractère hybride², empruntant, tant au droit international qu'aux droits nationaux qui l'ont créé. Il n'en demeure pas moins qu'elle rencontre un franc succès lui valant d'être prise pour exemple (modèle) par la quasi-totalité des organisations à vocation d'unions douanières ou d'intégration économique (en Afrique et partout ailleurs dans le monde).

notamment que le jugement est exécutoire dans son pays d'origine, que la procédure suivie respecte les droits de la défense, et que le jugement n'est pas contraire aux règles ayant pour but la protection de la personne humaine et de sa dignité (exemple : un jugement validant une répudiation unilatérale ne pourrait bénéficier de l'*exequatur*). En droit international, l'*exequatur* désigne aussi l'autorisation que doit obtenir un chef de poste consulaire dans un État de résidence où il est envoyé par son pays d'origine muni d'une *lettre de provision* (différente de la *lettre de créance* dont doit disposer un ambassadeur). Voir DAILLIER, FORTEAU et PELLET, *op. cit.* p. 843.

¹ Cf. ISAAC et BLANQUET, *op. cit.* p. 487.

² En effet, les auteurs lui reconnaissent la qualité de justice administrative, de justice constitutionnelle, de justice internationale, de justice régulatrice et de fonction de *haute justice*. *Idem*, p. 487- 490.

Les exemples de la Communauté caribéenne, ou Communauté des Caraïbes (CARICOM)¹, du Marché commun du Sud (MERCOSUR)², de la Communauté andine³ et du Système d'intégration centraméricain (SICA)⁴ existent en Amérique latine, la Cour arbitrale de la Communauté économique de l'Afrique de l'Ouest (CEAO)⁵, la commission pour le règlement des différends du Conseil de coopération du golfe⁶, la Cour de justice du Maghreb arabe⁷, la Cour de justice de la communauté économique africaine⁸, la Cour de justice du marché commun d'Afrique

¹ Voir traité de Saint-Michael du 14 février 2001 instituant la Cour de justice des Caraïbes.

² Le Marché commun du Sud, est l'exemple de l'exception qui montre *qu'intégration communautaire et solide pilier juridictionnel ne vont pas forcément ensemble*. Le traité d'Asunción du 26 mars 1991 prévoit juste une simple procédure de négociations pour régler les différends entre les États membres, suivie, en cas d'échec par une double conciliation sous l'égide des organes politiques chargés de la mise en place du marché commun (mais des réformes intervenues à la suite du protocole d'Ouro Preto de 1994 et celui d'Olivos du 18 février 2002, montrent que l'organisation se rallie à la pratique existante au sein de l'UE). Cf. DAILLIER, FORTEAU et PELLET, *op. cit.* p. 1018.

³ Voir l'accord de Carthagène du 28 mai 1979, réformé par le protocole de Cochabamba du 28 mai 1996.

⁴ Voir protocole de Tegucigalpa du 12 décembre 1991 créant la Cour centraméricaine de justice.

⁵ Voir protocole J du traité du 3 juin 1972.

⁶ Cette commission qui ne peut formuler que des recommandations est prévue par l'article 10 de la charte du 25 mai 1981 instituant le Conseil.

⁷ Voir traité de Marrakech du 17 février 1989. Voir aussi L. BOUONY, « La Cour maghrébine de justice », *RBDI* 1993, p. 351-373, cité par ISAAC et BLANQUET, *op. cit.* p. 1019.

²³ Voir art.24 du traité d'Abuja de 1991.

orientale et méridionale, la Cour de justice de la communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale ou la Cour de justice de l'Afrique de l'Est¹ sont toutes des instances judiciaires africaines. Il n'est pas superfétatoire de parler aussi de la tentative d'établir un mécanisme inter-gouvernemental pour la promotion et la protection des droits de l'homme dans la région asiatique².

Pour leur part, les deux organisations internationales d'intégration de l'Afrique de l'Ouest, l'Union économique et monétaire Ouest africaine (UEMOA)³ et la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) ont créé, elles aussi, chacune une cour chargée de *dire le droit* en leur sein. La plus vieille des deux est la CEDEAO, le traité l'instituant en 1975 avait déjà prévu un Tribunal qui n'a jamais vu le jour. Il a fallu attendre la réforme de 1993 pour que la communauté se dote d'une Cour de justice dont le siège est à Abuja. Sa création résulte de l'article 15 du traité⁴ et du protocole A/P1/7/91 du 6 juillet 1991. Par ce fait, elle est le

¹ Cette organisation en léthargie a été revivifiée par sa Cour que le traité du 30 novembre 1999 crée.

² Voir Vitit MUNTARBHORN, « Vers un mécanisme sur les droits de l'homme dans le cadre de l'ASEAN ? » In *Droits fondamentaux*, n° 2, janvier-décembre 2002, p. 63-75 disponible sur https://www.crdh.fr/wp-content/uploads/mecanisme_sur_les_droits_de_lhomme_dans_le_cadre_de_lasea_n.pdf consulté le 9 novembre 2022.

³ Pour une étude détaillée de la Cour de justice de l'UEMOA, voir Mouhamadou Moctar MBACKE, juge à la Cour, *La Cour de justice de l'Union économique et monétaire Ouest Africaine (UEMOA) : son organisation, ses compétences et ses règles de procédure*, éd. Juridiques africaines (EDJA), Coll. Droit communautaire africain, 1999.

⁴ Les principes de base sont posés par cet article, (1) *La reconnaissance d'un texte fondamental relatif à la cour, qui est le Protocole, et qui prévoit le statut, la composition, les compétences et la procédure de la Cour.* (2) *L'affirmation de l'indépendance de la Cour par rapport aux États membres et aux autres institutions de la communauté.* (3) *la force obligatoire des décisions de la Cour à*

principal organe judiciaire de la communauté, même si elle n'a pas de place prépondérante dans la hiérarchie institutionnelle de l'organisation¹. Aux termes du protocole, ses missions se résument à *assurer le respect du droit et des principes d'équité, dans l'interprétation et l'application des dispositions du traité*², à *connaître des différends dont elle est saisie, lorsque ces différends surgissent entre États membres ou entre les États membres et les institutions sur l'interprétation et l'application des dispositions du traité*³, à *émettre des avis juridiques sur les questions qui requièrent l'interprétation des dispositions du traité*⁴. Sa composition est régie par le protocole de 1991, en son article 3, et lui confère sept juges indépendants⁵ dont l'âge varierait entre quarante et soixante⁶ ans avec un mandat de cinq ans renouvelable une seule fois (avec une périodicité de trois ans et de cinq ans pour

l'égard des États membres, des Institutions et des personnes physiques et morales.

¹ Selon Abdoulaye DIEYE, la Cour vient en 5^{ème} position après la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement, le Conseil des Ministres, le Parlement de la CEDEAO et le Conseil économique et social. Voir A. DIEYE, « La cour de justice de la CEDEAO et les juridictions nationales des États membres : quelles relations ? » *In Actes du colloque organisé par le CREDILA, Université de Dakar, les 27 et 28 avril 2006, Les nouvelles annales africaines*, n° 1, p. 92-96.

² Cf. article 9, alinéa 1 du protocole.

³ Cf. article 9, alinéa 2 du protocole.

⁴ Cf. article 10 du protocole.

⁵ Cf. article 3 alinéa 1 : « La Cour est composée de juges indépendants choisis parmi des personnes de haute valeur morale, ressortissants des États Membres, possédant les qualifications requises dans leurs pays respectifs pour occuper les plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont des jurisconsultes de compétence notoire en matière de droit international et nommés par la Conférence... ».

⁶ Cf. alinéa 7 de l'article 3.

assurer à la Cour une stabilité)¹ par la conférence sur proposition du conseil des ministres². Mais, toutefois, une réforme intervenue en 2006 a créé un Conseil judiciaire de la Communauté³ qui est composé des présidents des juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire ou de leurs représentants, ressortissants des États qui n'ont pas eu de poste de juge. Avec cette innovation, le conseil devient un filtre, et c'est lui qui présélectionne, désormais, trois candidats par États membres, parmi les postulants, qu'il auditionne et propose au Conseil de recommander à la conférence la nomination des juges à la Cour de justice de la communauté. Cet état de fait marque une avancée majeure dans l'intégration de l'Afrique de l'Ouest, les chefs d'État sont ainsi dépouillés de leur pouvoir de désignation des juges ressortissants de leur État. Le prétoire de la Cour était initialement fermé et réservé aux seuls États et institutions de la Communauté conformément à l'article 9 du protocole de 1991. Les particuliers ne pouvaient la saisir que par le biais de leur État d'origine. Mais en 2005, les autorités de la Communauté, *dans un élan de générosité*, ont ouvert l'accès à la Cour à tout individu, citoyen de la

¹ Cf. article 4 du protocole : « (1) Les membres de la Cour sont nommés pour une période de cinq (5) ans. Leur mandat ne peut être renouvelé qu'une seule fois pour une autre période de cinq (5) ans. Toutefois, pour les membres de la Cour nommés pour la première fois, le mandat de trois membres expire au bout de trois (3) ans et celui des quatre (4) autres membres au bout de cinq (5) ans. (2) Les membres de la Cour dont le mandat arrive à expiration à la fin des périodes initiales de trois (3) et cinq (5) ans susmentionnés sont choisis par tirage au sort par le président de la conférence immédiatement à la fin de la première nomination... ».

² Cf. article 3, alinéa 6 du protocole.

³ Cf. décision du 14 juin 2006, 1/DEC.2/6/06, *J. O. CEDEAO*, vol. 49, juin 2006, p. 40. Ce conseil, selon l'article 1 de la décision, a pour mission *de gérer le processus de recrutement des juges de la Cour de justice de la CEDEAO et les questions disciplinaires*.

Communauté en matière d'appréciation de la légalité des actes communautaires et des droits de l'homme¹. La communauté prévoit aussi la création d'un tribunal arbitral².

Curieusement, c'est la dernière-née des organisations internationales d'intégration ouest-africaine qui a, la première, instituée une Cour de justice pour s'assurer de l'application et de l'interprétation commune par les États membres du droit que l'organisation secrète. La Cour de justice de l'UEMOA est instituée par l'article 38 du traité constitutif. En effet, il renvoi au protocole additionnel n° 1 pour l'organisation de la Cour et l'acte additionnel n° 10/96 du 10 mai 1996³ confère à la juridiction le statut permanent⁴. Il faut souligner qu'en fait, la Cour de justice est accompagnée d'une Cour des comptes de l'Union qui est une sorte de commission de vérification des comptes, elle contrôle la gestion

¹ Voir protocole A/SP.1/01/05 signé le 19 janvier 2005 à Accra. Dont l'article 4 insère à l'article 10 du protocole de 1991 les points : (c) *toute personne physique ou morale pour les recours en appréciation de la légalité contre tout acte de la Communauté lui faisant grief* et (d) *toute personne victime de violations des droits de l'homme...*

² Cf. article du traité de 1993, (1) *Il est créé un Tribunal d'arbitrage de la Communauté.* (2) *Le statut, la composition, les pouvoirs, les règles de procédure et les autres questions relatives au Tribunal d'arbitrage sont énoncés dans un protocole y afférent.* En attendant la création de ce tribunal, la Cour de justice joue ce rôle conformément au point (5) de l'article 3 du protocole de 2005 qui insère ce rôle dans l'article 9 du protocole de 1991 relatif aux compétences de la Cour.

³ La Cour de justice a fait l'objet d'autres dispositions, l'acte additionnel n° 1/95 du 27 mars 1995 portant nomination des membres de la Cour, le règlement de procédure de la Cour n° 1/96/CM du 5 juillet 1996, le règlement administratif de la Cour n° 1/CJUE du 10 décembre 1996.

⁴ Cf. article 10 de l'acte additionnel de 1996 portant statuts de la Cour de justice.

budgétaire et financière de l'organisation ainsi que les procédures de la surveillance multilatérale des États. Ces deux entités sont indépendantes¹. Les juges qui officient à la Cour de justice sont au nombre de 8, soit un juge par pays et sont choisis parmi des personnalités offrant toutes les garanties d'indépendance et de compétence juridique nécessaires à l'exercice des plus hautes fonctions juridictionnelles². Leur mandat est de six ans renouvelables³. Le président de la Cour est désigné par ses pairs pour un mandat de 3 ans. Et l'article 7 précise que les membres de la Cour se répartissent entre eux les fonctions de juges, de la présidence de la Cour, de premier avocat général et d'avocats généraux. Ainsi fait, il est clairement manifesté par les autorités politiques ouest-africaines une volonté réelle d'aller vers l'intégration de leur économie, seul palliatif aux problèmes *incommensurables* du développement. Les nouvelles structures, avec leur appareil judiciaire, font naître des *communautés de droit*, faisant en sorte que sur le territoire de chacune d'elles, *une même règle, un même juge et une même autorité s'attachent aux décisions et aux arrêts rendus par la juridiction communautaire*⁴. Cet enjeu est celui de l'état de droit en Afrique,

¹ En effet, leur statut vise à conforter cette indépendance par la prestation de serment, l'octroi de privilèges et immunités, le secret des délibérations, l'interdiction de tout cumul avec des fonctions politique, administrative ou juridictionnelle. Voir *Droit communautaire ouest africain*, L. M. IBRIGA, A. S. COULIBALY, D. SANOU, *op. cit.* p. 112.

² Cf. article 5 de l'acte additionnel de 1996 portant statuts de la Cour de justice.

³ Cf. article 4 de l'acte additionnel portant statuts de la Cour.

⁴ Voir Vlad CONSTANTINESCO, « La communauté européenne », Communication publiée dans les Actes du colloque international de Strasbourg (19 et 20 Octobre 1989) sur le thème *Francophonie et coopération communautaire : les communautés, nouveaux instruments de la coopération internationale*, G. CONAC *et al.* (dir.), p. 129, cité à la page 111 par IBRIGA L.M., COULIBALY A.S., SANOU D., *Droit communautaire ouest-africain*, Université de Ouagadougou, U.F.R. de Sciences juridiques et politiques, 2008 – 510p.

les communautés d'intégration par leur dynamisme constituent de véritables *camisoles* aux droits nationaux, par l'harmonisation qu'elles visent.

Comment procèdent ces Cours pour l'atteinte des objectifs d'intégration par le droit des différentes organisations internationales créées à cet effet en Afrique de l'Ouest ? L'analyse portera une attention particulière aux compétences de ses Cours à travers notamment des cas emblématiques qu'elles ont eues à connaître. Il sera aussi procédé à une analyse à la lumière du droit comparé et précisément celui de l'UE à travers sa Cour de justice. Enfin, au plan théorique, il s'agira de relever les interactions existantes entre ces Cours et les autres organes des organisations en question mais aussi entre elles et les institutions judiciaires des pays membres. Ce rapprochement permettra d'avoir une compréhension globale du rôle de chacune d'elles, au plan pratique, dans l'engrenage juridique des organisations d'intégration en Afrique de l'Ouest.

Ainsi, pour saisir la portée de l'action de ces juridictions au service de l'intégration, il est nécessaire d'étudier ces Cours (I), qui sont en prises avec les institutions des organisations qui les créent et celles judiciaires des États membres (II). Il est, dès lors, possible de se pencher sur elles comme suit :

I. Le magistère du juge communautaire

L'article premier du protocole portant statuts de la Cour de justice de l'UEMOA dit qu'elle *veille au respect du droit quant à l'interprétation et à l'application*. Cette mission capitale pour une organisation d'intégration lui assigne plusieurs fonctions : celle du *contentieux* (A) et celle de la *consultation* (B). Évidemment, dans une optique d'analyse d'ensemble, elle partage ses fonctions avec l'autre Communauté, la CEDEAO.

A. Le juge communautaire connaît des contentieux

Dans ce domaine, le rôle du juge de la CEDEAO, semble plus amplifié que celui de l'UEMOA. En effet, dans leur fonction contentieuse elles sont chargées du contentieux de la déclaration, du contentieux de l'annulation et du contentieux de pleine juridiction.

Le contentieux de la déclaration englobe celui en matière de manquement des Etats membres¹ et en matière d'exception d'illégalité². Il s'intéresse aussi au renvoi préjudiciel qui est déclenché par un État membre ou sur demande d'une des parties à un différend³. Le contentieux

¹ Pour l'UEMOA, cf. article 5 du protocole additionnel 1 : « La Cour de Justice connaît, sur recours de la Commission ou de tout État membre, des manquements des États membres aux obligations qui leur incombent en vertu du Traité de l'Union ». Et aussi article 15 du règlement de 1996 sur les procédures de la Cour : « La Cour est compétente pour connaître : (1) - Du recours en manquement. Le recours en manquement appartient à la Commission. Si elle estime qu'un État membre ne s'est pas conformé aux obligations communautaires... ». Pour la CEDEAO, cf. article 9. 1. (d) du protocole de 1991 tel que modifié par celui de 2005 : « (1) La Cour a compétence sur tous les différends, qui lui sont soumis et qui ont pour objet: ... (d) l'examen des manquements des États membres aux obligations qui leur incombent en vertu du traité, des conventions et protocoles des règlements, des décisions et des directives... ».

² Pour l'UEMOA cf. article 11 du protocole additionnel 1 : « Toute partie peut, à l'occasion d'un litige, soulever l'exception d'illégalité à l'encontre d'un acte du Conseil ou de la Commission... », L'exception d'illégalité n'est pas clairement prévue par le protocole de 1991 de la CEDEAO tel que modifié par le protocole de 2005, mais elle est déductible de l'article 9 de celui-ci : « La Cour a compétence sur tous les différends, qui lui sont soumis et qui ont pour objet... (c) l'appréciation de la légalité des règlements des directives, des décisions et de tous autres instruments juridiques subsidiaires adoptés dans le cadre de la CEDEAO... ».

³ Voir infra II.

de l'annulation¹ consiste à un recours objectif pour annuler des actes pris par la Communauté ou l'Union (souvent appelé *contentieux de l'excès de pouvoir* par abus de langage) ou tout acte faisant grief à un particulier moral ou physique. Quant au contentieux de pleine juridiction il couvre les litiges pouvant naître de la responsabilité des communautés (Union) ou de leurs organes, les litiges en matière de fonction publique du personnel et agents des entités, des contentieux en matière de concurrence et en matière de sanction relevant de la surveillance multilatérale (pour le cas de l'UEMOA). Ce contentieux connaît aussi, dans la CEDEAO, des litiges relatifs à la réparation des dommages causés par les organes de la communauté ou par les agents de celle-ci dans l'exercice de leurs fonctions et les litiges naissant entre la CEDEAO et ses agents, après que ceux-ci aient épuisé toutes les voies de recours internes propres à la communauté².

¹ Il faut noter d'emblée que ce recours ne concerne pas les décisions de conférence des chefs d'État, mais de toutes les autres institutions, il est prévu à l'article 8, al. 2 du protocole additionnel 1 : « Le recours en appréciation de la légalité est ouvert, en outre, à toute personne physique ou morale, contre tout acte d'un organe de l'Union lui faisant grief... ». Voir aussi article 27, al. 1 de l'acte additionnel n °10/96, pour l'UEMOA. Alors que la CEDEAO l'organise implicitement dans l'article 9. C du protocole de 2005 cité ci-dessus.

² Cf. pour l'UEMOA, les articles 15, 16 et 17 du protocole additionnel organisent ce genre de recours, ils sont approfondis par la prévision de recours en responsabilité contractuelle et extra contractuelle régie par l'article 15 du règlement de procédure de la Cour, puisque celui-ci reconnaît l'existence d'un *préjudice causé par des agissements matériels ou actes normatifs des organes de l'Union*. En matière de fonction publique communautaire, il sera fait application des normes du règlement 01/95/CM portant statut des fonctionnaires de l'UEMOA et du règlement 02/95/CM portant régime applicable au personnel non permanent de l'UEMOA. Les articles 88 et suivants du traité organisent le

En plus la CEDEAO connaît du contentieux des droits de l'homme en vertu des dispositions de l'article 9 du protocole de 2005. Cependant, l'on regrette que les deux Cours ouest africaines méconnaissent le recours en carence¹. *Ce recours permet de censurer non un acte, mais une absence d'acte, une abstention illégale dont s'est rendue coupable une institution qui aurait dû agir en vertu du droit de l'union*². Nous le voyons, ce recours est

recours en matière de concurrence tandis que le recours arbitral sur compromis est régi par l'article 17 du traité. Au sein de la CEDEAO, l'article 9. 1 du protocole de 2005 : « (f) l'examen des litiges entre la Communauté et ses agents ; (g) les actions en réparation des dommages causés par une institution de la Communauté ou un agent de celle-ci pour tout acte commis ou toute omission dans l'exercice de ses fonctions... ». Voir aussi l'alinéa (g) du même article et l'alinéa (e) de l'article 10 du même protocole.

¹ Voir p. 79, note de bas de page 194, E. JUNYENT et D. R. M. BASSINGA, Experts juristes - Consultants du Centre d'études européennes et de l'intégration (C.E.E.I.), Centre « EMILE NOEL », *L'applicabilité directe de certaines dispositions du traité et du droit dérivé de l'UEMOA*, Ouagadougou, janvier 2002, 109 p.

² Cf. *article 265 TFUE (ex-article 232 TCE)* : « Dans le cas où, en violation des traités, le Parlement européen, le Conseil européen, le Conseil, la Commission ou la Banque centrale européenne s'abstiennent de statuer, les États membres et les autres institutions de l'Union peuvent saisir la Cour de justice de l'Union européenne en vue de faire constater cette violation. Le présent article s'applique, dans les mêmes conditions, aux organes et organismes de l'Union qui s'abstiennent de statuer. Ce recours n'est recevable que si l'institution, l'organe ou l'organisme en cause a été préalablement invité à agir. Si, à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de cette invitation, l'institution, l'organe ou l'organisme n'a pas pris position, le recours peut être formé dans un nouveau délai de deux mois. Toute personne physique ou morale peut saisir la Cour dans les conditions fixées aux alinéas précédents pour faire grief à l'une des institutions, ou à l'un des organes ou organismes de l'Union d'avoir manqué de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis ».

complémentaire du recours en annulation¹, car si un acte est annulé, il est *ipso facto* nécessaire de légiférer en la matière pour combler le vide créé par celui-ci (il faut cependant nuancer et retenir qu'il existe, certes de forts liens de connexion entre les deux formes de recours, mais aussi des différences non négligeables²). Au sein de l'UE, où ce recours existe, il a été rarement utilisé. Aucun recours n'a été engagé devant la Cour entre 2004 et 2009 ; entre 4 et 12 devant le Tribunal (1,23 % des affaires en 2009, 1,1 % en 2010, soient 7 affaires)³. Il faut, toutefois, souligner que le recours en carence en droit UE répond à 4 caractéristiques, l'identification de l'obligation pour les auteurs de la carence (conseil des ministres, Commission, Parlement européen, la Banque centrale européenne –dans son domaine d'action– le Conseil européen et les organes ou organismes de l'Union⁴), l'identification de l'action obligatoire qui

¹ Dans l'affaire *Chevalley*, la CJCE avait estimé que *les deux recours ne forment que l'expression d'une seule et même voie de droit*. cf. CJCE 18 novembre 1970, *Chevalley*, aff. 15/70, *Rec.* 1975.

² Voir pour ces différences, ISAAC et BLANQUET, *op. cit.* p. 577.

³ Voir ISSAC et BLANQUET, *op. cit.* p. 572. Et lire utilement, M. DONY et T. RONSE, « Réflexions sur la spécificité du recours en carence », *CDE* 2000.593. ; J. MOLINER, « Recours en carence », *J-Cl. Europe*, fasc. 340 ; P. ROSEREN, « Commentaire de l'article 232 CE », In I. PINGEL (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, 2^e éd., Bâle, Paris, Bruxelles, HelbingLichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2010, p. 1525. ; M. WAELBROEK et O. SPELTDOORN, v° *Recours en carence*, *Rép. Comm.* Dalloz. Tous, cités par ISAAC et BLANQUET, *op. cit. Idem.*

⁴ Voir utilement arrêt CJCE du 23 avril 1986, Parti écologiste « les verts », aff. 294/83 ; ou dans le traité de Lisbonne : « (216) L'article 232 est modifié comme suit: (a) au premier alinéa, les mots ", le Conseil européen," sont insérés après "Parlement européen", les mots "ou la Banque centrale européenne" sont insérés après "Commission", le mot "ou" avant la Commission est remplacé par une virgule et la phrase suivante est ajoutée à la fin de l'alinéa: "Le présent article

consiste à ce que l'omission reprochée porte sur des mesures dont la portée peut être suffisamment définie pour qu'elles puissent être individualisées¹, l'existence d'une véritable abstention et, enfin, que la carence résulte d'une abstention abusivement longue. La Cour avait estimé qu'en vertu de l'article 175 du traité, il lui appartenait, le cas échéant, de constater la violation du traité que constitue le fait, pour le Conseil ou la Commission, de s'abstenir de statuer dans une situation où cette institution y était tenue. Le degré de l'obligation faite à l'institution en cause n'est pas pris en considération par l'article 175 (CJCE 22 mai 1985, Parlement c. Conseil, aff. 13/83, Rec. 1513). Mais dans une autre affaire la Cour avait reconnu l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant l'observation de délais raisonnables. En réalité dans ces affaires elle parle de délais non raisonnables donc implicitement reconnaît l'existence du contraire².

Cela étant clarifié, il convient de dire que les deux Cours ouest africaines ont aussi une fonction consultative. Elles émettent des avis juridiques sur des questions relatives à l'interprétation des dispositions du traité (droit primaire comme droit dérivé) sur saisine de la conférence, du conseil des ministres, de tout État membre, de la Commission ou toute institution des Communautés (Unions). Il en est de même des décisions juridiques que les Cours elles-mêmes rendent.

À la vue de la description faite des Cours ouest-africaines, il est possible de dire, du premier abord, que le processus d'intégration entamé au début des années 1990 est en train de se raffermir par le biais du droit. En donnant le rôle de veiller à une application et une interprétation uniforme du droit communautaire aux juges de l'intégration. Désormais il

s'applique, dans les mêmes conditions, aux organes et organismes de l'Union qui s'abstiennent de statuer... ».

¹ Voir CJCE 22 Mai 1985, Parlement c. Conseil, aff. 13/83, Rec. 1513.

² Voir TPI 3 juin 1999, TF1 c. Commission, aff. T-17/96, Rec. II-1757 ; TPI 9 septembre 1999, UPS EUROPE, aff. T-127/98, Rec. II-2633.

appartiendra à ces juges de mettre leur *génie* au service des différentes organisations qui les ont institués pour que tout ressortissant de la sous-région sente son appartenance à une communauté dont le maître mot est *l'unité dans la multiplicité*. Mais pour établir un profil à cette *justice de l'intégration*, il convient d'essayer de dégager les caractéristiques que celle-ci s'est forgée à travers sa jurisprudence, malgré sa relative jeunesse¹.

Le premier élément directement perceptible est *l'anémie* jurisprudentielle quant au réel contentieux sur des normes édictées par les organisations pour atteindre l'objectif de l'intégration. Ce constat vaut pour les deux cours ici étudiées (UEMOA et CEDEAO). En se conférant aux décisions de la première (UEMOA) l'on ne voit que très rarement des contentieux portant sur le droit de l'Union proprement dit, dans le cas de la CEDEAO, aucune jurisprudence jusqu'à ce jour ne concerne le droit de la communauté. Même s'il n'est pas contesté ici que la jurisprudence de ces Cours se désintéresse de l'intégration. Ces faits sont préoccupants et montrent à suffisance qu'il faut relativiser le contentement que l'on peut avoir pour l'existence de ces institutions, quand on pense qu'une activité jurisprudentielle d'une Cour de justice d'une organisation d'intégration, n'a de sens que si elle est rapportée à la raison d'être même de cette juridiction (la promotion d'un droit jurisprudentiel de l'intégration)².

¹ La première décision de l'UEMOA date de 1996 et celle de la CEDEAO de 2004.

² Le professeur A. SALL dit que les statistiques sont parlantes : « sur trente-quatre décisions rendues par la Cour UEMOA dix-neuf mettent en cause des règles de la fonction publique... entre 2005 et 2008... sur neuf décisions seules trois mettent en cause des normes posées en matière d'intégration », voir SALL Alioune, *La justice de l'intégration : réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, 2^e éd. revue, corrigée et augmentée, CREDILA, L'harmattan, 2018, p. 22 à 23.

Le juge de l'UEMOA, les affaires sur lesquels il a exercé son magistère et où il est question de normes relatives à l'intégration proprement dite sont celles où il s'est prononcé par avis. Un tel état de fait n'est pas totalement négatif, puisque les avis peuvent lui donner une occasion d'étayer ses arguments de la façon qu'il lui plaira pour la naissance de vraies doctrines jurisprudentielles que l'histoire retiendra. Cette activité peut contribuer à une sorte de codification du processus de l'intégration telle qu'elle est pratiquée dans ce genre d'organisation. Le professeur Sall estime que *la procédure consultative ménage une certaine liberté au juge, au point où certains auteurs ont écrit que les avis consultatifs avaient une grande valeur juridique ou peuvent même être considérés parfois comme des jugements non exécutoires*¹. Les rares fois où ce juge a eu le loisir de se prêter à des agencements intellectuels pour établir une donnée constante du processus d'intégration initié par l'organisation dont elle dit le droit sont les affaires relatives à la demande d'avis de la BCEAO sur le projet d'agrément unique pour les banques et les établissements financiers, à la demande d'avis complémentaire du président de la Commission relative à l'interprétation de l'article 84 du traité et celle entre YAI et la conférence portant sur un recours en annulation de l'acte additionnel 06-2004.

Dans le premier exemple, qui constitue la première affaire portée devant cette Cour, le juge a établi la corrélation entre la réalisation des libertés postulées par l'Union (libre circulation des personnes, des biens et des capitaux) et la mise en place de l'agrément unique, conférant ainsi un pouvoir implicite aux autorités de l'Union, en la matière². Les opinions de

¹ Cf. opinions individuelles de WINIARSKI, à propos de l'avis du 30 mars 1950, « Interprétation des traités », rendu par la CIJ (Rec. 1950 p. 91-92), et de ZORICIC dans la même affaire (*ibid.* p. 101). Cité par SALL, *La justice de l'intégration*, *op. cit.* p. 24.

² Cet avis a donné à la Cour l'occasion de plaider en faveur (1) de la nécessité de la fusion des deux traités UEMOA et UMOA pour permettre aux autorités de l'UMOA de recourir aux instruments juridiques de législation plus opérantes de

la Cour dans ces avis sont porteuses d'encouragement pour les autorités de l'Union à se doter d'instruments plus performants et mieux adaptés à leur économie. Il est à saluer la témérité dont le juge de l'Union a fait preuve ici, même si son action, dans sa procédure, tant sur la forme et le fond, ne sont pas exempt de critiques¹. Il n'est pas cependant anodin de mentionner qu'en matière de sociétés commerciales, de nos jours, le droit OHADA est le seul applicable dans tout l'espace que cette dernière couvre, dont les pays membres de l'UEMOA. En se livrant à l'interprétation de l'article 84 du traité, la Cour confère une compétence exclusive à l'Union en matière de politique commerciale. Pour cela, elle se

l'UEMOA parce que normes dotées de l'effet direct et ayant primauté sur le droit interne des États membres (...) (2) de l'importance à attacher à l'élaboration, à bref délai, d'un droit communautaire des sociétés commerciales de l'UEMOA dont le champ d'application s'étendra à toutes les activités de ces entités économiques, de leur création à leur dissolution. Contrairement au juge international qui utilise la règle de l'effet utile pour choisir une interprétation donnant un sens au texte qu'il applique, le juge communautaire s'attache à choisir celui qui ne ferait pas perdre son effet utile au texte (15 juillet 1960, Fédéchar, aff. 20/69 ; Rec. 665). Son œuvre est de ne pas affaiblir ou de limiter l'effet utile d'une disposition. Dans l'affaire Commission c. Belgique, le juge a relevé que l'effet utile et la portée des dispositions du traité relatif à la libre circulation des travailleurs et à l'égalité de traitement des ressortissants de tous les États membres ne soient limités par des interprétations de la notion d'administration publique tirés du seul droit national (17 décembre 1980, aff. 149/79, Rec. 3881). C'est généralement dû à cet effet utile, qui veut dire qu'une norme établie par un traité n'aurait pas de sens si elle ne permet pas une application raisonnable et utile, que la Cour reconnaît des pouvoirs implicites aux institutions de l'organisation communautaire. Ces pouvoirs habilite les institutions à exercer les pouvoirs qui leurs sont expressément reconnus mais aussi les pouvoirs qui leurs sont nécessaires pour donner effet utile à une norme communautaire.

¹ Voir SALL, *La Justice...*, op. cit. p. 25 et s.

fonde sur l'économie générale du traité et sur l'irréversibilité des compétences transférées à l'Union par ses États membres¹.

La troisième affaire² digne d'un *feuilleton* dont il est question ici, est la seule contentieuse (jusqu'en 2011, en tout cas) que la Cour a eu à connaître. Il s'agissait de l'adoption par la conférence d'un acte qui révoque, sans obéir à la procédure légale³, un commissaire dont le mandat n'est pas arrivé à terme par la nomination d'un autre⁴. La Cour a fait preuve d'audace dans sa démarche lors de la décision qu'elle a prise dans cette affaire. En effet, elle a annulé un acte additionnel annexé au traité pris par la plus haute instance de l'Union et qui ne fait pas partie des actes attaquables pour un recours en annulation⁵. Mais ayant une conception

¹ Cf. deuxième alinéa de la conclusion de la cour : « ... sous peine de violation des dispositions de l'article 7 du traité, les États membres ne peuvent ni individuellement, ni collectivement négocier ou conclure des accords internationaux en matière commercial... ».

² Cf. arrêt n° 03.2005, Eugène YAI c. Conférence des chefs d'État et de gouvernement et la Commission de l'UEMOA, Recours en annulation de l'acte additionnel n° 06-2004 du 15 novembre 2004.

³Cf. article 30 du traité de l'UEMOA : « le mandat des membres de la Commission peut être interrompu par la démission ou la révocation. La démission peut être individuelle ou collective. Elle est collective, lorsqu'elle intervient à l'invitation de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement, suite à un vote par le Parlement d'une motion de censure contre la commission. La révocation est prononcée par la Cour de justice à la demande du conseil, pour sanctionner la méconnaissance des devoirs liés à l'exercice des fonctions de membre de la Commission. En cas d'interruption du mandat d'un membre de la commission, l'intéressé est remplacé pour la durée de ce mandat restant à courir. Sauf révocation ou démission les membres de la commission demeurent en fonction jusqu'à leur remplacement ».

⁴ En l'occurrence Monsieur Jérôme Bro GREBE.

⁵ Pris sur la base de l'article 19 et 42 du traité, les actes additionnels ne figurent pas dans la liste des actes attaquables et rentrant dans la compétence de la Cour,

large de sa mission et pour ne pas faire un déni de justice ou créer un vide juridique¹, la Cour a fait sienne l'argument du demandeur en acquiesçant quand celui-ci dit que *si la Cour ne s'y prononce pas, il existerait alors des actes qui échappent à tout contrôle juridictionnel*, ce qui est contraire à l'esprit du traité instituant la communauté. D'ailleurs dans la lettre de l'arrêt du 27 avril 2005, elle fonde sa compétence sur un objectif du traité, celui *d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité, plutôt que sur un texte*. Car les organisations de dernière génération, celles d'intégration, se basent sur le droit qu'elles secrètent pour atteindre leur objectif, un tel droit ne peut pas ne pas avoir de juge. Par conséquent, le *précédent jurisprudentiel* de la justiciabilité de tous les actes et toutes les normes (en tout cas les actes additionnels) de l'union se trouve institué².

Pour sa part, la CEDEAO n'a jamais eu à se prononcer sur des cas portant sur l'objectif d'intégration proprement dit³. Toute chose

cf. article 27 alinéa 2 de l'acte additionnel portant statuts de la Cour : « La Cour est compétente pour connaître notamment : ... des recours en annulation des règlements, directives et décisions des organes de l'UEMOA tels que prévus aux articles 8 et suivants du protocole additionnel n° I... ».

¹ Voir partie IV, 1), A) de l'arrêt : « la Cour a l'obligation d'assurer le respect de la légalité communautaire ainsi qu'il résulte du protocole additionnel 1(...) il y a donc lieu d'affirmer, au regard de ces dispositions tant du Protocole ... que du règlement de procédures, que la légalité de l'acte additionnel en question, peut être contrôlée par le juge communautaire... ».

² Cf. arrêt du 5 avril 2006, du 30 avril 2008 et ordonnances du 3 décembre 2004, du 2 juin 2005 et du 6 mars 2008 donnant l'occasion à la cour de se prononcer sur des questions de droit.

³ Cf. SALL, *La justice...*, *op. cit.* p. 25. Voir aussi le site de la communauté où les affaires jugées sont répertoriées. http://www.courtecowas.org/site2012/index.php?option=com_content&view=article&id=157&Itemid=27

incompréhensible à tous les points de vue pour une organisation qui ambitionne de devenir la seule d'envergure dans une sous-région. Cela *pourrait s'expliquer* par, outre sa jeunesse par rapport à la cour de l'UEMOA, l'élargissement de ses compétences en matière des droits de l'homme et sa capacité à connaître des différends pouvant survenir entre les États membres de la communauté relatifs à d'autres engagements internationaux (autres que ceux pris dans le cadre de la CEDEAO) des États¹.

Les statistiques disponibles montrent à quel degré elle prend le chemin pour devenir une Cour ayant pour mission la surveillance et le respect des droits de l'homme², échappant ainsi au caractère de spécialité de la CEDEAO d'où elle tire sa légitimité. Pour connaître de ses affaires, elle est obligée de s'appuyer sur des normes qui n'ont pas été édictées par la CEDEAO : la déclaration universelle des droits de l'homme ou la charte africaine des droits de l'homme, par exemple. Ces textes étant déjà assortis de mécanismes de sanctions qui leur sont propres, il est difficile de cerner l'objectif visé par les législateurs de la CEDEAO en élargissant aux droits de l'homme les compétences d'une Cour censée ne connaître que le droit d'une seule organisation, celle qui l'a créée. Alors même que la toute première affaire sur laquelle la Cour s'était prononcée était pleine d'espoir quant au futur rôle qu'elle pourrait jouer pour remporter le défi

¹ Cf. article 9 du protocole de 1991 tel que modifié par le protocole de 2005 : « ... La Cour peut avoir compétence sur toutes les questions prévues dans tout accord que les États membres pourraient conclure entre eux, ou avec la CEDEAO et qui lui donne compétence... ».

² Voir utilement A. PELLET, « L'unité ou la fragmentation du système juridique international », *In* SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 294-298 et toujours du même auteur, « Du bon usage du droit de l'hommisme », *Le Monde*, 26 octobre 2002.

de l'intégration¹. En effet, dans cette affaire, un commerçant se plaignait du fait que sa liberté de circulation a été compromise par une décision unilatérale de son État d'origine, le Nigeria, qui a fermé ses frontières avec le Benin, l'empêchant ainsi d'aller quérir ses marchandises. Selon lui ce fait lui aurait porté préjudice car il s'est acquitté d'autres frais, en plus de ne pouvoir entrer en possession de ses marchandises. Malheureusement en ce temps, les individus n'avaient pas la capacité de saisir directement la Cour, sauf par l'intermédiaire de leur État d'origine². En fait, à l'époque, le requérant fait appel au principe d'équité qui était inséré dans l'article 10 du protocole avant que celui-ci ne soit modifié par celui de 2005, or cette notion sur laquelle le requérant se basait *ne peut être cherché par le juge que dans les limites raisonnables de la règle générale et objective qu'il applique*³.

Ainsi, dû à la compétence de droits de l'homme, à la fin de l'année 2008, sur les treize saisines de la Cour, huit portaient sur les violations de droits de l'homme, en 2009, les douze affaires portées devant la Cour évoquaient toutes, sans exception, la violation des droits de l'homme ; encore en 2018, toutes les affaires portées devant la Cour concernaient les droits de l'homme à l'exception de l'arrêt Affolabi dont le fond n'a pas été jugé. Il est clair que le danger d'une transformation substantielle de la jurisprudence communautaire tant attendu de la Cour risque d'être hypothéqué par les requêtes portant sur les droits de l'homme. *Les droits de l'homme comme objet de compétence juridictionnelle étant intrinsèquement flous*, il convient,

¹ Il s'agit de l'affaire AFFOLABI c. République fédérale du Nigeria, arrêt n° 01/04 /04 du 27 avril 2004.

² Voir l'alinéa 65 de l'arrêt : « Attendu que ledit article méconnaît l'individu comme agent juridique original. Qu'il aménage plutôt une procédure de saisine au profit de l'individu qui se trouve obligé de passer par son État... ».

³ Cf. CIJ, Barcelona Traction, *Rec.* 1970, p. 84-86.

qu'urgemment la Cour procède à une clarification des concepts et essayer de limiter la possibilité de sa saisine pour droits de l'homme, en y intégrant des prérequis donnant la définition qu'elle entend des droits de l'homme pour lesquelles elle peut être saisie. Évidemment, si l'autorité de décision de la CEDEAO pouvait exclure cette possibilité du champ de saisine de la cour, à travers cette dernière, *le droit communautaire y gagnerait en popularité et en autonomie.*

La nécessité d'effectuer ce *travail de clarification doctrinale* – qui est un *impératif d'économie de temps et d'énergie pour la juridiction* est d'autant plus urgente que la Cour est engorgée de requêtes *fantaisistes ou extravagantes* (*obligations contractuelles non exécutées, de la saisine de la Cour pour opinion des décisions de justice rendues dans leur État d'origine, atteinte à la propriété...*)¹.

La compétence de la Cour sur toutes les questions prévues dans tout accord que les États membres pourraient conclure entre eux donne à cette dernière des *pouvoirs exorbitants* qui violeraient même le droit

¹ Voir, par exemple, aff. *Prof Etim Moses ESSIEN c. République de Gambie et Université de Gambie* » (arrêt du 29 octobre 2007) ; aff. « *Chief Frank C UKOR c. Rachad LALEYE et Gouvernement de la République du Bénin* » (arrêt du 2 novembre 2007) ; aff. « *Mrs A. R. CHUKWUDOLUE et autres c. République du Sénégal* » (arrêt du 22 novembre 2007) ; aff. « *Bakary SARRE et 28 autres c. Ministère de la justice du Mali et autres* » (arrêt du 17 Mars 2011), dans ce cas précis la Cour était saisie d'une *requête dans laquelle les requérants tendent d'une part, à obtenir la réformation des arrêts n° 188 et n°116 de la section administrative de la Cour suprême du Mali et, d'autre part, ils allèguent la violation des articles 5 et 10 de la DUDH. Ils invoquent également la violation du principe de l'égalité devant la loi et, sans indications particulières, la violation d'autres principes généraux du droit. Ils fondent la compétence de la Cour sur les violations des articles 3, 5 et 26 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples...* cf. point A de l'analyse de la Cour.

international général sur le droit des traités et accord internationaux¹. L'on voit mal comment des compétences aussi élargies contribueraient à faire avancer le seul droit d'une seule communauté, la CEDEAO, alors même que la Cour a commencé ses travaux il y a moins de vingt ans et qu'en principe, ses compétences ne devraient pas déborder le champ du traité et du droit dérivé de la communauté.

Un autre fait, non moins important, et commun aux deux organisations, est à signaler. C'est celui de recourir pour les États qui le souhaitent au mode de règlement arbitral². Au lieu de créer un organe *ad hoc*, comme cela est de coutume dans les autres organisations internationales, ce sont les Cours des deux organisations ouest-africaines qui s'occupent de l'arbitrage en tant que de besoin. Les États ont donc la possibilité de choisir l'arbitrage comme mode de règlement de leurs différends au détriment du mode juridictionnel, qui lui, est donneur de *chiquenaude* à la jurisprudence communautaire. Cette possibilité de choix se conçoit dans les relations internationales où la société internationale est décentralisée et la justice respectueuse des souverainetés étatiques³, ainsi

¹ Cf. article 1 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités : « La présente convention s'applique aux traités entre États ».

² Cf. article 16 du traité de la CEDEAO et article 17 du protocole additionnel 1 de l'UEMOA : « La Cour connaît des différends entre États membres relatifs au traité de l'Union si ces différends lui sont soumis en vertu d'un compromis... » Ou encore l'article 15, par. 8 du règlement de procédures de la Cour : « La Cour remplit des fonctions d'arbitre en vertu d'un compromis établi par les États membres à l'occasion de la survenance d'un litige relatif à l'interprétation ou à l'application du traité. Les États parties au compromis y précisent la procédure applicable à leur litige... ».

³ Voir DALLIER, FORTEAU et PELLET, *op. cit.* p. 966 : « La souveraineté implique le droit de refuser d'être attiré devant un tiers ; elle implique tout autant le droit de faire exception à ce refus par un engagement conventionnel. Ce

l'arbitrage permet à l'orgueil de la souveraineté de se terrer et à se soumettre à un arbitrage dont le rôle *se borne à établir les faits et en tirer les conséquences sur le plan du droit*¹. Au sein de l'UE, par exemple, ce rôle est dévolu au Tribunal², qui, en plus du tribunal de la fonction publique et de la Cour constituent la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Nul besoin de dire qu'une telle répartition permet à chaque composante de la CJUE de bien jouer le rôle qui est le sien sans tomber dans le piège de *l'éparpillement*, toute chose qui n'est pas favorable à l'essor d'un droit communautaire à la recherche de repères comme c'est le cas en Afrique de l'Ouest.

Il est incontestablement manifeste que l'activité jurisprudentielle des Cours ouest africaines est faible réduisant ainsi son éventuel apport à la construction du droit de la communauté ouest-africaine. Mais, à sa décharge, il est possible de trouver des raisons à ce faible attrait judiciaire des ressortissants de la communauté. Le juge communautaire ne pouvant s'auto saisir, il va de soi que c'est à l'occasion de litiges naissant entre des

consentement à l'arbitrage doit être suffisamment clair et précis pour constituer une véritable obligation juridique internationale » (CIJ, 19 mai 1953, *Ambatielos*, *Rec.* p. 19).

¹ Voir J. CHARPENTIER, p. VI, Préface de Denys SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonctions juridictionnelles*, Pedone, coll. Publications de la RGDIP, 1981, 936 p.

² Voir article 44 § 5 du règlement de procédure du tribunal du 2 mai 1991 : « La requête présentée en vertu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou de droit privé passé par l'Union ou pour son compte conformément à l'article 272 TFUE doit être accompagnée d'un exemplaire du contrat qui contient cette clause ». Il tire sa légitimité de l'article 272 TFUE libellé ainsi : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer en vertu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou de droit privé passé par l'Union ou pour son compte ». ce tribunal a connu beaucoup de modifications.

particuliers ou entre Etats qu'il sera saisi dans le respect des limites de ses compétences, telles qu'elles lui ont été offertes par les textes communautaires. En effet, l'un des premiers points militant à la faveur de cette thèse est la méconnaissance du droit secrété au niveau de la communauté par les praticiens du droit.

Durant leur formation, jusqu'à récemment, ceux-ci n'ont pas été mis au parfum de ce droit nouveau, ni dans les universités, ni dans les centres de formation des avocats et magistrats. Dans de telles conditions, il faudrait une réelle volonté d'aller chercher les sources communautaires pour résoudre un litige qui pourrait s'y prêter. Les différentes politiques de diffusion de ce droit par les autorités de la communauté ne sont pas suffisantes. À cela il conviendrait d'ajouter le faible volume des échanges intracommunautaires¹. Le commerce entre les États membres de la communauté se maintient encore à un niveau très bas, n'offrant pas ainsi d'occasions de litiges pouvant faire appel au juge communautaire pour rétablir le droit, et incidemment, contribuer à son essor. *Le droit ne peut être un phénomène asocial*, c'est pourquoi, d'ailleurs, certaines des décisions, les plus spectaculaires, que la Cour de l'UEMOA a eu à prendre se rapportent à des échanges économiques².

Selon plus d'un auteur³, la qualité (le **profil**) des juges d'intégration est un facteur explicatif de la rareté de la production jurisprudentielle. En

¹ Cf. « Projet d'appui au Commerce régional (Hub & Spokes) ». *Ce projet met à la disposition des États membres de la CEDEAO et des Commissions de la CEDEAO et de l'UEMOA des conseillers nationaux et régionaux en matière commerciale.*

² Cf. arrêt du 20 juin 2001, affaire *Ciments du Togo*, voir aussi l'affaire de l'huile de palme opposant le Sénégal à la Côte d'Ivoire.

³ Lire utilement aussi, D. BREILLAT, « Remarques sur la désignation des juges dans les juridictions internationales », *Mélanges J.-F. Lachaume*, Paris, Dalloz 2007, p. 128 ; N. CONDORELLI-BRAUN, *Commissaires et juges dans les*

effet, la compétence intellectuelle et professionnelle de ceux-là ne fait l'ombre d'aucun doute et ne se trouve pas parmi la problématique dont il est question ici. Il s'agit plutôt de s'interroger si le fait qu'un équilibre numéraire soit obligatoire n'est pas plutôt de nature à répondre à des exigences souveraines des États que de rehausser la qualité de l'organe judiciaire.

Il est, à cet égard, frappant de voir que dans la composition des deux Cours ouest africaines, se dégage une majorité écrasante de juges ayant exercé dans leur État respectif des fonctions de magistrat – de haut rang, par ailleurs. Or il n'est pas évident qu'un tel collège rende une justice, aux arcanes plongés dans *la synthèse entre le droit international et les droits nationaux des différents États membres*, dans des conditions optimales. À la CJUE, *près de la moitié des juges, sur 27 juges, 10 avaient eu des fonctions d'enseignant et la moitié des avocats généraux (4 sur 8) avait également connu une expérience d'universitaire. À la Cour européenne des droits de l'homme, ce chiffre était de 20 sur 46 ; la CPI enregistrait 5 sur 18 et la CIJ 7 sur 15¹.*

Un tel état de fait est incompréhensible de la part d'États ouest africains quand on sait que la quasi-totalité des juges désignés pour les deux Cours ont un parcours entièrement judiciaire². Alors même que les

Communautés européennes, Paris, LGDJ 1972, p. 20 ; C. PENNERA, « La genèse de l'installation de la Cour de justice des Communautés européennes », *In* Amicale des référendaires, *La cour de justice des Communautés européennes, 1952-2002 : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 38 et s.

¹ Sur une période assez longue (1946-1996) 59 universitaires ont été désignés juges à la Cour internationale de justice sur un total de 82.

² À la page 210 du rapport d'activité de la commission de la CEDEAO de 2008, il est mentionné que *tous les juges de la CEDEAO sont détachés de la Cour suprême de leur pays respectif.*

textes n'interdisent pas de puiser dans le collectif d'autres corps professionnels¹.

Ainsi aux termes de l'article 2 du protocole additionnel 1 de l'UEMOA : ... *les membres de la Cour de Justice sont choisis parmi des personnalités offrant toutes les garanties d'indépendance et de compétence juridique, nécessaires à l'exercice des plus hautes fonctions juridictionnelles...*, pour la CEDEAO c'est l'article 3 du protocole de 1991 qui précise que *la Cour est composée de juges indépendants choisis parmi des personnes de haute valeur morale, ressortissants des États Membres, possédant les qualifications requises dans leurs pays respectifs pour occuper les plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont des juristes de compétence notoire en matière de droit international...*

À la lecture de ces textes, l'on conçoit que la formule est plus explicite, permissive dans la CEDEAO que dans l'UEMOA de recruter les juges ailleurs que le corps des magistrats ou de toute autre personne habilitée à exercer des fonctions juridictionnelles. Mais, par tournure d'esprit, il n'existe aucune interdiction dans le libellé du texte de l'UEMOA de penser que les universitaires offrent les qualités d'indépendance et de compétences juridiques dont il est question dans l'article susmentionné. D'ailleurs n'est-ce pas les universitaires qui forment les juges en question ?

¹ Voir par exemple l'article 3. b) Tout candidat à un siège à la Cour doit : (i) Avoir une compétence reconnue dans les domaines du droit pénal et de la procédure pénale ainsi que l'expérience nécessaire du procès pénal, que ce soit en qualité de juge, de procureur ou d'avocat, ou en toute autre qualité similaire ; ou (ii) Avoir une compétence reconnue dans des domaines pertinents du droit international, tels que le droit international humanitaire et les droits de l'homme, ainsi qu'une grande expérience dans une profession juridique qui présente un intérêt pour le travail judiciaire de la Cour.

L'apport qui peut venir des universitaires en la matière est sans équivoque inestimable, la doctrine dont ils sont imbus, l'impartialité et l'indépendance de leur fonction leur donne tout le bagage nécessaire pour la bonne conduite d'une mission de justice communautaire. Les individus autorisés à plaider devant les deux cours Constituent un autre point d'inquiétude quant à la pratique du droit communautaire. Si dans la CEDEAO, le prétoire est accessible à tout agent dûment mandaté, l'UEMOA limite cette possibilité aux seuls avocats régulièrement inscrits au barreau de leur État d'origine ou d'un autre État membre de l'Union. Une telle restriction de l'accès au prétoire consiste à enfermer la justice de l'intégration dans les seuls bureaux des avocats habilités à plaider. Alors même que le sens contraire permettrait à un plus grand nombre de praticiens de se prêter à l'exercice et créer par la même occasion la mixité dont le droit de la Communauté doit se parer pour embrasser tous les domaines de la vie sociale. Mais une tendance se dessinant au sein de la CEDEAO est porteuse d'espoir, il s'agit de la création d'un Conseil judiciaire de la Communauté dont il a été dit un mot plus haut. Avec son avènement, il est permis d'espérer que les candidats à la Cour ne viendront plus uniquement du milieu judiciaire et qu'avec le temps cette pratique se propagera et inspirera l'UEMOA¹. Là aussi, le fait que ce Conseil ne soit composé que des présidents des Cours suprêmes des pays n'ayant pas de juge à la Cour peut prêter le flanc à la même critique. Ceux-là, rompus à la pratique du droit dans les palais de justice risquent d'être guidés par un penchant naturel qu'ils auraient, pour porter leur choix sur ceux qui sont issus de leur milieu.

La composition de ces deux Cours peut être la cause de la tendance de leur jurisprudence à faire appel à des concepts et des raisonnements propres au droit interne, donc au juge interne des États, et à se baser sur

¹ Lors du recrutement de 2014 des juges à la Cour, un universitaire, spécialiste du droit international, y a fait son entrée.

des solutions préconisées ailleurs, dans d'autres organisations internationales – ce qui est compréhensible, mais de là à motiver leur décision par des jurisprudences extérieures témoigne d'une aise insuffisante de ces juges à se mettre dans une logique communautaire. Ainsi, ces pratiques *négligées*, qui ont en commun *l'importation des solutions aux problèmes qui se posent aux juges ouest africains*, risquent de faire courir le risque d'une production jurisprudentielle extravertie. À en croire le professeur Sall, cette tentation d'un ailleurs jurisprudentiel pourrait révéler le malaise d'un juge accoutumé à raisonner en termes de différents judiciaires nationaux... qui, rappelons-le, concernent des cas d'intérêts privés, ce qui est largement aux antipodes de l'objectif de la communauté ouest-africaine.

Des exemples de ce type *font florès* dans la jurisprudence des deux Cours. Ces pratiques sont assez remarquables dans l'avis de mars 1998¹ et dans l'affaire Yaï² pour l'UEMOA, ainsi que dans la toute première affaire connue par la CEDEAO³ et celle du 28 juin 2007¹.

¹ Le juge de l'Union s'est fondée, dans cette affaire, préliminairement sur le droit administratif français pour répondre à la question relative à la régularité de la délégation de signature faite par le président de la commission au profit de son directeur de cabinet, en effet, le juge écrit : « (II) Sur le Fond... en droit administratif français, il y a délégation de signature lorsqu'une autorité administrative charge un agent administratif de signer pour son compte, en son lieu et place, certains actes administratifs relevant de sa compétence... »

² Où la Cour a mis toute son énergie pour montrer une différence, selon elle, entre des actes additionnels réglementaires à portée générale et des actes additionnels à portée individuelle. Le parallèle avec le droit administratif est effarant.

³ Il s'agit bien sûr de l'affaire Affolabi, où la Cour confond l'exception d'incompétence et l'exception de nullité quand elle dit que *le défaut de compétence dans une affaire entraîne ipso facto la nullité de l'action et de la procédure quelle que soit la manière dont elles ont été conduites*.

En plus de cela le mimétisme de ces organisations par rapport à l'UE se retrouve aussi dans leur jurisprudence. Alors même qu'une inclination de ce genre peut, parfois être salutaire, ne pas se prêter à des critiques. Mais un effort d'analyse ayant pour base le droit secrété dans l'organisation dont on est juge semble être préférable et pourra par la suite tisser des liens parallèles avec d'autres entités. Ainsi à plusieurs reprises les Cours ouest-africaines ont fait référence au juge européen, dans l'affaire, Laubhouet Serge c. Commission de l'UEMOA, un juge rapporteur n'hésite pas à écrire qu'*une jurisprudence constante de la CJCE (CJCE, 2-12-7, "Zuckerfabrik"), dont les textes ont fortement inspiré le droit communautaire de l'UEMOA, a consacré le principe de l'autonomie du recours en responsabilité par rapport au recours en annulation...*².

S'inspirer du droit de l'UE est compréhensible, mais en faire *un étalon de mesure* reste à revoir. A l'heure où certains auteurs commencent à souligner que le dialogue entre juges ne se fait en cette matière que dans un seul sens, le dialogue est unilatéral, il va des juges ouest africains aux

¹ Dans cette affaire la Cour a basé son incompétence sur l'autorité de la chose jugée dans un État membre alors qu'elle devait uniquement dire qu'elle n'avait pas la compétence de connaître d'une affaire déjà jugée par un État et où il n'y avait pas de violations de droits de l'homme. Cf. SALL, *La justice... op. cit.* p. 52.

² Dans l'avis sur l'interprétation de l'article 84 du traité (2 février 2000) la Cour répond qu'*il importe de souligner tout d'abord que l'Union constitue en droit une organisation de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité et de la capacité juridique et surtout de pouvoirs issus d'une limitation de compétences et d'un transfert d'attributions des États membres qui lui ont délibérément concédé une partie de leurs droits souverains pour créer un ordre juridique autonome qui leur est applicable ainsi qu'à leurs ressortissants...* le fait de voir dans ces lignes un jumeau à l'arrêt COSTA c. ENEL est manifeste.

juges européens alors que ceux-ci ne citent que très rarement les décisions africaines¹.

Cette assertion n'est pas anodine quand on jette un œil sur les méthodes d'interprétation des juges de la communauté². Là aussi, il est clair que sa méthode repose sur la comparaison faite avec l'UE et non sur une vraie méthode d'interprétation admise par le droit international général. Il ne peut pas exister pour les juges ouest africains *un repos sur les solutions jurisprudentielles adoptées ailleurs, et à s'affranchir ainsi d'une démarche nécessairement autonome dans un premier temps, d'une "juris-dictio"*

¹ Voir à ce sujet, Relwendé Louis Martial Zongo, *Le dialogue unilatéral entre la Cour de justice de l'UE et la Cour de justice de l'UEMOA*, The Geneva Jean Monnet Working Papers, Université de Genève – Centre d'études juridiques européennes, 2016, 38 p. disponible sur www.ceje.ch, consulté le 09 novembre 2022.

² Voir utilement les articles 31 à 33 de la convention de Vienne sur le droit des traités. *Il existe plusieurs écoles pour l'interprétation et le sens a donné aux termes d'un traité, l'école de l'intention des parties, l'école de l'interprétation téléologique ou encore celle de l'interprétation déductive... Mais de façon générale l'interprète examine d'abord le texte ; ensuite le contexte ; puis la pratique ultérieure et les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, étant précisé qu'il n'y a pas de gradation rigide entre ces divers moyens d'interprétation... c'est ainsi que dans la sentence arbitrale du 9 décembre 1978 sur l'interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international, le Tribunal arbitral « a d'abord examiné les termes de l'accord (...), en l'absence d'une réponse claire fondée uniquement sur ces termes, le tribunal s'est ensuite référé à l'ensemble des dispositions de l'accord » ; il a ensuite vérifié les conclusions auxquelles il est ainsi parvenu, « en tenant compte à la fois du contexte général de l'aviation civile internationale dans lequel l'accord a été négocié et de la pratique des parties relatives à l'application de l'accord » (RSA vol. XVIII, p. 454). Cf. DALLIER, FORTEAU et PELLET, *op. cit.* p. 290.*

d'abord solitaire. Il en a été ainsi dans l'affaire Hon. Dr J. UGOKWE contre le Nigeria, la Cour appuie sa décision sur l'article 38 du statut de la CIJ et dans l'affaire Pr. Etim Moses contre la Gambie et université de Gambie, c'est la jurisprudence de la CJCE qui est invoqué pour légitimer son argumentaire. D'autres fois c'est la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation française ou encore celles des tribunaux nigériens et de diverses Cours anglaises (dans l'arrêt du 5 avril 2006 "Mme Tokumbo Lijadu-Oyemade c. Secrétariat exécutif de la CEDEAO, par exemple).

L'une des *ruses* dont peuvent se saisir les Cours ouest africaines se trouve dans le fait qu'elles pourraient essayer de temps à autre se référer à leur propre jurisprudence, nonobstant sa jeunesse et son nombre peu élevé. Dans la pratique, jusqu'en 2015¹, seuls deux renvois de ce type existent respectivement dans la jurisprudence des deux cours. Pour l'UEMOA il s'agit de l'arrêt Haoua Touré contre la Commission de l'Union du 25 juin 2003, où la Cour rappelle qu'elle avait déjà établi une constante dans ses jurisprudences antérieures entre le recours en annulation d'une mesure de licenciement et le recours en indemnisation consécutif à l'irrégularité du licenciement. Dans l'avis du 19 octobre 2007, la Cour renvoie à son avis du 2 février 2000 relatif à la compétence de l'Union en matière commerciale. La CEDEAO, par sa décision du 5 juin 2008 dans l'affaire opposant Chief Ebrimah Manneh à la Gambie où la Cour renvoie à son arrêt du 28 juin 2007 de l'affaire Alhadji Hammani Tijani contre le Nigeria et autres. L'autre affaire est celle de l'affaire Bakary SARRE et 28 autres contre l'État malien où la Cour renvoie à l'arrêt Moussa Léo Keita contre le Mali. De telles pratiques sont à encourager parce qu'elles contribuent à l'établissement d'une *politique*

¹ Depuis l'arrêt de l'affaire NO°ECW/CCJ/APP/19/15 Congrès pour la démocratie et le progrès (CDP) REQUERANT L'Etat du Burkina, l'on aperçoit un renvoi régulier à des arrêts précédents de la Cour et à des textes africains avant de tirer les exemples de la jurisprudence européenne ou internationale.

*jurisprudentielle*¹. Cet effort des Cours entre dans le sillage d'une rationalité de son comportement, toute chose qui est essentielle dans les décisions rendues par une juridiction de ce type pour affirmer son existence et le bienfondé de sa mission. Ce qui amènerait aussi les plaideurs à prendre l'habitude de baser leur argumentation et leur motif sur des décisions émanant des cours. Ainsi, l'on pourra arguer que *si ce rapport établi est juste, le juge aura convaincu ceux qui l'écoutent, et les parties, sans doute, mimeront sa démarche. Nul doute que cette perspective participera de la fin du mimétisme indu.*

Une autre des caractéristiques des juges ouest africains est que, tantôt ils ont souvent été amenés à considérer hautement leur fonction en s'arrogeant des pouvoirs qui feraient penser à une revivification du *gouvernement des juges* de Lambert², et tantôt ils se sont autolimités alors

¹ Pour l'importance que peut avoir une Cour quant à l'éclosion d'une jurisprudence voir E. HAMBRO, *La jurisprudence de la Cour internationale*, Leyde, 1952, p. V : « Lorsqu'on a songé à constituer, en 1907, par le projet de Cour de Justice arbitrale, et lorsqu'on a constitué, par la création de la Cour permanente de justice internationale à laquelle a été substituée la Cour internationale de justice, une juridiction internationale de caractère permanent, une des idées directrices a été le souci d'assurer, par cette permanence même, la constitution d'une jurisprudence, c'est-à-dire d'un corps de décisions doté d'une certaine unité... »

² Voir sur cette question en général Edouard LAMBERT, *Le Gouvernement des Juges*, réimpression de l'édition de 1921, Edition de mars 2005, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 298 p. Selon lui l'expression veut dire qu'un *juge va privilégier son interprétation personnelle au détriment de la loi. Cela n'a qu'un but politique.* L'expression naît avec l'arrêt *Marbury vs. Madison* de la Cour suprême des États-Unis, le président Thomas Jefferson critique la décision de la Cour suprême où elle s'autoproclame compétente pour annuler les lois qu'elle juge inconstitutionnelles, considérant que ce pouvoir place l'Amérique : « sous le despotisme d'une oligarchie ». Mais le souci d'éviter un gouvernement des juges

même que leur compétence et les pouvoirs qu'ils tirent des textes leur conféraient des rôles plus accrus, inscrivant leurs actions dans *les démons de l'autolimitation* de Sall. Une telle mesure de leurs comportements ne manque pas de laisser l'observateur quelque peu songeur.

était déjà présent sous la Révolution française. En effet, la Révolution a limité grandement le pouvoir des juges : sous l'Ancien Régime, les Cours de justice, appelées "Parlements", essayaient systématiquement d'accaparer le pouvoir du roi à leurs propres fins, par l'utilisation de la procédure d'enregistrement des lois : alors que l'enregistrement n'était au départ qu'une simple formalité, les Parlements refusent d'enregistrer la loi qui leur déplaît, entraînant une crise qui ne se résolvait que par la soumission du roi ou du Parlement (lorsque le roi tenait un lit de justice). Mais l'expression a surtout été répandue dans les années 1930, lorsque Franklin Delano Roosevelt s'est opposé à la Cour suprême afin de faire passer les réformes qu'il estimait nécessaires pour faire face à la crise de 1929. En anglais, les Américains parlent eux de *judicialactivism*. Depuis lors, l'expression « gouvernement des juges » est un repoussoir absolu. Elle sous-tend que les juges disposent d'un pouvoir d'interprétation trop grand, les principes constitutionnels n'étant que des axiomes. Les juges n'appliquent pas la Constitution et encore moins la volonté du constituant, ils créent le droit constitutionnel. Ce sont des "jurislatores". Jean Giraudoux disait « le droit est la plus puissante école de l'imagination ». Jean Carbonnier disait « l'interprétation est la forme intellectuelle de la désobéissance ». C'est particulièrement le cas en France, pour les raisons historiques citées. Jusque dans les années 1970 avec la réforme du Conseil constitutionnel, les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois ont été soit inexistantes (sous la III^e République, par exemple), soit très limités. Le général de Gaulle, lors de l'élaboration de la V^e République, y était absolument opposé : "En France, la [seule] Cour suprême, c'est le peuple" disait-il. Encore aujourd'hui le contrôle de constitutionnalité n'existe pas en Grande-Bretagne, et l'article 120 de la Constitution des Pays-Bas l'interdit même expressément.

Voir aussi Jean-Denis BREDIN, *Un Gouvernement des Juges ?*, 9 p., In http://www.revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/68Pouvoirs_p77-85_gouvernement_juges.pdf, consulté le 09 novembre 2022.

Ces faits sont perceptibles dans l'avis de 1996 et dans l'affaire YAI dont il a été question *supra*, pour l'UEMOA. L'arrêt du 4 octobre 2005 et l'affaire *Dame Koraou* de la CEDEAO se prêtent aussi à la même critique que les juges aient outrepassé les pouvoirs que leurs confèrent les textes qui les instituent. Du côté de l'UEMOA, en toute connaissance de cause, le juge de l'Union va se permettre de répondre à la saisine d'un organe qui ne disposait pas d'un tel pouvoir, en l'occurrence le directeur des affaires juridiques de la BCEAO. Le règlement des procédures de cette Cour explique en son article 15 §7 les organes ou institutions de l'Union aptes à la saisir¹. Comme réponse, la Cour écrit qu'*elle a jugé utile de faire droit à la présente demande d'avis, quand bien même elle émane d'un organe de l'Union autre que ceux précités ; elle attire toutefois l'attention de ce dernier sur l'importance attachée par la Cour à la qualité du représentant de l'organe habilité à la saisir en consultation...* Tout comme dans l'affaire YAI, étant saisi pour la justiciabilité d'un acte qui ne figure pas dans la liste des actes énumérés comme tel (attaquable)², la Cour, pour fonder sa compétence dit que *le recours en annulation tend à assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité. Il serait contraire à cet objectif d'interpréter restrictivement les conditions de recevabilité du recours en limitant sa portée aux seules catégories d'actes visées par l'article 15-2 du règlement de procédures de la Cour de justice... La Cour veille au respect du droit quant à l'interprétation et à l'application du traité de l'Union.* Si là, l'action de la Cour est quelque peu salubre du fait qu'elle dépouille la conférence des chefs d'État qui ne

¹ (...) *La Cour peut émettre des avis et des recommandations sur tout projet de texte soumis par la Commission. Le Conseil des Ministres, la Commission ou un État membre, peut recueillir l'avis de la Cour sur la compatibilité d'un accord international existant, ou en voie de négociation, avec les dispositions du Traité de l'UEMOA...*

² Cf. article 27 du protocole portant statuts de la Cour.

peut prendre que des actes additionnels¹, il n'est pas fortuit de noter qu'une telle témérité basée sur une *interprétation de type finaliste, téléologique* peut, au regard des textes, être source d'incompréhension, quant au respect du droit de l'Union dont elle se doit d'être garante². Toute chose non ignorée par la CEDEAO.

Dans l'affaire que le juge de la Communauté a instituée le 4 octobre 2005, il n'a pas hésité à conclure que le Parlement de la Communauté pouvait le saisir alors même que cette institution ne figure pas dans la liste dressée par l'article 76 du traité. Pour se faire une raison la Cour a estimé qu'*un examen minutieux de cet article fait ressortir que l'expression "l'une des parties" inclut non seulement les États membres ou la Conférence, mais aussi les institutions de la Communauté telles que prévues dans l'article 6*

¹ Cf. article 42 du traité UEMOA : « Pour l'accomplissement de leurs missions et dans les conditions prévues par le présent Traité : - la Conférence prend des actes additionnels, conformément aux dispositions de l'article 19... »

² Le professeur SALL estime que *la détermination d'une compétence est une affaire sérieuse car il s'agit d'une question qui met en jeu les piliers de l'ordre juridique en cause, ce n'est pas pour rien que les problèmes y afférents sont des questions d'« ordre public », susceptibles d'être soulevées d'office par le juge saisi. Cette interprétation des enjeux doit entraîner une interprétation serrée des textes, un souci d'approcher le plus près possible de la « ratio legis », de l'intention du législateur, et donc, d'évincer les interprétations trop libres. Bref, il est souhaitable que le juge tire directement du texte –et non de déduire ou d'inférer de lui– le titre de compétence dont il se prévaut... cf. SALL, *La justice...*, op. cit. p. 65. Dans d'autres affaires la Cour a usé de la même ruse, si l'on peut s'exprimer ainsi. Voir les affaires Tassebedo T LUDOVIC c. Banque régionale des valeurs mobilières du 2 juillet 2003 et Mamadou G. LALOU c. Centre africain d'études supérieures en gestion, où la Cour a conféré la qualité d'Organe a des organismes qui n'étaient pourtant pas retenues comme telles par le traité de l'union en son article 16 sous le prétexte que le fait qu'ils ont été créés par organes (conférence ou conseil) pour assurer un rôle spécialisé dans un domaine bien défini peut autoriser à leur donner cette qualité.*

*du traité révisé, donc, pour elle, implicitement le Parlement. Une interprétation déductive de cet article du traité peut ne pas être idoine dans un cas pareil. Dans l'affaire dite de Dame KARAOU, la Cour établit, pour fonder sa compétence, un lien, voulu par les rédacteurs du traité de la Communauté. Selon elle, il existerait un lien entre la charte africaine des droits de l'homme et des peuples et sa juridiction, puisque la CEDEAO est une Communauté économique régionale (CER) reconnue dans le cadre de la Communauté économique africaine (CEA), cette dernière lui aurait conféré le pouvoir de connaître des affaires relatives aux droits de l'homme. Il n'est pas besoin ici de procéder à quelques argumentations que ce soit, l'existence de mécanisme (juridiction) de sanction propre à cette charte existant déjà, en l'occurrence la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP). Il n'est pas faux de dire que si *une chose est d'interpréter les textes, une autre est de se prononcer sur les choix de principe que recèlent ces textes.* À la décharge de la Cour, l'on peut regretter une dévalorisation du Parlement par les textes de la CEDEAO, alors même que dans le sillage des pratiques internationales, les parlements des institutions jouent un rôle crucial quant à la démocratie au sein de celles-ci. Mais, du reste, pour rester fidèles à l'esprit de la promotion de l'intégration par le droit, les juges ne doivent pas aussi rester dans une tutelle des dirigeants politiques des organisations. Chose, malheureusement remarquée dans l'autolimitation à laquelle les deux juges de la Communauté s'adonnent curieusement.*

Dans le contentieux de la fonction publique, domaine de prédilection du juge de l'UEMOA, le nombre de décisions qu'elle a rendues dans ce domaine, *l'infra petita*¹ dont elle fait preuve se voit dans plus d'une affaire.

¹ L'expression "infra petita" est une expression d'origine latine, elle est utilisée parfois, devant une juridiction interne d'un État, pour exprimer que le tribunal a omis de prendre une décision sur un chef de la demande. Il est plus courant de

Dans l'arrêt du 18 décembre 2002 concernant Kossi Mawuli Agokla c. Commission de l'UEMOA, le juge refuse d'analyser la mesure de licenciement adressé au demandeur au motif que *la Cour ne saurait exercer un contrôle sur l'appréciation faite par une autorité administrative d'un organe de l'Union sur l'état de service d'un agent*. Il en est de même dans l'affaire SACKHO c. Commission où elle a estimé que *la Commission dispose d'un pouvoir d'appréciation finale qui, s'il n'implique pas une immunité de juridiction, parce qu'il doit s'exercer dans le seul intérêt de l'Union, ne peut faire l'objet d'un contrôle total de la part du juge qui... ne peut en aucun cas porter un jugement de valeur sur les éléments subjectifs que comporte nécessairement cette appréciation dans son volet discrétionnaire*. Et dans l'affaire de la Cour opposant la compagnie Air France et les agences de voyage et de tourisme du Sénégal : saisie par le Conseil d'État sénégalais qui doutait de sa compétence du fait de la prise de certains actes communautaires, tous datés du 23 mai 2002, prévoyant comme dispositions transitoires que, le 31 décembre 2002, toutes les commissions nationales de la concurrence devraient avoir vidé les contentieux pendant devant elles pour que ce type d'affaire soit de la connaissance exclusive de la Commission de l'UEMOA à partir du 1^{er} janvier 2003. Pour réponse à la question du Conseil d'état qui tendait à connaître l'instance compétente pour statuer

parler d'" omission de STATUER". Au rebours de ce concept se trouve dans le fait que, lorsqu'un procès est engagé, la partie qui saisit le juge formule une ou un ensemble de "prétentions". Cette demande détermine un cadre, constituant une limite au-delà de laquelle s'il la franchissait, le magistrat qui a compétence pour statuer sur le différend dont il se trouve saisi, excéderait ses pouvoirs. C'est dire que s'il rendait un jugement sur une prétention qui ne lui aurait pas été soumise, ou encore s'il excédait le montant de la demande, le juge statuerait alors "ultra petita" (on dit aussi "extra petita"). L'extrapolation en droit international s'entend généralement du pouvoir conféré à l'arbitre dans le règlement d'un différend soumis à cette procédure. Voir DALLIER, FORTEAU et PELLET *op. cit.* Paragraphes 127-135, p.537.

sur le recours formé le 17 février 2003 et tendant à faire casser et annuler la décision de la Commission nationale de concurrence sénégalaise en date du 27 décembre 2002, la Cour de l'UEMOA se déclare elle-même incompétente au motif que *la décision de la Commission nationale de la concurrence sénégalaise étant intervenue et ayant fait l'objet d'un recours avant l'entrée en vigueur du règlement du 23 mai 2002, les instances de l'UEMOA ne peuvent statuer sur cette affaire*. Alors même que la Cour de l'UEMOA a le pouvoir de reformuler les questions qui lui sont adressées pour se remettre sur le chemin du droit de l'Union, elle aurait pu tout simplement baser son argumentaire sur une interprétation du règlement 02/2002/CM/UEMOA dont l'article 7-2 intime l'ordre aux institutions nationales de vider leur contentieux avant le *dead line* du 31 décembre 2002.

Cette conception *infra petita* de sa mission se voit lorsque le juge de l'UEMOA, dans l'affaire YAI, après avoir condamné l'acte additionnel, le remplaçant ne dit pas de façon claire que la conférence a outrepassé son pouvoir en prenant un tel acte, comme si ce dernier était exempt de toute critique dans cette affaire où elle a délibérément violé le droit de l'Union. D'ailleurs dans l'ordonnance du 2 juin 2005 elle avait dit que *la volonté de la conférence des chefs d'État et de gouvernement de remplacer Mr YAI est manifeste*. Dans le même sillage elle aurait pu faire condamner cette instance ne serait-ce qu'avec une *langue de bois*¹.

Dans l'affaire Dame Koraou, à quelques lignes près dans la même décision, la Cour de la CEDEAO se contredit elle-même juste pour ménager la sensibilité de l'État nigérien. Elle dit dans un premier temps que *la discrimination dont a été l'objet Dame Koraou n'est pas imputable à la*

¹ Voir Robert YOUNGBARE, « La nature juridique de l'acte additionnel dans le système juridique de l'UEMOA, à la lumière de l'affaire 'Yai' », in *Penant : Revue de droit des pays d'Afrique*, 2008, p. 340-362.

*République du Niger et dans un second temps presque immédiatement que Dame Koraou a été victime de l'esclavage et que la République du Niger en est responsable par l'inaction de ses autorités administratives...*¹. Ces affaires qui ne sont pas les seules et dont l'économie dans cet article ne prétend pas rendre compte de façon exhaustive ne manquent pas de rappeler la célèbre phrase de l'avocat générale Jacobs² à propos de la qualité rédactionnelle du droit communautaire européen et d'en faire un parallèle en disant qu'*il se peut que l'élégance dépasse ce que nous attendons de l'écriture du juge et que la simplicité constitue un objectif impossible à atteindre (...), mais il n'en demeure pas moins qu'un peu de clarté serait fort appréciable car elle en faciliterait le travail de l'observateur et favoriserait la sécurité juridique...*

Il n'est pas étonnant que, dans un tel contexte, l'autorité de la chose jugée ne soit pas une vérité absolue dans les deux organisations ouest africaines. Et pourtant, la CEDEAO clame haut et fort dans son traité constitutif que *les arrêts de la Cour ont force obligatoire à l'égard des États membres, des institutions de la Communauté, et des personnes physiques et morales*, et même que le protocole relatif à la Cour confirme en son article 19 al. 2 ses droits et exige une *immédiateté d'exécution et la susceptibilité d'appel des décisions de la Cour*. Cette position est la même qu'à l'UEMOA quand le protocole additionnel n° 1 de l'organisation dit à son article 20

¹ Pour une vue générale de la question de l'obligation des États d'agir en droit public voir Mohamadi HAMIDOU, *L'Obligation d'agir des personnes publiques*, Thèse pour le Doctorat en Droit Public, Présentée et soutenue publiquement le 8 avril 2005, Université des sciences sociales de Toulouse, Faculté de Droit, 562 p.

² Cf. les conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-354/88, *Vleeswarenbedrijf Roermond BV e.a. contre ProduktschapvoorVee en Vlees* (demandes de décision préjudicielle, formées par le collègue van Beroepvoor het Bedrijfsleven), « *Restitutions à l'exportation de viande de porc — Partie avant ou épaule — 'Longe'* », *Réc.* 1990, p. I-2753 et 2760.

que *Les arrêts de la Cour de Justice ont force exécutoire, conformément aux dispositions de son règlement de procédures...*

À l'aube de son fonctionnement, la Cour de la CEDEAO qui devait se prononcer dans une affaire opposant le Conseil au Parlement s'est vue demander de surseoir à sa prise de décision en attendant que le président en exercice de la conférence décide d'une résolution de l'affaire, augurant ainsi, une supériorité aux décisions de cette dernière, organe éminemment politique, au détriment de celui qui est chargé de dire le droit¹

La décision de la Cour de l'UEMOA qui confirmait l'illégalité de l'éviction de Mr Yai au profit de Mr Grebe, en est un autre exemple, car cela n'a pas empêché l'*auguste* institution qu'est la conférence de le remplacer ignorant parfaitement la décision de la Cour sans *coup févir*². L'on ne peut qu'acquiescer le sentiment de la doctrine en ce sens, *l'écart criard commis par la conférence des chefs d'État et de gouvernement a été fait soit par ignorance, soit par bravade, mais dans tous les cas, la chose est préoccupante*³. Tout comme le Mali qui ne s'est jusqu'à présent pas muni d'une Cour des comptes autonome alors même que l'article 68 du traité de l'Union en fait une obligation ainsi que la directive n° 2/200/CM/UEMOA du 29 juin 2000 portant adoption du Code de transparence dans la gestion des finances publiques. D'ailleurs, l'avis n° 001/2003 du 18 mars 2003 de la Cour est explicite quant à l'obligation de ce pays de créer une Cour des comptes.

¹ Voir Rapport de la 54^{ème} session ordinaire du conseil des ministres de la Communauté, p. 16.

² Cf. lettre de cessation de fonction de YAI en date du 30 mai 2005 et aussi, l'ordonnance du 2 juin 2005 où la cour elle-même constate qu'au moment où elle est en train de statuer, le bureau de Mr YAI est occupé par le nouveau commissaire.

³ Cf. SALL, *La justice...*, *op. cit.* 1^{ère} éd., 2011, p. 47.

Devant un tel spectacle, l'espoir a peu de place, mais les armes aux mains du juge pour replacer le droit au cœur du processus de l'intégration restent nombreuses. Justement, l'une d'elles, qui contribuerait par la même occasion de conjurer les habitudes mimétiques jurisprudentielles est que les Cours usent de leur qualité de jurisconsultes à travers les avis qu'elles rendent.

B. LE JUGE COMMUNAUTAIRE JOUE UN ROLE DE JURISCONSULTE¹

Selon l'article 96 de la charte des Nations unies, *l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peut demander à la Cour internationale de justice un avis consultatif sur toute question juridique. Tous autres organes de l'Organisation et institutions spécialisées qui peuvent, à un moment quelconque, recevoir de l'Assemblée générale une autorisation à cet effet ont également le droit de demander à la Cour des avis consultatifs sur des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité.* Cette faculté réservée à la Cour de l'ONU montre tout l'intérêt que la communauté internationale donne aux avis de cette instance, implicitement cet intérêt est attaché aussi à ceux des organisations sous régionales s'inscrivant dans le sillage de l'organisation mondiale. Il est dès lors possible de dire qu'un avis consultatif peut se définir comme une opinion émise par une juridiction internationale à la demande d'un organe qualifié à cet effet pour éclairer cet organe sur une question juridique².

En réalité, il s'agit pour cette Cour internationale de contribuer à éclairer les aspects juridiques des actions politiques des organes qui le

¹ Pour cette question en général, voir Alain ONDOUA et David SZYMCZAK (dir.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Pedone, coll. Contentieux International, juin 2009, 166 p.

² Voir J. SALMON (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 116 ; et aussi p. 17, Georges ABI-SAAB, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale : étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en œuvre*, A. Pedone, 1967, 280 p.

saisissent (en l'occurrence l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité). Elle assure ainsi une prééminence au droit international par son affermissement et son ancrage dans la pratique des acteurs internationaux. Il n'est pas faux dans ce cas de prendre le parti de l'opinion de Robert Kolb, la fonction consultative est par conséquent étroitement liée au projet du début du XX^{ème} siècle consistant à assurer la paix et la coopération internationale par le droit (« la paix par le droit »)¹. Et ce, même s'il est clair que cet apport est modeste car la Cour internationale ne peut s'auto saisir. Il n'en demeure pas moins que, pour elle, cette activité est aussi importante que celle contentieuse car, dans les deux cas, elle est appelée à identifier leur champ d'application abstrait, leur application à des situations concrètes ou les conséquences juridiques qui découlent de leur application².

Mais, il est important de lever tout de suite le doute de la saisine obligatoire de la Cour en matière consultative, car dans certains cas cette faculté (donc permission et non obligation) peut très vite se transformer en devoir obligatoire si cela est déterminé par une norme allant dans ce sens. Ainsi, par exemple, en vertu de l'article VIII, section 30, de la convention sur les privilèges et immunités des Nations unies (1946),

¹ Voir Robert KOLB, *La Cour internationale de Justice*, éd. A. Pedone, mars 2014, 1358 p. Extraits disponibles sur www.pedone.info/cij/01-CIJ-.pdf, consulté le 9 novembre 2022.

² Cf. ABI-SAAB, *Les exceptions...*, *op. cit.* p. 71. À l'origine de la Cour, certains avaient eu peur que cette fonction consultative n'altère l'office de la Cour, c'est alors que les rédacteurs du pacte de la SDN avaient abandonné un texte prévu dans un projet affirmant que la Cour 'avisera sur...' ('advise upon...'), en remplaçant ces mots par les suivants : 'donnera aussi des avis consultatifs...' ('may also give an advisory opinion'). Cf. J. M. YEPES et P. DA SILVA, *Commentaire théorique et pratique du Pacte de la Société des Nations*, t. II, Paris, 1935, p. 123. Cité par KOLB, *op. cit.*

l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité se trouvera dans l'obligation de demander un avis consultatif dans les termes suivants: « Si un différend surgit entre l'ONU d'une part et un État membre d'autre part [sur l'interprétation ou l'application de la Convention] un avis consultatif sur tout point de droit soulevé sera demandé en conformité de l'article 96 de la charte et de l'article 65 du statut de la Cour. L'avis de la Cour sera accepté par les parties comme décisif ». De même, en vertu de l'article IX¹, section 32, de la convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées des Nations unies (1947), celles-ci sont dans l'obligation de demander un avis consultatif à la CIJ sur tout point de droit soulevé dans un différend entre elles et un État membre à propos de cette convention. Il s'agit d'un mécanisme de règlement des différends obligatoire, l'avis de la Cour étant revêtu d'effet de la chose jugée, c'est-à-dire de force contraignante et exécutoire entre les parties. *Dans ce type de cas, l'Organisation, l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité et l'institution spécialisée, se sont d'avance liés à cette obligation. Il en serait de même s'ils avaient assumé des engagements ad hoc, par exemple par voie de promesses juridiquement contraignantes. Mis à part de tels devoirs issus du droit particulier, une obligation de saisine pour avis consultatif n'existe pas. Mais la Cour ne peut en aucun cas se saisir proprio motu si le sujet concerné refuse d'honorer l'obligation qui pèse sur lui. Il n'est pas superfétatoire de rappeler ici l'opinion du maître George Scelle à propos de la possible obligation que peut revêtir les avis, pour lui, quant à la force obligatoire..., il est vrai que le droit positif... n'a pas voulu la conférer à l'avis*

¹ Cf. article IX, section 32 : « ... Si un différend surgit entre une des institutions spécialisées d'une part, et un État membre d'autre part, un avis consultatif sur tout point de droit soulevé sera demandé en conformité de l'article 96 de la charte et de l'article 65 du statut, ainsi que des dispositions correspondantes des accords conclus entre les Nations unies et l'institution spécialisée intéressée. L'avis de la Cour sera accepté par les parties comme décisif ».

consultatif, mais nous professons que le droit positif ne fait pas toujours ce qu'il veut, et qu'il ne peut pas impunément se mettre en contradiction avec le droit immanent. Or il est inadmissible que, dans une organisation sociale, le droit constitutif ou constitutionnel... puisse à la fois conférer à un organe social compétence pour dire le droit, et déclarer qu'une fois le droit dit, il ne sera pas obligatoire ! Il est contradictoire, par conséquent techniquement impossible, de déclarer que le sujet de droit (en l'espèce les gouvernants), lorsqu'il sait quel est le droit dans un cas concret, puisse refuser de s'y plier. Le droit positif peut donc bien dire qu'il s'abstiendra d'exiger le respect du droit, mais il ne peut pas dire que le droit n'est pas obligatoire. Un acte de juridiction ne peut pas être fait en blanc¹. Bref, l'importance accordée aux avis des juridictions internationales ne fait aucun doute.

Pour leur part, l'UEMOA et la CEDEAO ont prévu que leur Cour de justice ait la faculté de se prononcer à l'issue d'une saisine pour avis. Ce pouvoir appartient chez le premier à la Commission, au Conseil des ministres et à la Conférence des chefs d'État et de gouvernement, et bien

¹ Cf. G. SCELLE, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI* 1933-IV, vol. 46, p. 581. Cité par SALL, *La justice*, *op. cit.* p. 40.

sûr, à tout État membre¹, et dans le second cas, la Conférence, le Conseil, un ou plusieurs États et le président de la Commission².

La première remarque pouvant être portée sur l'activité de juristes des deux Cours ouest africaines est leur rareté. En effet, *il existe dix avis sur trente décisions du juge de l'UEMOA et un seul avis sur vingt-cinq du juge CEDEAO*³. Ce qui ne rentre pas dans le même *acabit* de la pratique internationale comme on l'a vu plus haut. Ce manque d'intérêt pour la pratique du questionnement consultatif des juridictions des organisations sous régionales ouest africaines ne contribue en rien à l'épanouissement de la jurisprudence, *il est fort souhaitable que les juges de la communauté aient au moins de temps à autres le loisir de délivrer des oracles abstraction faite de tout différend*. Du fait que cette rareté constitue un tourment, le juge de l'UEMOA, n'a pas manqué de saisir une occasion (qui, rappelons-le, violait la procédure) pour affirmer la primauté du droit de l'Union sur celui des États membres, l'avis de 1996, en l'occurrence.

¹ Cf. article 15-7 du règlement de procédure : « La Cour peut émettre des avis et des recommandations sur tout projet de texte soumis par la Commission. Le Conseil des Ministres, la Commission ou un État membre, peut recueillir l'avis de la Cour sur la compatibilité d'un accord international existant, ou en voie de négociation, avec les dispositions du Traité de l'UEMOA. Lorsqu'elle est saisie par la Commission, le Conseil des Ministres, la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, ou un État membre, la Cour peut émettre un avis, sur toute difficulté rencontrée dans l'application ou l'interprétation des actes relevant du droit communautaire... ». Voir aussi l'article 27 des statuts de la Cour.

² Cf. article 11 du protocole de 1991 tel que modifié par le protocole de 2005 : « La Cour peut, lorsqu'elle est saisie par la Conférence, le Conseil ou par un ou plusieurs États Membres ou par le Secrétaire Exécutif et toute autre institution de la Communauté, émettre à titre consultatif, un avis juridique sur des questions qui requièrent l'interprétation des dispositions du traité... ».

³ Ces données sont issues de l'ouvrage du professeur SALL, *La justice..., op. cit.*, éd. 2018, p. 24-27.

La liberté dont jouit le juge quand il donne un avis, où il est moins enfermé dans les données de l'affaire comme ce l'eût été dans un contentieux, est un excellent moyen pour lui de poser certains principes du droit dont il est le garant. N'est-ce pas dans l'avis sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*¹ que la CIJ a posé l'existence d'une personnalité juridique pour les organisations internationales ? C'est cette même personnalité, qui a permis, plus tard, de créer des organisations comme l'UEMOA et la CEDEAO. Il est dès lors incompréhensible que cette saisine ne fasse pas droit de cité dans une jurisprudence naissante. Et pire encore, il semble, à l'analyse des rares décisions s'y rapportant, que les acteurs, c'est-à-dire ceux qui ont la latitude de saisir la Cour pour avis se méprennent quant aux dispositions applicables en la matière, tant certains éléments factuels de leurs arguments se trouvent tout à fait à l'opposé d'une pratique saine de la procédure devant le juge sous régional qui est les leur.

L'avis que le juge de l'UEMOA a donné le 22 mars 1999 sur une question que la Commission lui avait adressée par rapport à l'interprétation de l'article 84 du traité en est un bel exemple. En fait, la Commission ne servait que d'intermédiaire entre la Cour et le Conseil des

¹ Cf. C. I. J. *Recueil* 1949. p. 174 : « ... Par conséquent, la question qui se pose est celle de savoir si l'Organisation a qualité pour présenter une réclamation contre l'État défendeur afin d'obtenir réparation à raison de ce dommage, ou si, au contraire, cet État, s'il n'est pas membre de l'Organisation, est fondé à objecter que la qualité pour présenter une réclamation internationale fait défaut à l'organisation. À cet égard, la Cour est d'avis que cinquante États, représentant une très large majorité des membres de la communauté internationale, avaient le pouvoir, conformément au droit international, de créer une entité possédant une personnalité internationale objective -et non pas simplement une personnalité reconnue par eux seuls- ainsi que la qualité de présenter des réclamations internationales... ».

ministres qui voulait cet éclairage juridique. L'étonnement ne peut que s'accroître quand la lecture de l'article 15-7 du règlement de procédure de la Cour donne ce pouvoir au Conseil lui-même de saisir directement la Cour. Alors, la question qui est de savoir pourquoi il a loué les services de la Commission pour exercer un droit que lui-même possède, parce qu'étant l'auteur du règlement de procédures en question, ne peut manquer de se poser.

Dans une vision optimiste des choses, comme le pensent certains auteurs, l'on pourrait cependant l'expliquer par des considérations purement pratiques : siégeant dans la même ville que l'organe judiciaire, étant elle-même un organe dont le fonctionnement est permanent et non intermittent, ... la Commission était sans doute plus disposée que l'instance ministérielle pour effectuer cette diligence.

Il en a été de même pour l'avis du 18 mars 2003 où la République du Mali passe par la Commission pour interpréter la directive l'obligeant à se doter d'une Cour des comptes autonome. Il est évident, là aussi, qu'en tant qu'État membre, ce pays avait toute la faculté de saisir lui-même la Cour pour l'obtention de son éclairage. La chose est incompréhensible. Pourquoi des entités qui ont des droits se reposent sur une institution pour requérir les services de la Cour ? La question n'est pour le moment pas répondue... et l'on se doit de caresser l'espoir que de telles pratiques ne deviennent une coutume, des lois non écrites de cette organisation. Auquel cas tout espoir d'une intégration par le droit prend un sérieux coup de revers.

Mais la réalité des choses ne peut manquer de donner des sueurs froides, vu le rôle important que le Conseil joue dans l'équilibre institutionnel de l'Union. Soit le Conseil considère que ce droit est altérant pour son office, auquel cas il le délègue, soit les États se *méprennent* entièrement et ignorent *royalement* un droit que les textes de l'Union leur ont gracieusement conféré. La chose augure un désintérêt de la part des États et participe par-là à réduire la fourchette des possibles requérants de

la Cour (quand on compte avec les personnes physiques). En plus, ce faisant la commission ne vise pas l'acte qui l'habilite à exercer cette représentation qu'elle fait des États.

L'on pourrait dire que le regard de l'observateur vers la Cour de la CEDEAO pourra être comblé des effets inquiétants de la pratique de l'UEMOA, mais l'affaire Pr Etim Moses met fin brutalement à ce rêve rendu utopique par les faits. En effet, la Gambie, État défendeur, s'était imaginée avoir la possibilité d'interjeter appel de la décision de la Cour. Un tel recours est tout simplement inconnu du droit communautaire. Une telle demande de la part d'un État membre touche les limites de la surprise et rappelle l'urgence de la pédagogie du droit communautaire à toutes les sphères de la société.

La surprise existe aussi dans l'affaire Dame KORAOU où le Niger invoque une exception de litispendance¹, parce que l'affaire pendait toujours devant les tribunaux de ce pays², alors même que la lecture de l'article 10 du protocole de 2005 de la Communauté montre pourtant que le cas sur lequel l'avis porte ne répondait pas aux exigences de litispendance que cette Cour reconnaît. Toute chose qui laisserait penser

¹ En France, par exemple, l'exception de litispendance internationale, suppose qu'une procédure ou instance est déjà engagée (ou pendante) devant un Tribunal étranger également compétent, si bien que le Juge saisi en second doit se déclarer incompétent au profit de la juridiction étrangère première saisie. Une limite est posée par la Cour de cassation : la décision étrangère ne doit pas être contraire à l'ordre public international, à défaut de quoi, elle ne sera pas reconnue. Voir <http://www.legavox.fr/blog/maitre-haddad-sabine/litispendance-internationale-procedure-divorce-principe-10415.htm#.U9MGg-MhCrY>, consulté le 9 novembre 2022. Mais l'article 10 du protocole de 2005 de la CEDEAO dit en point (ii) ne sera pas portée devant la Cour de justice de la Communauté lorsqu'elle a déjà été portée devant une autre Cour internationale compétente

² Cette affaire avait connu sur le plan national un procès civil et un autre pénal.

une existence d'exception non *de jure* mais *de lege ferenda*¹. Et mieux, au lieu de le faire par la procédure normale, l'État nigérien demande à la Cour de combler ce qui serait selon lui un vide juridique (tout en reconnaissant que la condition de l'épuisement des voies de recours internes ne figure pas parmi les conditions de recevabilité des cas de violation des droits de l'homme devant la Cour, la république du Niger considère cette absence comme une lacune que la pratique de la Cour devrait combler. Et que de ce fait la Cour ne peut connaître de l'affaire parce qu'elle est en instance devant les juridictions nationales du pays).

Enfin, il est à regretter que les observations faites ci-dessus de la pratique de la Cour, des institutions de la Communauté et des pays membres ne favorisent guère l'émergence d'un droit communautaire. Mais il reste à parier qu'avec le temps ces disfonctionnements s'estomperont peu à peu, comme cela l'a été ailleurs², pour que

¹ Cf. SALL, *La justice...*, *op. cit.*, p. 41. Expression qui signifie littéralement : "selon la loi à proposer", c'est-à-dire en se référant à la loi telle que l'on souhaiterait qu'elle soit faite. Le *de lege ferenda* définit la position du juriste, le jugement de valeur qu'il porte sur une règle du droit pour en suggérer et en formuler la réforme qui lui paraît nécessaire. Voir <http://www.locutio.net/modules.php?name=Encyclopedia&op=content&tid=6611>

² KOLB dit de la CIJ, à l'époque de sa jeunesse et où elle cherchait une identité jurisprudentielle que *tout juge et tout arbitre cherche à préserver la cohérence de la jurisprudence, qui est l'une des marques du droit et qui assure la sécurité juridique. Ce souci est particulièrement marqué dans une juridiction permanente et jeune. Sa mission est axée sur l'articulation d'une jurisprudence et sur le développement concomitant du droit. Si l'unité jurisprudentielle est l'apanage et l'acquis essentiel des juridictions permanentes, celles-ci doivent tout particulièrement veiller à la préserver. Dès lors, des méthodes d'interprétation particulières existent pour déterminer les précédents pertinents et leur poids respectif. Cette donnée constitutionnelle du stare jurisprudentiis (expression latine signifiant : rester sur sa jurisprudence) est la force de gravitation majeure*

l'intégration par le biais du droit devienne une réalité en Afrique de l'Ouest.

Il reste un autre volet à explorer dans ce droit de la Communauté ouest-africaine, c'est le rapport qu'il entretient avec les juges nationaux.

II. LE JUGE NATIONAL COMPLETE LES ŒUVRES DU JUGE COMMUNAUTAIRE

L'on s'en doute certainement, l'application du droit communautaire passe par les États membres, par les rapports quotidiens que les citoyens des différents États entretiennent entre eux. Il est dès lors compréhensible que le juge national ait son mot à dire dans ce domaine, le droit communautaire se devait d'être respectueux des entités souveraines que sont les États. Mais, à l'analyse, il est clair que laissée aux seuls juges nationaux cette lourde tâche d'appliquer le droit communautaire dans le magistère qui est le leur équivaldrait à leur laisser les mains libres pour interpréter ce dernier droit. Or, *cela est évident qu'on serait vite arrivé à autant d'interprétations qu'il y a de juges, donc d'États membres. C'est la raison pour laquelle la procédure de renvoi préjudiciel a été imaginé par les rédacteurs des textes de l'UE pour ne pas laisser trop libre le juge national et de circonscrire l'action et le rôle du juge communautaire, de sorte qu'il ne se sente pas être un juge suprême de cassation. Ainsi fait, le juge communautaire a la fonction d'interprétation objective (interprétation du droit de l'UE et appréciation de la validité des actes institutionnels), le juge national, la fonction d'application concrète du droit communautaire interprété et validé par le premier dans la solution des litiges dont il est saisi tous les jours¹. Il*

dans l'approche que la Cour a envers ses propres précédents, in KOLB op. cit. p. 1183.

¹ Cf. ISAAC et BLANQUET, *op. cit.*, p. 494. Voir aussi l'article 267 TFUE : « dans le cadre très particulier de la coopération judiciaire (...), juridiction

est, alors, possible de dire que le système judiciaire ainsi créé ne réside pas exclusivement dans la Cour de justice mais dans un *ensemble juridictionnel plus vaste qui englobe les juridictions des États membres et la Cour de justice*¹. C'est ce qui ressort de la lecture de l'article 267 TFUE (ex-article 234 CE)² qui a permis au juge Lecourt de dire que *tout juge national est aussi juge communautaire. Il l'est même, dans un certain sens, plus*

nationale et Cour de justice, dans l'ordre de leurs compétences propres, sont appelées à contribuer directement et réciproquement à l'élaboration d'une décision en vue d'assurer l'application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres », *In* affaire SCHWARZE, 1^{er} décembre 1965, aff. 16/65, *Rec.* 1094.

¹ Comme en témoignent ces propos : « sous réserve des compétences attribuées à la Cour de justice de l'UE par les traités, les litiges auxquels l'Union est partie ne sont pas, de ce fait, soustraits à la compétence des juridictions nationales » cf. art. 274 TFUE sur lequel le juge UE s'est basé pour dire que *cette disposition confie aux juridictions nationales la compétence de droit commun pour connaître des litiges auxquels la communauté est partie...*, *In* arrêt du Tribunal du 16 décembre 2010, affaire Systran et Systran Luxembourg, aff.T-19/07, np.

² « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : (a) sur l'interprétation des traités, (b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

*naturellement que la Cour dont la compétence est seulement d'attribution*¹. Cette idée est reprise aussi par la Cour² et le traité UE.

Donc, sans doute, le renvoi préjudiciel est un mécanisme de coopération judiciaire entre le juge communautaire et le juge national pour une application uniforme du droit de la communauté dans tous les

¹ Robert LECOURT, *L'Europe des juges*, p. 9, Bruxelles, Bruylant, coll. *Droit de l'Union européenne. Grands écrits* (n° 5) (réimpr.) 321 p.

² « Le traité (...) a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions, en le confiant au juge communautaire (...), il incombe aux États membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective », voir arrêt du 25 juillet 2002, *Union de Pequenos Agricultores c. Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.* I-6677. Cette idée est l'entendement que la Cour se fait de l'article 19, §1 du TUE : « La Cour de justice de l'UE comprend désormais la Cour de justice, le tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'union ».

États membres¹. A travers lui, le juge national prononce un sursis à statuer et interroge la Cour de justice de la communauté sur l'interprétation ou la validité du droit de l'Union (ou communauté). Dans l'affaire Rheinmühlen, la CJCE avait dit que l'objet du renvoi préjudiciel est d'*assurer en toutes circonstances à ce droit (celui de l'union) le même effet dans tous les États membres de la Communauté*².

Cette même technique existe en Afrique de l'Ouest, l'UEMOA, tout comme la CEDEAO, l'ont institué. Pour la première l'article 12 du protocole additionnel 1 de l'Union précise que « La Cour de justice statue à titre préjudiciel sur l'interprétation du traité de l'Union, sur la légalité et l'interprétation des actes pris par les organes de l'Union, sur la légalité et l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, quand une juridiction nationale ou une autorité à fonction juridictionnelle est appelée à en connaître à l'occasion d'un litige. Les juridictions nationales statuant en dernier ressort sont tenues de saisir la Cour de justice. La saisine de la Cour de justice par les autres juridictions nationales ou les autorités à fonction juridictionnelle est facultative ». Et la CEDEAO dit que «... les juridictions nationales ou les parties concernées,

¹ « Le renvoi préjudiciel est, incontestablement, l'instrument premier qui a permis à la Cour de justice de l'Union européenne de dégager les caractères cardinaux du droit de l'Union, de définir les impératifs qui commandent son application, d'élucider le sens et la portée de ses règles et dispositions, et de préciser les conditions de validité de ces dernières. Dialogue judiciaire entamé à l'initiative des juridictions des États membres, la procédure du renvoi préjudiciel met en œuvre l'indispensable coopération, assise sur un partage de compétences, entre ces dernières et la Cour de justice, et permet toujours à celle-ci de préciser les prolongements et les répercussions des principes progressivement énoncés et de promouvoir l'application correcte et uniforme du droit de l'Union... ». Voir résumé de l'ouvrage de Ami BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruylant, coll. droit de l'Union européenne - Grands écrits, 2011, 284 p.

² Cf. CJCE 16 janvier 1974, Rheinmühlen, aff. 166/73, *Rec.* 33.

lorsque la Cour doit statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation du traité, des protocoles et règlements ; les juridictions nationales peuvent décider d'elles-mêmes, ou à la demande d'une des parties au différend, de porter la question devant la cour de justice de la communauté pour interprétation¹.

À la lecture de ces dispositions, des éclaircissements s'imposent. Que faut-il entendre par juridictions nationales ? Et quel sens donner à l'interprétation et au contrôle de légalité opérées par le juge communautaire ?

S'il est clair qu'un juge national, confronté à une question d'application ou d'interprétation d'une norme sous régionale, peut donc s'adresser à la Cour de justice pour obtenir un éclairage sur le point de droit en cause. Il n'en demeure pas moins qu'il faut préciser qui est ce juge. Une première lecture des articles cités ci-dessus donne déjà une idée. Il s'agit des juges qui statuent en dernier ressort, pour les autres cette option reste facultative, puisqu'en cas de problèmes leurs décisions peuvent toujours être cassées par les dernières juridictions statuant en dernier ressort. Mais par juridiction, et par manque de définition claire

¹ Cf. article 10 du protocole de 1991 tel que modifié par le protocole de 2005. Cette même règle est instituée dans toutes les CER de l'Afrique, voir, par exemple, article 17 de la convention régissant la Cour de justice de la CEMAC : « La Chambre judiciaire statue à titre préjudiciel sur l'interprétation du Traité de la C.E.M.A.C. et des Textes subséquents, sur la légalité et l'interprétation des statuts et des actes des organes de la C.E.M.A.C., quand une juridiction nationale ou un organisme à fonction juridictionnelle est appelé à en connaître à l'occasion d'un litige. En outre, chaque fois qu'une juridiction nationale ou un organisme à fonction juridictionnelle saisi de questions de droit ci-dessus doit statuer en dernier ressort, il est tenu de saisir préalablement la Chambre Judiciaire. Cette saisine devient facultative lorsque la juridiction nationale ou l'organisme à fonction juridictionnelle doit statuer à charge d'appel ».

donnée par les organisations ouest africaines, l'on peut trouver une réponse dans la jurisprudence européenne. En effet, dans l'entendement du droit communautaire cette notion de juridiction ne fait pas nécessairement écho à celle que visent généralement les Constitutions¹. La Cour de justice de l'UE retient cinq critères pour les déterminer : « l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, le caractère contradictoire de la procédure, l'application par l'organe des règles de droit, ainsi que son indépendance²»³. Il est à noter que la procédure contradictoire n'est pas exigée à tous les stades de l'affaire au prétoire, en fait, l'interprétation qu'en fait la Cour de l'UE est souple et va, parfois jusqu'à l'écarter. Pour elle ce n'est pas une exigence absolue⁴ et le fait d'entendre les parties suffit même si cela ne va pas dans le sens d'une bonne administration de la justice⁵.

Mais il ne suffit pas d'être un organe juridictionnel, les critères dégagés par la cour de Luxembourg font apparaître aussi la nécessité de statuer dans le cadre d'une fonction juridictionnelle. C'est-à-dire qu'il faut que sa décision revête le caractère juridictionnel par la sanction pour non-

¹ Par exemple l'article 81 de la Constitution du Mali dit que *le pouvoir judiciaire est indépendant des pouvoirs exécutif et législatif. Il s'exerce par la Cour Suprême et les autres Cours et Tribunaux*. Cette définition se trouve pour la France dans l'article 66 de sa constitution.

² Pour le critère d'indépendance voir CJCE 30 mars 1993, Corbiau, aff. C-24/92, *Rec. I-1277*.

³ Voir l'arrêt CJCE., aff. 61-65, 30 juin 1966, *Veuve G. Vaassen-Göbbels c. Direction du Beambtenfondsvoor het Mijnbedrijf*, *Rec. 1966*, p. 377, p. 394-395 ; voir Olivier DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, pp. 9-10, point 10, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 1028 p.

⁴ Voir CJCE 17 septembre 1997, Dorsch Consult, aff. C-54/96, *Rec. I-4961*.

⁵ Voir CJCE, 17 mai 1994, Corsica Ferries, aff. C-18/93, *Rec. I-1783*.

respect du droit¹. Des cas spécifiques sont à entrevoir pour les instances d'arbitrage, les autorités nationales en matière de concurrence et les juridictions constitutionnelles² dont les spécificités rendent aléatoires leur capacité de saisine et tributaire de conditions propres à leur statut.

En conséquence, il convient d'écarter une conception restrictive de la notion de «juge national» ou de juridiction et admettre qu'elle puisse par exemple comprendre une autorité administrative qui aurait la tâche de mettre en œuvre certaines normes judiciaires de l'Union. Qu'il s'agisse d'une autorité judiciaire ou administrative ou de tout autre type, du moment où dans son magistère elle jouit de prérogatives juridictionnelles, il lui revient, alors, en tant que «juge national» d'assurer l'effectivité du droit de l'Union³. Cela étant, une fois les détenteurs du droit de renvoyer *préjudiciellement* reconnus, il est intéressant de savoir l'exercice auquel va se livrer le juge communautaire. Les textes de l'UEMOA, de la CEDEAO et même de l'UE parlent tous d'interprétation et de contrôle de légalité des actes communautaires.

Par interprétation il faut entendre *tout ce qui est nécessaire pour garantir* le même entendement et la même application du droit de l'Union dans tous ses États membres. Dans de nombreuses affaires qu'il a eu à

¹ Voir les arrêts, 12 novembre 1969, Stauder, aff. 29/69, Rec. 419 ; 24 mai 1977, Hoffmann-La Roche, aff. 107/76, Rec. 957 ; 21 février 1974, Birra-Dreher, aff. 162/73, Rec. 201. Voir aussi ISAAC et BLANQUET, *op. cit.* p. 646.

² Pour une vision générale de ces spécifiés voir ISAAC et BLANQUET, *op. cit.*, p. 646-647.

³ Pour une étude détaillée de la conception européenne du juge national dans la coopération judiciaire avec le juge communautaire, voir Marjolaine ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen, du marché intérieur à la coopération civile*, Thèse pour le doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 9 décembre 2011, Université de Paris Ouest-Nanterre-La défense, UFR de droit et science politique, 587 p.

connaître, le juge de l'UE a été amené au titre de l'interprétation à laquelle il s'est livré dans le cadre de renvoi préjudiciel

-à préciser le sens et la portée des dispositions du droit de l'Union et des notions que ces dispositions visent implicitement ou expressément ;

-à déterminer si une disposition de droit de l'union se réfère, pour le sens d'une notion qu'elle invoque, à la législation de tel État membre ou à celle d'un autre ;

-à déterminer si la réglementation de l'union peut ou doit être précisée ou complétée par les législations nationales ;

-à déterminer à partir de quel moment une norme est applicable, c'est-à-dire préciser ses effets dans le temps ;

-à déterminer le champ d'application territorial et personnel du droit de l'union, par exemple si le régime de la concurrence s'applique aussi aux entreprises qui ont leur siège social hors de l'union ;

-à décider si une disposition du droit de l'union a ou non un effet direct (voir 377 de blanquet) ;

-à préciser la portée et notamment la primauté du droit de l'union dans l'ordre juridique interne des États membres.

Mais la pratique a montré, plus d'une fois, que cette interprétation devrait rester abstraite en vertu du respect du principe de séparation juridictionnelle entre le juge communautaire et le juge national. L'application est seulement l'affaire du juge national devant lequel l'affaire est pendante. Cependant, dans un souci de ne pas enfermer son interprétation dans *un abstrait académique*, le juge communautaire se doit d'être suffisamment clair pour permettre au juge national de pouvoir appliquer la norme, raison pour laquelle les faits de l'affaire lui sont exposés avec une qualification juridique¹.

¹ Voir par exemple CJCE 27 mars 1963, Da Costa, aff. 28-30/62, *Rec.* 59 ; 18 juin 1975, IGAV, aff. 94/74, *Rec.* 712 ; 28 mars 1979, ICAP, aff. 222/78, *Rec.* 1163. Toutes cités par ISAAC et BLANQUET, *op. cit.*, p. 642.

Ensuite il a été explicité *supra* que le juge communautaire opère un contrôle de la légalité, donc de validité des actes des organes de l'organisation dont il est le garant de l'application de la règle de droit. Ce *contentieux de la légalité* est proche du recours en annulation dont il a été question plus haut. En fait, ce procédé est un palliatif offert aux particuliers pour faire annuler les actes qui leurs sont préjudiciables. *C'est là qu'entre en jeu tout l'intérêt du renvoi préjudiciel. Le postulat-même que le renvoi préjudiciel participe à la complémentarité des voies de recours de l'Union est un élément qui affecte la protection juridictionnelle des individus. En effet, à partir du moment où le justiciable ne pouvait utiliser le recours en annulation directement devant la cour communautaire, il devrait obtenir une protection juridictionnelle de ses droits grâce au renvoi préjudiciel. Le renvoi apparaît donc comme une solution adéquate au maintien de l'effectivité de la protection juridictionnelle des individus*¹.

Là aussi le juge communautaire n'est pas habilité à tirer les conséquences sur le plan national de la déclaration d'invalidité qu'il pourra prononcer à l'issue d'un tel renvoi. Tout au plus il *peut s'autoriser à en préciser les conséquences et à définir ses effets dans le temps*², à réserver aux seules institutions de la communauté le soin d'en tirer les conséquences en

¹ Voir G. JURGELAITIENÉ, K. SIMANSKIS, « Le renvoi préjudiciel dans un système des contentieux communautaires peut-il être un remède au déséquilibre de protection juridictionnelle à l'égard des requérants individuels ? », *Current issues of business and law*, vol. 3, 2009, p. 179. Cite par JULIE KAPRIELIAN, assistante en droit européen, Université du Luxembourg, In « Le renvoi préjudiciel en droit de l'Union : un mécanisme assurant la protection juridictionnelle effective des individus ? » *Jurisdoctoria* n° 6, 2011, pp. 75-98, disponible sur https://old.jurisdoctoria.net/pdf/numero6/aut6_KAPRIELIAN.pdf, consulté le 9 novembre 2022.

² CJCE 27 février 1985, Société des produits de maïs, aff. 112/83, *Rec.* 719.

*prenant les mesures appropriées pour faire disparaître l'illégalité constatée¹ ou de définir le régime intérimaire qui doit être appliqué dans l'attente de ces mesures appropriées². Pour sa part le juge national en recevant cette déclaration d'illégalité se réserve le droit de donner suite à l'exception d'illégalité en écartant son application de l'affaire pendante pour laquelle il a requis un éclairage du juge communautaire. Il peut même annuler l'acte national pris en application de l'acte communautaire *illégal* et prescrire des réparations pour dommages causés³.*

Donc il est permis de dire que la procédure de renvoi préjudiciel permet au juge communautaire, sur demande du juge national, d'interpréter les normes de la communauté sans les appliquer, de contrôler leur légalité sans en tirer les conséquences ; et surtout s'appuyer sur son confrère national, comme filtre (A), pour s'assurer de l'application uniforme du droit de la communauté (B), partout, dans tous les États membres de la communauté dont il garde sain et sauf la législation.

A. Le juge national constitue un filtre au droit communautaire

Parler du rôle de filtre du juge national par rapport aux interprétations du juge communautaire revient à s'intéresser aux effets de ces interprétations. En fait ces effets sont de deux ordres, ceux de l'interprétation et ceux de l'invalidité des actes communautaires.

Pour les premiers, la coopération qui se doit d'être entre la communauté et les États membres, fait que les juges nationaux, pour leur part, écartent l'application de la norme invalidée, et subséquemment, les autorités du pays en question, dans leur ensemble veillent à l'élimination

¹ CJCE 19 octobre 1977, Moulins et huileries de Pont-à-Mousson, aff. 124/76, *Rec.* 1975.

² CJCE 29 juin 1988, Van Landshoot, aff. 300/86, *Rec.* 3443

³ Pour des informations détaillées voir DAILLIER, FORTEAU et PELLET *op. cit.* p. 773 et 1017.

pure et simple des instruments nationaux se basant sur cette norme communautaire. Toujours est-il que si elles ne le font pas, tout juge national a l'obligation de toujours évincer l'instrument national en question quand il lui est présenté devant un contentieux pendant devant lui. Un tel refus de la part des autorités nationales peut conduire à une saisine de l'État membre pour manquement à ses obligations communautaires. Et cela est valable pour tous les autres États membres. Tout de même une question demeure, la juridiction nationale peut-elle à nouveau demander au juge communautaire de se prononcer sur une question qu'elle aurait eu l'occasion de trancher ?

Une jurisprudence au moins de l'UE y est favorable et, mieux, ne serait-ce pas là le moyen d'offrir à la Cour communautaire de pouvoir revenir sur certaines décisions qu'elle aurait prises, le contexte et les évolutions de la société lui échappant, lui permettre d'effectuer des revirements jurisprudentiels. En fait, Malgré le caractère contraignant de la procédure préjudicielle, la juridiction nationale peut poser une deuxième question préjudicielle relative à la même affaire¹. Cette faculté se justifie par le fait que le juge national dans une autre affaire ayant des contours différents peut avoir des doutes sur l'étendue et éventuellement

¹ Cf. CJCE 24 juin 1969, *Affaire 29/68, Milch, Fettunder Eierkontor*, points 2-3 : « (2) Attendu que le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne allègue que les questions 1 a, 1 b, 2 a, 2 b, 2 c et 5 seraient irrecevables; Qu'il fait valoir que la Cour aurait déjà répondu à ces questions dans son arrêt préjudiciel du 4 avril 1968 rendu dans l'affaire 25 67, sur une demande présentée par la même juridiction dans le même litige au principal; Que les arrêts rendus par la Cour en vertu de l'article 177 seraient obligatoires pour les juridictions nationales saisies du litige dans lequel ces décisions sont intervenues. (3) Attendu que l'interprétation donnée par la Cour de justice lie ces juridictions mais qu'il leur appartient de juger si elles sont suffisamment éclairées par la décision préjudicielle rendue, ou s'il est nécessaire de saisir de nouveau la Cour... ».

les conséquences d'une nullité établie précédemment, il est, alors, libre de poser à nouveau une question à la Cour de justice¹.

Pour les renvois en contrôle de légalité, le principe est le même que pour l'interprétation. L'autre point commun entre les deux types est que quand ils sont posés, en principe ils rétroagissent. Cette rétroactivité a pour but, dans l'intérêt des justiciables, de donner aux juridictions nationales la possibilité de rendre inopposable à la situation à l'origine du litige, un acte invalide. Mais exceptionnellement, il peut arriver que l'invalidité de l'acte ne vaille que pour l'avenir lorsqu'elle mettrait en jeu la sécurité juridique de la communauté, nonobstant l'ouverture qu'un tel recours donne aux particuliers pour être indemnisé des dommages qu'ils auraient subis pendant que l'acte existait encore². De par cette prérogative, le juge national est un vrai filtre à l'usage du juge

¹Arrêt du 13 mai 1981, *International Chemical Corporation / Amministrazione delle finanze dello Stato* (66/80, *Rec.* 1981 p. 119, point 18 : « (A) qu'un arrêt de la Cour constatant en vertu de l'article 177 du Traité l'invalidité d'un acte d'une institution, en particulier d'un règlement du Conseil ou de la Commission, bien qu'il ne soit adressé directement qu'au juge qui a saisi la Cour, constitue une raison suffisante pour tout autre juge de considérer cet acte comme non valide pour les besoins d'une décision qu'il doit rendre ; Cette constatation n'ayant cependant pas pour effet d'enlever aux juridictions nationales la compétence que leur reconnaît l'article 177 du traité, il appartient à ces juridictions d'apprécier l'existence d'un intérêt à soulever à nouveau une question déjà tranchée par la Cour dans le cas où celle-ci a constaté précédemment l'invalidité d'un acte d'une institution de la Communauté. Un tel intérêt pourrait notamment exister s'il subsistait des questions relatives aux motifs, à l'étendue et éventuellement aux conséquences de l'invalidité précédemment établie... »

² Cf. arrêt du 8 avril 1976, *Defrenne / SABENA* (43/75, *Rec.* 1976 p. 455), point 75 : « qu'en conséquence, l'effet direct de l'article 119 ne peut être invoqué à l'appui de revendications relatives à des périodes de rémunération antérieures à la date du présent arrêt, sauf en ce qui concerne les travailleurs qui ont introduit antérieurement un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente... ».

communautaire quant à l'application du droit de l'union. Le rôle du juge national s'accroît avec ce procédé et fait de lui le vrai juge de droit commun des normes communautaires.

B. Le juge national, clé de voûte de l'application des décisions communautaires

La clé de voûte que constitue le juge national se trouve affirmée dans l'arrêt De Geus du 6 avril 1962 où il est indiqué que le juge national est maître du litige au principal et est seul habilité à pouvoir appliquer et interpréter le droit national sans recours aux règles d'organisation et de procédure communautaires¹.

Son rôle est accru du fait qu'il connaît en premier et en dernier tous les litiges pouvant faire intervenir le droit communautaire sur le plan national. Le fait que les traités fondateurs de celui-ci l'obligent à choisir, à chaque fois que c'est le cas, le droit communautaire au détriment du droit national le prouve à souhait. Le non-respect de ces prescriptions légales entraîne la condamnation en manquement de l'État du juge national concerné, pour faute ou même sans faute, prononcée par le juge communautaire.

Le juge national veille ainsi à la suprématie du droit communautaire sur le droit national en s'appuyant sur le principe d'effet direct de celui-

¹ Cf. p. 112 de Fipa Nguemjo JACQUES, *Le rôle des juridictions supranationales de la CEMAC et de l'OHADA dans l'intégration des droits communautaires par les États membres*, Thèse de Doctorat en droit, soutenue le 04 juillet 2011, Université Panthéon-Assas, 488 p. Joël RIDEAU disait du juge national, qu'*il est dans l'ensemble communautaire, l'autorité la mieux en mesure d'assurer la pleine efficacité de cette modalité fondamentale de l'impact du droit européen dans les ordres juridiques nationaux*. Joël RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire » *AFDI*, 1972, p. 883.

ci¹. Ce principe sacré du droit communautaire a un corollaire pour le juge national en ce sens qu'il doit appliquer un droit qu'il ne connaît pas forcément. C'est la raison pour laquelle le principe préjudiciel lui est aménagé.

Quelle application est faite du renvoi préjudiciel par le juge ouest africain ?

¹ Il est important à ce sujet de relever l'opinion d'une partie de la doctrine. *En 1967, Michel Waelbroeck a relevé notamment la décision du Conseil d'État italien admettant, avant même que la doctrine de l'effet direct n'ait été dévoilée par la Cour de justice, que l'article 31 du traité C.E.E., relatif aux restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation, puisse être invoqué par un individu (Michel WAELBROECK, « L'application du droit communautaire par le juge national », De Individuele Rechtsbescherming in de Europese Gemeenschappen, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1967, p. 170-171). En 1972, Pierre Pescatore, ancien juge à la Cour, a présenté à plusieurs magistrats en visite à la Cour de justice une communication sur « [l]es effets du droit communautaire dans la perspective du juge national » (Pierre PESCATORE, « Les effets du droit communautaire dans la perspective du juge national », Conférences et rapports, III, Luxembourg, 1972, p. 1-10). En 1983, une étude de grande ampleur sur « la fonction communautaire du juge national » a été menée par Ami Barav (Ami BARAV, La fonction communautaire du juge national du juge national, thèse sous la direction de Robert Kovar, Université Robert-Schuman (Strasbourg), 1983, p. 5-6). Aux dires d'Olivier Dubos qui a lui-même consacré sa thèse à ce sujet quelques années plus tard, « [c]ette analyse a permis de démontrer la richesse des liens entre le juge national et l'ordre juridique communautaire et a [...] souligné les implications procédurale et organique de la construction communautaire pour les juridictions nationales. Elle demeure aujourd'hui le socle de toute analyse des relations entre le droit communautaire et les juridictions nationales » (Olivier DUBOS, Les juridictions nationales, juge communautaire, Paris, Dalloz, 2001, p. 6, point 4). Ces différentes approches, non exhaustives, témoignent de l'importance du juge national dans l'insertion du droit de l'Union dans l'ordre juridique interne. Cités par Marjolaine ROCCATI, op. cit., p. 28.*

D'entrée de jeu, il est important de noter que l'UEMOA a osé aller loin dans son agencement juridique. Elle a mis en place un système audacieux qu'elle appelle de *surveillance* à l'article 14 du protocole additionnel 1. Elle y a estimé que *si, à la requête de la commission, la Cour de justice constate que, dans un pays membre, le fonctionnement insuffisant de la procédure de recours préjudiciel permet la mise en œuvre d'interprétations erronées du traité de l'union, des actes pris par les organes de l'Union ou de statuts des organismes créés par un acte du Conseil, elle notifie à la juridiction supérieure de l'État membre un arrêt établissant les interprétations exactes. Ces interprétations s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles dans l'État concerné. Ce mécanisme est proche de l'auto-saisine.* Mais il y a lieu d'avoir des doutes sur la manière de mise en œuvre de ce mécanisme. Le fonctionnement insatisfaisant auquel fait allusion l'article précité est difficilement contrôlable. Et encore faudrait-il que la Commission soit au courant de l'évolution du contentieux des États membres. Toute chose insusceptible d'arriver et donc d'hypothéquer la mise en œuvre du mécanisme.

Ensuite, il faut noter que sur les deux Cours ouest africaines, seule l'UEMOA a eu recours à la procédure de renvoi préjudiciel, et là aussi, c'est une seule fois. La rareté du recours à cette procédure montre combien le contentieux relatif au droit de l'Union est faible dans les États membres. Toute chose regrettable à l'essor du droit communautaire dans la sous-région. En l'occurrence, il s'agissait de l'arrêt du 12 janvier 2005 rendu par la Cour de Ouagadougou. C'est l'affaire qui mettait en conflit la compagnie Air France et les syndicats des agents de voyage et du tourisme du Sénégal. Et, là aussi, les circonstances de saisine du juge communautaire par le Conseil d'Etat du Sénégal *ne témoignent pas non plus d'une utilisation idoine de la technique du renvoi préjudiciel*¹. À la lecture de

¹ Cf. SALL, *La justice...*, *op. cit.*, p. 36.

l'arrêt, la première impression est que, sur les seize pages de la décision du juge de l'Union, c'est seulement vers la fin du document, dans les deux dernières pages que le juge répond à la question que le conseil sénégalais lui posait.

La question qui a été posée par le juge sénégalais ne répondait pas aussi à l'orthodoxie du renvoi préjudiciel, chose que le juge de l'union a souligné lui-même en disant que *la saisine telle qu'elle a été posée n'est pas une question préjudicielle de type classique prévue par l'article 12 du protocole additionnel 1*. Parce qu'au lieu de demander à la Cour d'interpréter la norme de l'union, le Conseil d'Etat a demandé au juge communautaire de désigner la juridiction compétente pour connaître de l'affaire pendante devant elle, étant donné qu'il existait un règlement de l'union qui imposait aux juridictions nationales de vider tous leurs contentieux concernant la concurrence et que ce genre de contentieux serait désormais connu par le juge communautaire. Il est dès lors possible de se demander pourquoi le juge de l'union n'a pas redressé la question pour rester dans les canons de son droit ? Est-ce que si la question telle qu'elle fut posée par le Conseil d'état l'était autrement, cela aurait-il contribué à ce que la jurisprudence donnée par la Cour rentre dans le cadre du bien-fondé du renvoi préjudiciel ?

La question reste pendante. Mais le bilan du renvoi préjudiciel reste mitigé sinon négatif. Inexistant à la CEDEAO et plus que rare à l'UEMOA, le renvoi préjudiciel a encore du chemin à faire dans le chantier communautaire ouest africain.

Conclusion

Les Cours de justice de l'UEMA et de la CEDEAO démontrent par leur simple existence, une volonté manifeste des Etats d'Afrique de l'Ouest d'ouvrir la voie à une judiciarisation de l'intégration dans la région et ainsi donner ses lettres de noblesse à la procédure de l'harmonisation et de l'intégration par le droit. L'analyse opérée dans cet article prouve à

suffisance que la démarche est titubante mais se raffermi au fur et à mesure que ces juridictions gagnent en maturité. Elles ont-elles mêmes intentées des actions de pédagogie en vue de faire connaître leur office d'abord des travailleurs du droit et ensuite des ressortissants de leurs ensembles géographique. Cela passe par des séminaires de formation ou de sensibilisation.

La justice de l'intégration est certes en marche, elle rencontre des difficultés auxquelles les réformes essaient d'apporter des solutions, mais l'atmosphère de crise multidimensionnelle sévissant dans la région n'est guère favorable à d'autres réformes nécessaires pour dépouiller les cours communautaires des insuffisances que plus d'un observateur leur a vu. Cependant, cela est tributaire d'une appropriation réelle des politiques et des ressortissants communautaires de leur droit, celui de l'intégration.

Enfin, il est important de mettre l'accent sur les limites de cet article, il s'inscrit dans un temps relativement court et le dynamisme de cette matière peut très rapidement entraîner des changements importants nécessitant la révision de certaines idées avancées ici.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- ABI-SAAB Georges, *Les Exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale : étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en œuvre*, A. Pedone, 1967, 280 p.
- BARAV Ami, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruylant, coll. droit de l'Union européenne - Grands écrits, 2011, 284 p.
- BOUONY L., « La Cour maghrébine de justice », *RBDI* 1993.
- BREDIN Jean-Denis, *Un Gouvernement des Juges ?*, 9 p.
- BREILLAT D., « Remarques sur la désignation des juges dans les juridictions internationales », *Mélanges J.-F. Lachaume*, Paris, DALLOZ 2007, p. 128.
- CHARPENTIER J., , *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonctions juridictionnelles*, Pedone, coll. Publications de la RGDIP, 1981, 936 p.
- DAILLIER, FORTEAU, PELLET, *Droit international public*, L.G.D.J. 2009, 8^{ème} éd., 1709 p.
- DIEYE A., « La cour de justice de la CEDEAO et les juridictions nationales des États membres : quelles relations ? » *In Actes du colloque organisé par le CREDILA, Université de Dakar, les 27 et 28 avril 2006, Les nouvelles annales africaines*, n° 1, p. 92-96.
- DONY M. et RONSE T., « Réflexions sur la spécificité du recours en carence », *CDE* 2000.593. ; J. MOLINER, « Recours en carence », *J-Cl. Europe*, fasc. 340.
- DUBOS Olivier, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, p. 9-10, point 10, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 1028 p.
- JUNYENT E. et D. R. M. BASSINGA, *Experts juristes - Consultants du Centre d'études européennes et de l'intégration (C.E.E.I.)*, Centre «EMILE

NOEL », *L'applicabilité directe de certaines dispositions du traité et du droit dérivé de l'UEMOA*, Ouagadougou, janvier 2002, 109 p.

-HAMBRO E., *La jurisprudence de la Cour internationale*, Leyde, 1952.

-IBRIGA L.M., COULIBALY A.S., SANOU D., *Droit communautaire ouest-africain*, Université de Ouagadougou, U.F.R. de Sciences juridiques et politiques, 2008 – 510p.

-ISAAC (G) et BLANQUET (M), *Droit général de l'Union européenne*, Belgique 2012, Sirey, 10^{ème} éd., 768 p.

-JACQUES Fipa Nguépjo, *Le rôle des juridictions supranationales de la CEMAC et de l'OHADA dans l'intégration des droits communautaires par les États membres*, Thèse de doctorat en droit, soutenue le 04 juillet 2011, Université Panthéon-Assas, 488 p.

-RIDEAU Joël, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire » *AFDI*, 1972, p. 883.

-JURGELAITIENÉ G., SIMANSKIS K., « Le renvoi préjudiciel dans un système des contentieux communautaires peut-il être un remède au déséquilibre de protection juridictionnelle à l'égard des requérants individuels ? », *Current issues of business and law*, vol. 3, 2009, p. 179. Cité par JULIE KAPRIELIAN, Assistante en droit européen, Université du Luxembourg, In « Le renvoi préjudiciel en droit de l'Union : un mécanisme assurant la protection juridictionnelle effective des individus ? » *Jurisdoctoria* n° 6, 2011, p. 75-98,

-KOLB Robert, *La Cour internationale de Justice*, éd. A. Pedone, mars 2014, 1358 p.

-LAMBERT Edouard, *Le Gouvernement des Juges*, réimpression de l'édition de 1921, Edition de Mars 2005, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 298 p

-LECOURT Robert, *L'Europe des juges*, p. 9, Bruxelles, Bruylant, coll. « *Droit de l'Union européenne. Grands écrits* » (n°5) (réimpr.) 321 p.

-ROCCATI Marjolaine, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen, du marché intérieur à la coopération civile*, Thèse pour le doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 9 décembre 2011, Université de Paris Ouest-Nanterre-La défense, UFR de droit et science politique, 587 p.

-MBACKE Mouhamadou Moctar, *La Cour de justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) : son organisation, ses compétences et ses règles de procédure*, éd. Juridiques africaines (EDJA), Coll. Droit communautaire africain, 1999.

-HAMIDOU Mohamadi, *L'Obligation d'agir des personnes publiques*, Thèse pour le doctorat en droit public, Présentée et soutenue publiquement le 8 avril 2005, Université des sciences sociales de Toulouse, Faculté de Droit, 562 p.

-MUNTARBHORN Vitit, « Vers un mécanisme sur les droits de l'homme dans le cadre de l'ASEAN ? » In *Droits fondamentaux*, n° 2, janvier-décembre 2002, p. 63-75.

-ONDOUA Alain, SZYMCZAK David (dir.), La fonction consultative des juridictions internationales, Pedone, coll. Contentieux International, juin 2009, 166 p.

-PESCATORE Pierre, *Les effets du droit communautaire dans la perspective du juge national*, Conférences et rapports, III, Luxembourg, 1972, p. 1-10.

-SALL Alioune, *La justice de l'intégration : réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, 2^e éd. revue, corrigée et augmentée, CREDILA, L'harmattan, 2018, p. 22 à 23.

-SALMON J. (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 116.

-TAXIL Béragère, « Méthodes d'intégration du droit international en droits internes » In "Internalisation du droit, internalisation de la justice", pp. 103-114, 3^{ème} congrès de l'AHJUCAF, 21-23 juin 2010, Cour suprême du Canada Ottawa, 193 p.

-WEIL Prosper, *Le droit international en quête de son identité : cours général de droit international public*, Vol. 237 (1992), Collected Courses/Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye.

-YOUGBARE Robert, « La nature juridique de l'acte additionnel dans le système juridique de l'UEMOA, à la lumière de l'affaire 'Yai' », in *Penant: Revue de droit des pays d'Afrique*, 2008, p. 340-362.

-ZONGO Relwendé Louis Martial, *Le dialogue unilatéral entre la Cour de justice de l'UE et la Cour de justice de l'UEMOA*, The Geneva Jean Monnet Working Papers, Université de Genève – Centre d'études juridiques européennes, 2016, 38 p.

**LA PROMULGATION DE LA LOI DANS LE NOUVEAU
CONSTITUTIONNALISME AFRICAIN : LES CAS DU BENIN, DU
CONGO, DU GABON ET DU SENEGAL**

**Cyrille GOUGBEDJI,
maître assistant en droit public,
Université de Parakou, Benin**

Résumé : Dans la répartition des pouvoirs, la promulgation est une fonction de l'exécutif national. Ainsi si le vote de la loi incombe au Parlement, sa promulgation relève de l'exécutif et le contrôle de sa constitutionnalité ressortit des compétences des organes juridictionnels. Cette articulation des fonctions aux organes est une constance dans le nouveau constitutionnalisme africain de l'ère du renouveau démocratique. Et la promulgation des lois est une étape cruciale du processus législatif.

L'examen des droits et pratiques constitutionnelles dans les Etats échantillons de cette étude à savoir le Bénin, le Congo-Brazzaville, le Gabon et le Sénégal, révèle une convergence du constitutionnalisme africain dans la recherche des moyens d'équilibrage des pouvoirs dans l'élaboration et la mise en circulation de la loi. Si la promulgation des lois est l'expression d'un pouvoir constitutionnel du président de la République, elle est bien une donnée centrifuge qui fait apparaître la mission d'autres organes constitutionnels dans l'esprit de la limitation du pouvoir par le pouvoir. A cet égard, les influences du pouvoir

parlementaire et l'instauration des fonctions de contrôle du juge constitutionnel sont les vecteurs essentiels de contre-pouvoirs à la promulgation des lois.

Partant, le nouveau constitutionnalisme africain fait du juge constitutionnel la clef de voûte du système démocratique. Il intervient dans l'arène des pouvoirs politiques pour contrôler la conformité de leurs actes à la Constitution. Ainsi, en matière de promulgation de la loi, le juge constitutionnel est sollicité tantôt par le chef de l'Etat censé promulguer la loi tantôt par les parlementaires pour vaincre la résistance à la promulgation qui pourrait être notée à des moments donnés. Ce faisant, il apparaît comme gardien de la pureté de l'ordre juridique ayant ainsi le pouvoir d'empêcher la mise en œuvre de loi contraire à la Constitution.

Mots-clés : constitutionnalisme- promulgation- contrôle de constitutionnalité

Un des vieux pouvoirs de chef d'Etat est la promulgation de la loi. Malebranche dans son système de loi concevait que « la véritable collaboration des pouvoirs a pour but la promulgation de la loi... »¹. Cette approche spirituelle du pouvoir politique n'est pas sans portée pour l'étude de la promulgation de la loi dans le nouveau constitutionnalisme africain. Dans ses réflexions sur le nouveau constitutionnalisme africain Gérard Gonidec faisait apparaître le substrat de ce concept : le rapport de la Constitution aux droits fondamentaux de la personne humaine, le

¹ Marie-Frédérique PELLEGRIN, Le système de la loi de Nicolas MAELEBRANCHE, Vrin, 2006, p.238.

déclin de la dictature présidentielle et le ré-équilibre des pouvoirs¹. Le nouveau constitutionnalisme a réaffirmé la place de la Constitution dans l'Etat démocratique par les fonctions qui lui sont assignées à savoir la définition du statut politique de l'Etat², la consécration ou la proclamation des droits et libertés³ et enfin la régulation du jeu démocratique par la recherche de l'équilibre par la prise en compte des composantes de la société.

Si dans le constitutionnalisme il est une évidence que la Constitution prend le rôle d'avant-garde de l'ordre juridique, la place de la loi dans cet ordre devient encore plus importante en raison de ce que le domaine d'attributions qui lui est réservé ou dévolu directement ou indirectement fait d'elle l'acte clarifiant la volonté de l'Etat, une volonté qui s'exprime par les mécanismes de la représentation⁴. Ainsi la formule selon laquelle la loi est *l'expression de la volonté générale* y trouve tout son sens.

Certes, le nouveau constitutionnalisme africain porte plusieurs marques. Mais, on ne peut chercher à les développer toutes dans un cadre aussi étroit que celui d'un article de réflexion. C'est pourquoi les travaux

¹ Gérard GONIDEC, « Quelques réflexions sur le nouveau constitutionnalisme africain ». http://www.buv.isfad-gn.org/universitaire/1_SJPEG/01_Science%20Juridique/002_Droit%20constitutionnel/2-bamako.297.pdf

² Placide MOUDOUDOU, « L'Etat africain : entre constitutionnalisme libéral et constitutionnalisme identitaire », *Revue CAMES/SJP*, n° 002/2015, p. 113-140.

³ Pierre-Simon ZOGO NKADA, « Le nouveau constitutionnalisme africain et la garantie des droits socioculturels des citoyens : cas du Cameroun et du Sénégal », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/4 n° 92, p. 1 à 17.

⁴ L'idée que la loi est l'expression de la volonté générale est consacrée par l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme de 1789 lesquels ont été réaffirmés dans la Constitution de 1946 qui était applicable dans les colonies françaises.

de recherche sur cet objet de recherche ont privilégié des aspects précis dont l'analyse globale permet de mieux cerner ce mouvement constitutionnel. On s'aperçoit que dans l'équilibrage des pouvoirs, les Constitutions africaines ne se sont pas éloignées de la dynamique trinitaire¹. C'est pourquoi l'essentiel de ce point d'attention du nouveau constitutionnalisme africain tourne autour des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire en tant que piliers de l'organisation de l'Etat. Ainsi on a pu déjà étudier le pouvoir exécutif dans le nouveau constitutionnalisme africain². On a examiné l'organisation et le rôle des Parlements dans les Constitutions africaines³.

Le pouvoir judiciaire en tant que garant des droits et libertés n'est pas occulté. Si le pouvoir exécutif a été étudié, on n'a pas pu suffisamment creuser la portée des fonctions présidentielles pour l'équilibre des pouvoirs. Cet aspect n'est pourtant pas sans intérêt pour la recherche. Lorsqu'on s'inscrit dans une approche intégrationniste des fonctions d'Etat, il est digne d'intérêt examiner la promulgation des lois ou une fonction présidentielle révélant un centre d'analyse lorsque l'on se propose d'étudier l'organisation des pouvoirs publics autour des

¹ Gérard GONIDEC, « Quelques réflexions sur le nouveau constitutionnalisme africain », *op. cit.*, p. 1.

² Godefroy MOYEN, « L'exécutif dans le nouveau constitutionnalisme africain : les cas du Congo, du Bénin et du Togo », *Annales de l'Université Marien Ngouabi, Sciences Juridiques et Politiques*, 2009 ; 10 (3) : 40-68.

³ Kossi SOMALI, « Le Parlement dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique - Essai d'analyse comparée à partir des exemples du Bénin, du Burkina Faso et du Togo », *ANRT*, Lomé, 2000 ; R. OSSOMBO-YOMO, « Le pouvoir législatif dans le nouveau constitutionnalisme africain : un pouvoir concurrence », *Annales des Sciences Juridiques et Politiques*, Vol. 21 (2021).

fonctions de l'Etat. Cela est justifiable, d'autant plus que la production de la loi est un processus qui fait intervenir des acteurs relevant de différents organes au sein de l'appareil de l'Etat. De l'initiative des lois à leur mise en exécution, les Constitutions africaines ont mis en branle le jeu de pouvoir et de contre-pouvoir dans l'expression de la volonté générale. C'est donc à raison que les Constitutions s'attachent à décrire le processus de la loi en l'assortissant d'un contrôle de constitutionnalité dont la finalité est de s'assurer que les acteurs de la procédure ont respecté les conditions constitutionnelles y relatives. L'une des étapes du processus législatif est la promulgation de la loi, que d'aucuns appellent l'achèvement de la procédure législative. C'est une étape qui consacre l'aboutissement de la production de la loi par l'intervention des acteurs de son élaboration. Si le Parlement a pour mission de voter la loi, encore faut-il qu'elle soit utilisable, c'est-à-dire applicable ; d'où sa promulgation.

Dans la répartition des pouvoirs, la promulgation est une fonction de l'exécutif. Si le vote de la loi incombe au Parlement, sa promulgation relève de l'exécutif et le contrôle de sa constitutionnalité ressortit des compétences des organes juridictionnels. Cette articulation des fonctions aux organes est une constance dans le nouveau constitutionnalisme africain de l'ère du renouveau démocratique. Et la promulgation des lois est une étape cruciale du processus législatif.

Etymologiquement, promulgation dérive du latin *promulgacem* signifiant afficher, publier. Le terme a connu une évolution dans le temps. Le vieux Littré l'a défini comme la « Publication solennelle des lois, suivant les formes requises. Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la promulgation qui en est faite par l'empereur ¹ ». Selon le Code civil de 1816, dès que la loi est insérée au *Bulletin des lois*, elle est supposée promulguée et « devient exécutoire un jour après à

¹ Article 1 du Code napoléonien.

Paris ».¹ Même à l'époque contemporaine, on continue encore de lui attribuer le sens de publication de loi². Si les dictionnaires ont conservé ce sens, la doctrine juridique elle, a enregistré à la faveur du droit positif, une évolution allant dans le sens de faire désormais le départ entre promulgation et publication. Mieux, les dispositions constitutionnelles marquent de nos jours la nette séparation de champs des deux concepts de promulgation et de publication. Certes tous deux ont vocation à faire connaître la loi aux citoyens mais leurs finalités ne sont pas les mêmes. Il est clairement établi la doctrine contemporaine que la promulgation tend à constater l'existence d'une loi, tandis que la publication vise à la faire connaître à l'ensemble du corps social³. En les assimilant, le législateur avait donc, « comme un écolier, confondu deux notions juridiques absolument distinctes ».

Dans les Constitutions de l'ère de la démocratie libérale, des dispositions sont expressément consacrées à la promulgation et à la publication, distinctement. Il peut être retenu que le nouveau constitutionnalisme africain fait de la promulgation de la loi un élément important du bloc de constitutionnalité. La loi non promulguée peut faire

¹ Dans les autres départements, la loi est exécutoire après le même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres entre Paris et le chef-lieu du département.

² **DICIONNAIRE DE L'ACADEMIE FRANÇAISE, HUITIEME EDITION (1932-1935),**
[HTTPS://WWW.LALANGUEFRANCAISE.COM/DICTIONNAIRE/DEFINITION/PROMULGATION#1](https://www.lalanguefrancaise.com/dictionnaire/definition/promulgation#1)

³ Adhémar ESNEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, rééd. Paris, Panthéon Assas, 2001, p. 669 ; Joseph Barthélemy et Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 740 ; Raymond Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 439, n° 145.

objet d'un contrôle préventif de constitutionnalité. La loi promulguée peut elle aussi fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

Dans ce contexte, il n'est pas dépourvu de sens qu'une réflexion soit consacrée à la promulgation de la loi dans le nouveau constitutionnalisme. En effet, la promulgation de la loi devient une opportunité d'observation de la mise en œuvre de la fonction législative de l'Etat¹. Eu égard à sa titularité, la promulgation traduit la participation du président de la République au dessein de la loi. Elle est l'onction qui donne force à la loi de telle sorte qu'il est admis que la loi n'est exécutoire que si elle est promulguée, montrant par-là que le refus de promulguer ressemble à *un droit de veto* conféré au président de la République face à une loi votée par le Parlement².

Mais ce pouvoir du président de la République n'est pas absolu qu'on le pense. Les Constitutions africaines de l'ère du renouveau démocratique ont apporté des limitations et des substituts à sa consistance. Déjà, sa fonction immunitaire de principe face au contrôle de constitutionnalité de la loi n'est pas sans exception. Tout comme le pouvoir législatif que l'on croyait aux seules mains du Parlement a connu des substituts, le pouvoir de promulgation de la loi que l'on croit être l'apanage du président de la République a connu des contournements³. Par conséquent, son exercice en

¹ Jacques GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 18^e éd., Montchrestien, Paris, 2002, p. 678, note 159.

² Abdoulaye DIARRA, *Démocratie et droit constitutionnel dans les pays francophones d'Afrique noire : le cas du Mali depuis 1960*, Karthala, Paris, 2010, p. 56.

³ PIERRE BON, « LES SUBSTITUTS A LA LOI : LES ACTES LEGISLATIFS DE L'EXECUTIF », *ANNUAIRE INTERNATIONAL DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE*, ANNEE 2004 19-2003, P. 473.

tant que pouvoir aux mains du président de la République est-il régulé, le rendant susceptible d'être contourné¹.

Dans ces conditions, la promulgation, expression d'une participation du président de la République à la fonction législative de l'Etat n'est-elle pas la représentation d'une fonction de contre-pouvoir aménagée ? Cette question est dans la centralité des aménagements de l'exercice du pouvoir politique au sein de l'Etat. Son intérêt pour la recherche scientifique est avéré autant au plan de la science du droit que la pratique constitutionnelle.

Concernant la science du droit, un regard contemporain sur l'exercice du pouvoir de promulgation et son contrôle est l'occasion de rappeler que dans l'esprit de la séparation des pouvoirs, les actes législatifs ressortent de la compétence du législateur et ceux gouvernementaux sont l'apanage du pouvoir exécutif. De la sorte, la loi est l'acte du Parlement et la promulgation, acte de l'exécutif. Cela explique d'ailleurs pourquoi certains ordres constitutionnels ont institué le décret de promulgation pour montrer le caractère gouvernemental de la promulgation. Cela pose néanmoins le problème de sa nature juridique. Dans l'arrêt de l'affaire Desreumeux, le Conseil d'Etat français affirmait que les décrets de promulgation des lois sont des actes relatifs aux rapports du pouvoir exécutif avec le Parlement et qu'ils ne pouvaient alors faire l'objet d'un recours contentieux devant le Conseil d'Etat².

¹ Ainsi pour empêcher le président de la République de promulguer une loi contraire à la Constitution, le recours au juge constitutionnel sera utilisé. Mais ce contournement n'est pas aussi solide qu'on le pense. Si à l'issue du contrôle de constitutionnalité, la loi est jugée conforme à la Constitution, sa promulgation devient inévitable.

² C.E. 3 novembre 1933, Desreumeaux.

Dans les Constitutions africaines les rapports entre exécutif et Parlement font objet de contrôle de constitutionnalité¹ si bien que la promulgation des lois est un centre d'intérêt pour le contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, le contrôle de constitutionnalité de la loi qui, naguère, a été longtemps perçu comme contrevenant à la théorie de la séparation des pouvoirs, se trouve structuré dans le nouveau constitutionnalisme, autour d'une ligne de démarcation constituée par la promulgation de la loi par la président de la République et apparaît dès lors comme une étape de validation de la loi faisant ainsi émerger une nouvelle application du principe de la séparation des pouvoirs. Ainsi, le juge constitutionnel qui dispose d'un pouvoir de contrôle de l'activité des pouvoirs publics dispose d'une espèce de « faculté d'empêcher » inhérente à l'équilibre des pouvoirs. C'est une nouvelle donne introduite dans la séparation des pouvoirs et qui peut être décortiquée sous l'examen de la promulgation des lois comme prérogative du président de la République.

Concernant la pratique constitutionnelle, la promulgation de la loi est tributaire des rapports de force politique autour de l'enjeu de la loi. A cet égard, il est noté l'influence de la configuration politique du Parlement comme facteur qui simplifie ou exacerbe la mise en œuvre de la prérogative de promulgation des lois.

Au regard de ces considérations, la promulgation de la loi participe du rapport des pouvoirs dans la mise en œuvre de la fonction législative au sein de l'Etat. Ainsi, dans le nouveau constitutionnalisme africain, la promulgation des lois par le président de la République vient illustrer l'équilibre des pouvoirs alimenté par deux vecteurs essentiels à savoir la

¹ D. MAUS, « La naissance du contrôle de constitutionnalité en France », *Mélanges en l'honneur de P. Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 713-746.

collaboration et la limitation. Mis en ensemble, ces vecteurs révèlent que la promulgation des lois traduit la prééminence du pouvoir exécutif dans l'aménagement des pouvoirs (I) qu'il a édulcoré par des mécanismes distributifs de contre-pouvoir (II).

I. La promulgation, expression d'une prééminence du pouvoir exécutif

Dans la société démocratique, la séparation des pouvoirs est une garantie contre l'arbitraire et la dictature du pouvoir. Mais cela n'exclut pas une collaboration entre les pouvoirs dans l'accomplissement des fonctions de l'Etat. C'est ainsi qu'en matière législative, au titre de la *collaboration des pouvoirs*, l'exécutif participe de la fonction législative en exerçant le pouvoir de promulgation ou le contre-pouvoir de veto suspensif ou demande de seconde lecture d'une loi votée par le Parlement.¹ Le sens collaboratif de la promulgation se trouve, dans la nécessité pour la loi votée par le Parlement, sous peine de rester lettres mortes, d'acquérir une force exécutoire doublée d'une fonction informative, avec la garantie de sa connaissance par les destinataires. De la sorte, la promulgation qui apparaît comme un véritable moyen de contrôle de l'activité législative du Parlement (A) trouve son fondement dans la représentation (B).

A. Un moyen de contrôle de l'activité parlementaire

Le président de la République exerce un contrôle de l'activité parlementaire en matière d'élaboration de la loi. Les Constitutions prévoient que seules les lois parlementaires sont susceptibles de promulgation, bien entendu à l'exclusion des autres actes parlementaires ou des actes de l'exécutif à valeur de loi. Ainsi la promulgation est un

¹Jean-Louis LAJOIE, *Droit de la République*, Editions Publibook, Saint-Denis, 2016, p. 125.

moyen de contrôle de l'activité législative du Parlement. Il faut rechercher ses fondements dans les charges présidentielles (1) et dans la garantie de la souveraineté nationale (2).

1. Un pouvoir fondé dans les charges du président de la République

Pour mieux expliquer les raisons susceptibles de motiver le contrôle de l'activité législative parlementaire par le président de la République deux arguments tirés de la Constitution peuvent y aider. D'une part le président de la République est l'organe chargé de définir la politique de la nation. D'autre part, il est garant du respect de la Constitution.

La politique de la nation renvoie à la vision de l'Etat, ses objectifs qui doivent guider les diverses actions « qui touche au lien social dans divers domaines : éducation, emploi, famille, logement, santé, activités culturelles et sportives »¹, recherche et innovation, pour ne citer que ceux-là. Si cette politique implique l'ensemble des acteurs institutionnels de l'Etat, c'est quand même au président de la République qu'il revient la charge de la définir.

Parmi les moyens de définition de la politique de la nation, la loi occupe une place prépondérante, quand on se réfère à la délimitation de son domaine dans les Constitutions.² Le président de la République est donc un acteur privilégié de la loi en ce que celle-ci est souvent la réponse

¹ Franck DAVID, « Le président de la République, garant de la cohésion sociale », *Revue française de droit constitutionnel*, 2004/3 (n° 59), p. 533-566. DOI : 10.3917/rfdc.059.0533. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2004-3-page-533.htm>.

² Les Constitutions africaines ont opéré une délimitation des domaines de la loi et du règlement. Le domaine légal a fait l'objet d'une énumération tendant à atteindre l'exhaustivité du champ de compétence de la loi et ont exagérément attribué au règlement un domaine aussi extensif qui n'a de limite que le domaine de la loi.

à aux besoins ressentis dans le cadre de la politique de la nation. Ainsi, le président de la République a besoin de lois pour gouverner. Il est donc justifié dans la dimension symbolique de la fonction présidentielle¹ qu'il puisse contrôler l'activité législative du Parlement afin de veiller à ce que les lois votées soient celles qui convergent à la cohésion sociale ou du moins à la mise en œuvre de la politique de la nation. La dimension symbolique de la fonction présidentielle confère au président de la République des pouvoirs impressionnants d'action. Il peut par exemple refuser de promulguer une loi qui n'est pas conforme à sa vision politique.

La promulgation de la loi rappelle le vieux débat sur le sens de ce qu'il faut entendre par loi. En la matière, la doctrine présente la loi *lato sensu* et la loi *stricto sensu*. Au sens large, la loi. Au sens strict, la loi est l'acte voté par le Parlement et promulgué par le président de la République. Ce sens exclut les textes juridiques qui ne sont pas expressément des lois votées. Vu sous cet angle ne sont pas des lois les résolutions du Parlement, les rapports des commissions sur l'étude de proposition ou de projet de loi, les recommandations du Parlement.

Ainsi, la loi objet de promulgation est la loi la loi au sens strict, celle issue de la mise en œuvre de la procédure parlementaire. Or, même sous cet angle, la notion de loi regroupe une kyrielle d'actes législatifs suivant les types de Parlement et suivant la nature des actes. La promulgation des lois apparaît dans ce cadre comme une réponse au souci de garantie de la souveraineté nationale.

2. Une garantie de la souveraineté nationale

¹ Franck DAVID, *op. cit.*, p. 533-566. DOI : 10.3917/rfdc.059.0533. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2004-3-page-533.htm>

Selon le type de Parlement, on peut avoir les lois votées dans un contexte de Parlement monocaméral et celles votées dans un contexte de bicaméralisme. C'est l'objectif d'une garantie de la souveraineté nationale que poursuit le bicamérisme. C'est pourquoi il tend à assurer une meilleure représentativité du corps social, en faisant en sorte que chaque assemblée tempère les ardeurs de l'autre. C'est la raison pour laquelle il convient de s'assurer que la loi a bien été votée par le Parlement : parce qu'il faut éviter qu'une des chambres ne légifère seule lorsque cette possibilité ne lui est pas constitutionnellement reconnue, sauf à faire de la loi la seule expression des intérêts particuliers de ses auteurs. On comprend donc que la promulgation soit une garantie importante de la souveraineté des citoyens. Car, en garantissant la délibération des assemblées et le respect de la navette parlementaire, elle permet aux électeurs d'exercer leur contrôle démocratique sur l'activité du Parlement en même temps qu'elle leur donne les moyens d'obliger ce dernier à rechercher ce que commande le bien commun.

C'est également dans la poursuite du même objectif que les Etats africains qui ont adopté la forme monocamérale du Parlement ont instauré le système de promulgation de la loi votée par l'unique chambre avec la possibilité d'une demande de seconde délibération par le Parlement.

Ainsi que ce soit dans un système parlementaire bicaméral ou monocaméral, il est constant que si le président de la République dispose du pouvoir de contrôler l'activité législative du Parlement, cela induit certainement, l'idée d'une garantie de représentation voire de légitimité.

A. Une expression de la représentation

Si pouvait être expliquée la promulgation en termes de contrôle du Parlement par l'exécutif, cela poserait, sans doute, le problème de qui du Parlement et du président de la République défend le mieux l'intérêt

général. Si le Parlement incarne la volonté générale, celle supposée du peuple, par le biais de la représentation démocratique, il pourrait y être déduit un principe de la recherche de l'intérêt général. Volonté générale et intérêt général sont-ils opposables ?

La fin principale de la société étant le bonheur, les gouvernants ont pour mission dans leurs fonctions respectives de veiller à la création des conditions du bonheur pour leur peuple ou à la mise en œuvre des actions orientées vers la satisfaction du bonheur du peuple. De la sorte, la volonté générale qu'est la loi, œuvre par excellence du pouvoir législatif, devient un objectif d'action publique assigné au gouvernement. Ainsi, l'auteur des lois et les autorités chargées de leur application sont toutes investies de la mission de concourir au bonheur du peuple. C'est pourquoi, il est souhaitable de dépasser le cadre organique contrasté pour découvrir la convergence entre volonté générale exprimée par la loi à travers le Parlement et satisfaction de l'intérêt général qui passe entre autres par l'application de la loi et donc sa mise en œuvre par l'administration publique. Il s'en déduit que le pouvoir de promulgation, par son corollaire le refus de promulguer puisse révéler l'existence d'un conflit qui oppose Parlement et exécutif. Les réponses données par les Constitutions africaines sont variables.

Lorsque le président de la République refuse de promulguer la loi et sollicite une deuxième lecture, le Parlement accède à cette demande mais n'est pas tenu de prendre en compte les observations ou toutes les observations du président de la République. C'est déjà une limitation du pouvoir de promulgation. Mais le Parlement peut accompagner le président de la République dans sa volonté de rejet de la loi. Le Parlement peut persister dans sa position de voir promulguer la loi. Dans ce cas, il n'a pas la possibilité de retourner la loi au gouvernement pour une deuxième demande de promulgation. Il saisit plutôt le juge constitutionnel.

L'existence de mécanismes de contre-pouvoirs fait partie des indicateurs de démocratie. La promulgation participe ainsi des fondamentaux de la démocratie pour éviter l'absolutisme du pouvoir parlementaire. Si en raison de ce qu'elle suscite une réaction du président de la République face à une loi votée par son approbation, elle est un moyen réactif, la promulgation des lois est dans certaines circonstances un moyen de négociation politique entre le Parlement et l'exécutif. Le fait que le chef de l'État donne son consentement signifie toutefois qu'il doit avoir au moins la possibilité de refuser ou de réserver ledit consentement. La faculté dont dispose le président de la République de refuser de promulguer une loi votée par le Parlement est un mécanisme de contre-pouvoir caractéristique du présidentielisme que l'on appelle dans certains systèmes constitutionnels le pouvoir de veto.

Dans les Constitutions des États africains francophones, l'expression de pouvoir de veto n'est pas utilisée mais on retrouve des formulations constitutionnelles proches du pouvoir de veto. Au Gabon par exemple, « Le président de la République peut, pendant le délai de promulgation, demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles. Cette nouvelle délibération ne peut être refusée. Le texte ainsi soumis à une seconde délibération doit être adopté à la majorité des deux tiers (2/3) de ses membres, soit sous forme initiale, soit après modification. Le président de la République le promulgue dans les délais fixés ci-dessus. // A défaut de promulgation de la loi par le président de la République, dans les conditions et délais ci-dessus, il doit déférer le texte à la Cour constitutionnelle »¹. La Constitution sénégalaise l'a également

¹ Article 17 de la loi n° 3/91 du 26 mars 1991 modifiée par les lois n° 01/94 du 18 mars 1994, n° 18/95 du 29 septembre 1995, n° 01/97 du 22 avril 1997, n° 14/2000 du 11 octobre 2000, n° 13/2003 du 19 août 2003, n° 47/2010 du 12 janvier 2011.

consacré : « Dans le délai fixé pour la promulgation, le président de la République peut, par un message motivé, demander à l'Assemblée nationale une nouvelle délibération qui ne peut être refusée. La loi ne peut être votée en seconde lecture que si les trois cinquièmes des membres composant l'Assemblée nationale se sont prononcés en sa faveur ». On retrouve de similaires dispositions dans les Constitutions du Bénin¹ et du Congo².

Ces dispositions montrent que le refus de promulguer se rapproche du pouvoir de veto présidentiel. Connu dans le présidentielisme de type américain, le pouvoir de veto est la faculté dont dispose le président de la République de s'opposer à une loi votée par le Sénat en exerçant son veto suspensif en empêchant temporairement la mise en vigueur de la loi voire son *pocket veto* en empêchant définitivement la loi votée de prendre vie juridique dans l'arsenal juridique du pays.

Le renvoi à une deuxième délibération signifie que le président de la République ne donne pas son consentement à la loi. Ce renvoi est l'expression d'une désapprobation de la loi votée. Cela arrive généralement lorsque l'initiative de la loi a pris corps dans un projet de loi et que les travaux parlementaires en ont soit dénaturé l'orientation soit ont introduit des dispositions ou amendements qui ne conviennent pas à la politique gouvernementale.

Mais il se peut bien qu'il s'agisse d'une initiative législative parlementaire que n'approuve pas le gouvernement. Le refus de promulguer empêchera la loi votée d'aboutir. Cet empêchement qui peut être levé suite aux négociations politiques dépend plus des rapports de force politique au Parlement que d'objectivité. Ainsi, dans le nouveau constitutionnalisme africain, le refus de promulguer peut être perçu

¹ Article 57 de la Constitution du 11 décembre 1990.

² Article 85 de la Constitution du Congo.

comme un moyen d'observation de la qualité des rapports entre l'exécutif et le législatif, dans une société démocratique. En effet, le pouvoir de veto n'est pas uniquement réactif. Étant donné qu'il renforce le pouvoir de négociation politique de la présidence par rapport à l'assemblée législative, un président compétent et soutenu par la population peut également l'employer de manière active, en tirant parti des possibilités qu'il offre pour initier des politiques et influencer l'agenda politique.

En raison de ce rôle crucial que le pouvoir de veto peut être amené à jouer dans les relations entre le pouvoir parlementaire et le pouvoir exécutif, il apparaît à bien d'égards comme un moyen d'action de l'exécutif.

II. Un enjeu de contre-pouvoirs

Si la promulgation des lois est l'expression d'un pouvoir constitutionnel du président de la République, elle est bien une donnée centrifuge qui fait apparaître la mission d'autres organes constitutionnels dans l'esprit de la limitation du pouvoir par le pouvoir. A cet égard, les influences du pouvoir parlementaire (A) et l'instauration des fonctions de contrôle du juge constitutionnel (B) sont les vecteurs essentiels de contre-pouvoirs à la promulgation des lois.

A. Les influences du pouvoir parlementaire

En matière de promulgation de loi, il n'est pas *a priori* envisageable de trouver des moyens de contre-pouvoir au niveau de Parlement car il est une évidence que la promulgation a pour objet l'acte édicté par le Parlement. Toutefois, pour s'assurer que le président de la République ne s'écarte pas de cet acte pour promulguer une version de son choix, en introduisant des dispositions qui n'avaient pas été celles votées, il est conséquent de permettre au Parlement d'assurer un minimum de contrôle. Il ne s'agit pas à proprement parler de contre-pouvoir à la

promulgation mais de contre-poids à la faculté de promulguer ou ne pas promulguer. Dans cette hypothèse, deux types de moyens s'offrent au Parlement. L'un est réactif alors que l'autre est collaboratif.

La promulgation est un acte de signature. Elle induit que le président de la République approuve la nouvelle loi, et par là même, accepte sa finalité et lui accorde une légitimité formelle. La demande d'une deuxième délibération peut être assortie de proposition de reformulation ou de suggestions faites à l'endroit du Parlement. Le président de la République peut faire accompagner sa demande de seconde lecture de négociations politiques pouvant conduire à des amendements qu'il fait porter aux parlementaires qui soutiennent l'action de son gouvernement. Toutes les fois que le refus de promulguer conduit à de nouvelles initiatives pour modifier le contenu de la loi soumise à promulgation, il apparaît comme un pouvoir d'action au profit de l'exécutif.

B. Les pouvoirs du juge constitutionnel

La finalité des mécanismes de contre-pouvoir est qu'ils instaurent le contrôle du pouvoir par le pouvoir. Ainsi la recherche des éléments de la limitation du pouvoir de promulgation porte aussi bien sur les organes jouant le rôle de contre-pouvoir à la promulgation. Elle revient à voir si la promulgation est soumise au contrôle d'un autre organe distinct du pouvoir exécutif, au sein de l'appareil d'Etat. Mais elle doit pouvoir permettre de scruter la préoccupation de savoir si la promulgation est également un moyen de blocage des droits de l'opposition.

1. LA PROMULGATION, UNE OPPORTUNITE DE CONTROLE

Sur cette question les Constitutions des Etats africains dans leur aménagement de l'exercice du pouvoir de promulgation ont instauré deux mécanismes de limitation dont l'un, succédané de la promulgation, ressortit de la compétence du juge constitutionnel et l'autre est

l'expression de la souveraineté du Parlement. L'idée qu'une juridiction puisse servir de contre-pouvoir est inhérente à la conception de la justice constitutionnelle qui présente des variations selon les systèmes démocratiques¹.

Mais elle n'est pas une spécificité du modèle européen de justice constitutionnelle². Dans le modèle américain cela est également admis³. Le nouveau constitutionnalisme africain a épousé le modèle européen de justice constitutionnelle qui s'exerce principalement par voie d'action, par un organe spécialisé qui en a la charge, et par voie d'exception par-devant toutes juridictions. Ces données livrent les particularismes de la promulgation dans les droits constitutionnels des Etats africains francophones : sa place médiatrice dans le contrôle du fonctionnement des organes traditionnels du processus d'élaboration de la loi et l'avènement du juge constitutionnel comme nouvel acteur dudit processus.

La fonction médiatrice de la promulgation dans le contrôle de constitutionnalité peut être montrée par rapport à la forme et la nature du

¹ Eivind SMITH, « La Constitution, droit positif depuis deux siècles : variations sur le thème de la justice constitutionnelle en démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2016/2 (n° 106), p. 463-472. DOI : 10.3917/rfdc.106.0463. URL: <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2016-2-page-463.htm>.

² Mathieu CARPENTIER, « Une modélisation alternative des systèmes de justice constitutionnelle : enjeux et difficultés », in *Revue française de droit constitutionnel* 2019/4 (n° 120).

³ Pour de plus amples informations sur le contre-pouvoir juridictionnel dans le système américain, voir : Stephen BREYER, « Cour suprême des États-Unis : Pouvoir et Contre-pouvoir », *RED* 2021/1 ; Elizabeth ZOLLER, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour suprême des États-Unis et de sa retenue », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2011/4 (n° 33).

contentieux constitutionnel. Dans un premier plan, elle est en aval du contrôle de constitutionnalité, en ce qui concerne la saisine *a priori* par voie d'action encore appelée contentieux préventif de constitutionnalité. Dans un second plan, elle se retrouve en amont du contrôle constitutionnalité lorsqu'il s'agit d'un contrôle *a posteriori*.

Au plan du contentieux préventif de constitutionnalité, la promulgation est la résultante de la conformité constitutionnelle. Le nouveau constitutionnalisme africain consacre la saisine du juge constitutionnel par voie d'action et fait de la promulgation, l'aval du contrôle de constitutionnalité de sorte que la loi ne peut être promulguée si elle est jugée contraire à la Constitution. Ce contrôle *a priori* n'est réservé qu'à certains organes seulement à savoir le président de la République, le président de l'Assemblée nationale ou un groupe de parlementaires. Si cette saisine n'est pas ouverte aux citoyens, c'est certainement parce que les constituants ont voulu éviter qu'alors que les organes constitutionnels n'ont pas épuisé leur faculté, les citoyens n'inondent la juridiction constitutionnelle de recours précoces faisant perdre à l'exécutif, la faculté de promulguer ou de désapprouver la loi votée par le Parlement. Ce qui veut dire que tant que la loi n'est pas promulguée, les citoyens ne peuvent saisir le juge constitutionnel pour assurer la mission de contrôle de constitutionnalité. C'est une donne convergente du nouveau constitutionnalisme africain.

Dans ce cadre, si la promulgation de la loi fait partie du processus législatif, le contrôle de constitutionnalité qui lui est préalable n'en fera pas moins. Ainsi dans le nouveau constitutionnalisme africain, du moins celui des Etats africains francophones, si la loi est considérée comme inconstitutionnelle, elle ne pourra guère être appliquée. Il s'agit d'un impératif de sécurité juridique. Cet impératif n'est pas exprimé de la même façon dans les Constitutions. Il peut être noté deux variantes : les

cas des Constitutions qui l'ont expressément établi et celui de celles qui ne l'ont pas clairement exprimé.

Dans le premier cas, la Constitution congolaise de 2015 dispose : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être ni promulguée ni mise en application. »¹ La Constitution gabonaise pour sa part a consacré un article entier à l'objet du contrôle de constitutionnalité² et affirme dans son dernier alinéa que « Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être ni promulguée ni mise en application ». Il en est de même de la Constitution du Bénin³.

En revanche, dans la Constitution sénégalaise, l'affirmation que toute disposition législative contraire à la Constitution ne saurait être ni promulguée ni appliquée manque de lisibilité. Il faut donc procéder à une analyse des dispositions sur le contrôle de constitutionnalité et la promulgation des lois pour les qualifications qui s'imposent. Si le Sénégal a consacré le contrôle *a priori* des lois sur saisine du président de la République ou par un nombre de députés⁴ avant leur promulgation, la Constitution est restée muette sur la sanction de l'inconstitutionnalité des lois ordinaires quant à leur *promulgabilité* et applicabilité. Même l'article 92 de la Constitution⁵ qui est consacré aux attributions du Conseil n'a pas pu en dire mot. Elle ne s'est explicitement prononcée que sur le cas des lois organiques qui elles, « ne peuvent être promulguées si le Conseil constitutionnel, obligatoirement saisi par le président de la

¹ Article 181 de la Constitution congolaise du 25 novembre 2015.

² Article 85 de la loi n° Constitution gabonaise.

³ 1^{er} alinéa de l'article 124 de la Constitution du 11 décembre 1990.

⁴ Au moins égal au dixième des membres de l'Assemblée nationale, dans les six jours francs qui suivent son adoption définitive

⁵ Article 1^{er} de la loi constitutionnelle n° 2016-10 du 05 avril 2016 précité.

République, ne les pas a déclarées conformes à la Constitution¹ ». Tout compte fait, il est constant que les Constitutions ont consacré toutes, un contrôle préalable par voie d'action qui apparaît comme un contrôle préalable à la promulgation.

Il est donc constant dans le nouveau constitutionnalisme africain qu'une loi jugée contraire à la Constitution, à l'issue du contrôle préventif de constitutionnalité, ne puisse être promulguée. Cela induit la leçon que l'inconstitutionnalité constatée d'une loi fait donc obstacle à sa promulgation. L'enseignement à y tirer est que l'existence d'une co-territorialité du pouvoir de promulgation et du pouvoir de contrôle de constitutionnalité des lois. Mais au-delà de cette convergence d'esprit sur la question, cette co-territorialité offre des cas d'étude qui témoignent de la diversité de traitement constitutionnel de la décision de constitutionnalité de la loi rendue par la juridiction constitutionnelle quant à la poursuite du processus législatif.

Dans la Constitution du Bénin, si les délais constitutionnels sont expirés, la Cour constitutionnelle déclare exécutoire la loi. Il s'agit là d'une promulgation juridictionnelle. Dans la Constitution du Congo, si la Cour constitutionnelle, saisie par le président de la République ou par le président de l'une ou de l'autre chambre du Parlement, à l'issue d'un contrôle de conformité de la loi déclare qu'elle est conforme à la Constitution, le président de la République la promulgue. Dans la Constitution du Gabon, en cas de rejet du recours par la Cour constitutionnelle, le président de la République promulgue la loi dans les dix jours suivant la notification de la décision de la Cour. Dans la Constitution du Sénégal, la promulgation est de droit. Elle n'est plus une prérogative du président de la République mais devient un pouvoir

¹ Article 78 de la Constitution sénégalaise, loi constitutionnelle n° 2016-10 du 5 avril 2016 portant révision de la Constitution.

extraordinaire du président de l'Assemblée nationale. Il s'agit dans ce cas d'une promulgation parlementaire de la loi.

Au plan du contentieux de constitutionnalité *a posteriori*, la promulgation se trouve antérieure à la saisine de la juridiction constitutionnelle alors que la loi est déjà en vigueur. La finalité étant d'exorciser l'ordre juridique, en le nettoyant de lois contraires à la Constitution. Dans cette optique, après la promulgation de la loi, les citoyens sont présumés en avoir pris connaissance de l'existence et peuvent alors saisir le juge constitutionnel s'ils estiment que la loi promulguée est contraire à la Constitution. Cela peut être expliqué par le fait que, pour saisir le juge, le citoyen a besoin d'avoir connaissance de la loi. Or une loi non promulguée ne bénéficie pas du principe de « *nemo censetur ignorare legem* ».

Toujours *a posteriori*, il est également consacré une saisine par voie d'exception. La saisine par voie d'exception est mise en œuvre par le mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité que le justiciable peut soulever devant toutes instances en cours pour contester l'applicabilité d'une loi déjà promulguée. Ainsi dans les cas où la loi a pu être promulguée sans être censurée par un contrôle préalable de constitutionnalité, son applicabilité dans une affaire pourra être remise en cause au motif que les dispositions contestées ne seraient pas conformes avec la Constitution. Dans cette forme de saisine, la promulgation est en aval du contrôle de constitutionnalité. Cette hypothèse survient en raison de ce que le contrôle préalable de constitutionnalité n'est obligatoire que pour certaines lois. Ainsi, pour les lois qui ne sont pas obligatoirement soumises au contrôle de constitutionnalité *a priori*, il peut donc arriver qu'après leur promulgation, des citoyens saisissent la juridiction constitutionnelle pour dénoncer leur inconstitutionnalité ou invoque leur vice d'inconstitutionnalité par voie d'exception. Dans ce cas, la décision

d'inconstitutionnalité frappe aussi bien l'acte parlementaire que l'acte de sa promulgation.

La fonction médiane de la promulgation entre recours préventif par action et le recours *a posteriori* génère une co-territorialité entre la promulgation et le contrôle de constitutionnalité. En effet, la non promulgation de la loi fait obstacle au contrôle préventif par action. Lorsqu'une loi a été soumise au contrôle de constitutionnalité, le président de la République ne peut la promulguer qu'à la condition d'une décision ou d'un avis conforme de constitutionnalité. Cela est une convergence dans le nouveau constitutionnalisme africain. « Si la Cour constitutionnelle déclare la loi conforme à la Constitution, le président de la République la promulgue ».

Eu égard à ce qui précède, il peut être retenu que, la fonction médiane de la promulgation entre recours préventif par action et le recours *a posteriori* génère une co-territorialité entre la promulgation et le contrôle de constitutionnalité. En effet, la non promulgation de la loi fait obstacle au contrôle préventif par action. Lorsqu'une loi a été soumise au contrôle de constitutionnalité, le président de la République ne peut la promulguer qu'à la condition d'une décision ou d'un avis conforme de constitutionnalité. Cela est une convergence dans le nouveau constitutionnalisme africain. Mais cette convergence présente quelques spécificités néanmoins. Au Bénin, si la loi est déclarée conforme à la Constitution, le président de la République en est saisi par notification de la décision de la Cour constitutionnelle aux fins de promulgation dans les délais légaux. Passé ces délais, la Cour constitutionnelle saisie par le président de l'Assemblée Nationale pourra déclarer la loi exécutoire. Au Congo-Brazzaville, « si la Cour constitutionnelle déclare la loi conforme à la Constitution, le président de la République la promulgue »¹. Au Gabon,

¹ Article 85 de la Constitution du Congo-Brazzaville de 2015.

à défaut de promulgation de la loi par le président de la République dans les conditions et délais ci-dessus, il doit déférer le texte à la Cour constitutionnelle : « A défaut de promulgation de la loi par le président de la République dans les conditions et délais ci-dessus, il doit déférer le texte à la Cour constitutionnelle.

En cas de rejet du recours par la Cour constitutionnelle, le président de la République promulgue la loi dans les dix jours suivant la notification de la décision de la Cour »¹. Au Sénégal en revanche, en de pareilles circonstances, la promulgation est, exceptionnellement, du ressort du président de l'Assemblée nationale.² Si elle offre l'opportunité d'un contrôle par la co-territorialité avec le contrôle de constitutionnalité, la promulgation apparaît aussi comme un moyen de blocage de l'opposition vis-à-vis de l'action gouvernementale. Et c'est encore là un enjeu de contre-pouvoir.

2. UN MOYEN DE BLOCAGE DE L'OPPOSITION A L'ACTION GOUVERNEMENTALE

Le développement de la vision française de l'État de droit passe également par la suppression de la possibilité dont le chef de l'État jouit en période de présidentialisme majoritaire d'empêcher via la promulgation l'opposition parlementaire de déférer une loi ordinaire au juge constitutionnel. La question ne se pose pas pour les lois organiques, puisqu'elles doivent d'office faire objet de contrôle de constitutionnalité.

La faculté du président de la République d'empêcher l'opposition de saisir le juge constitutionnel par voie d'action résulte des dispositions constitutionnelles qui veulent que le contrôle de constitutionnalité avant

¹ Article 85 de la loi n° 046/2020 du 11 janvier 2021 portant Constitution du Gabon.

² Article 17 de Constitution du Gabon,, article 75 de la Constitution du Sénégal.

promulgation ne puisse être demandé que par certaines personnalités seulement. Mais dans la mesure où ces dispositions n'ont imposé aucun délai obligatoire d'attente au président de la République avant qu'il exerce sa faculté de promulguer la loi, apparaît la fragilité des droits des parlementaires qui ne soutiennent pas l'action du gouvernement et qui, par exemple, avaient voté contre la loi qui a été pourtant adoptée du fait du principe majoritaire.

Le pouvoir de blocage du chef de l'État est d'autant plus redoutable qu'il lui permet également d'empêcher l'opposition de saisir le juge constitutionnel de la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée par voie d'exception. En l'état actuel du droit positif, un tel contrôle est possible à l'occasion de l'adoption de la loi qui modifie, complète ou affecte le domaine d'un texte déjà en vigueur. Le rôle du juge constitutionnel est à renforcer face à ce risque d'arbitraire.

Conclusion

La recherche de l'équilibre des pouvoirs apparaît comme un facteur important influençant le régime constitutionnel de la promulgation des lois. L'étude révèle que dans les nouvelles Constitutions africaines de l'ère de la démocratie libérale, la promulgation des lois est une fonction de l'exécutif national et plus spécifiquement du chef de l'Etat. Les finalités de cette fonction résident dans la légitimité du président de la République à s'assurer que l'acte législatif parlementaire est en conformité avec la Constitution mais aussi avec la vision politique du gouvernement. Sur ce point, il est, à peine utile, de rappeler que l'un des moyens d'action du pouvoir exécutif demeure dans la loi. Elle sert d'instrument d'organisation des modalités de jouissance des droits fondamentaux dont la concrétisation revient *in fine* au gouvernement. Que le président de la République soit investi du pouvoir de certification de la loi n'est donc

qu'une expression logique de sa légitimité à contrôler la volonté du Parlement représentatif du peuple.

La deuxième leçon tirée de cette étude est que le nouveau constitutionnalisme africain fait du juge constitutionnel la clef de voûte du système démocratique. Il intervient dans l'arène des pouvoirs politiques pour contrôler la conformité de leurs actes à la Constitution. Ainsi, en matière de promulgation de la loi, le juge constitutionnel est sollicité tantôt par le chef de l'Etat sensé promulguer la loi, tantôt par les parlementaires pour vaincre la résistance à la promulgation qui pourrait être notée à des moments donnés. Lorsqu'il statue et déclare la loi conforme à la Constitution, le juge constitutionnel joue le rôle de garant de la conformité constitutionnelle des lois avant leur promulgation. Lorsqu'elle statue après promulgation, son intervention s'inscrit généralement dans le sens d'une vérification de constitutionnalité *en ce* qui concerne des lois dont elle n'est pas saisie en mode préventif. Ce faisant, il apparaît comme gardien de la pureté de l'ordre juridique ayant ainsi le pouvoir d'empêcher la mise en œuvre de loi contraire à la Constitution.

Sous ces divers aspects, Le juge constitutionnel dans un tel contexte apparaît non seulement comme « la bouche de la Constitution »¹ mais aussi et surtout comme le grand prêtre du culte du droit que la politique est obligée de vouer au droit dans cette conception moderne de la séparation des pouvoirs. L'autorité suprême dans la faculté de s'imposer aux pouvoirs publics et à toutes autorités au sein de l'Etat confère

¹ Par référence à la célèbre métaphore de Montesquieu. Pour de plus amples informations sur ladite métaphore, cf. DAUCHY (Serge). « Le juge, bouche de la loi. A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu ». *Nagoya University Journal of Law and Politics*, 2014, *Nagoya University Journal of Law and Politics*, 256, p. 325-343. hal-02959170.

l'incontestabilité aux actes du juge constitutionnel, les auréolant ainsi d'une sainteté infranchissable ou tout au moins critiquable par le constituant seul c'est-à-dire le souverain c'est-à-dire, par définition, le peuple. C'est une place essentielle dans la nouvelle démocratie constitutionnelle.

L'étude de la promulgation de la loi dans le nouveau constitutionnalisme africain révèle néanmoins les points de fragilité qui nécessitent un renforcement afin que la garantie du respect de la Constitution puisse être ancrée dans le fonctionnement des pouvoirs législatifs.

Le premier point concerne la nécessité d'instituer un délai d'attente ou d'observation avant la soumission de la loi à promulgation. Ainsi, les dispositions constitutionnelles peuvent être révisées dans le sens de la consécration de ce mécanisme contre-poids à la puissance du président de la République qui peut empêcher l'opposition à son action gouvernementale de saisir le juge constitutionnel avant promulgation.

Le deuxième point d'attention est au niveau de l'ordre hiérarchique entre le juge constitutionnel et le président de la République. Les Constitutions africaines considèrent que le président de la République est placé au sommet de l'ordre institutionnel national. Du coup après contrôle de Constitutionnalité le juge lui transmet la loi pour promulgation. Or si le juge constitutionnel est la clef de voûte du système, il faut plutôt concevoir que lorsqu'il est saisi par les parlementaires pour un contrôle de constitutionnalité avant promulgation de la loi qu'il soit aussi investi du pouvoir de demander une seconde délibération et qu'à l'issue la loi lui soit retournée pour être déclarée exécutoire. Cette solution vise à assurer une cohérence globale de l'ordre constitutionnel en faisant du juge constitutionnel le clarificateur des ombres d'anticonstitutionnalité.

**LA REGLEMENTATION DU TRAITEMENT DES DONNEES DE
SANTÉ AU MALI A L'ERE DU NUMERIQUE : ENTRE
INTERDICTION ET INADAPTATION**

**Dr Mahamadou Aly HAIDARA,
chef de division juridique de l'autorité de protection des données a
caractère personnel du Mali (APDP), chercheur au Laboratoire d'étude
et de recherche en droit, décentralisation
et développement local (LERDDL)**

Résumé : La mise en œuvre de l'arsenal normatif et institutionnel qui encadre la gouvernance des données de santé découle de la volonté de l'Etat du Mali à protéger la vie privée des individus contre les dérives inhérentes à la collecte et au traitement de leurs données de santé. Toutefois, en dépit de cette volonté manifeste, la problématique de la sécurisation des données de santé demeure en partie non résolue.

En effet, malgré la vocation de l'arsenal juridique à couvrir les traitements manuel et électronique, les interdictions de la collecte et du traitement ainsi que l'encadrement strict des exceptions à ces interdictions, les règles encadrant le traitement des données de santé se trouvent en déphasage avec les nouvelles méthodes de collecte et de traitement surtout face aux défis de la digitalisation de la gestion de la santé, de la recherche en santé et en biomédicale, entre autres.

Mots clés : protection, droit fondamental, vie privée, données à caractère personnel, gouvernance, données de santé, traitement.

Abstract: The implementation of the normative and institutional arsenal that governs the governance of health data expresses the State of Mali's desire to protect the privacy of individuals from the abuses inherent in the collection and processing of their health data. However, despite this clear desire, the problem of securing health data remains partly unresolved. Indeed, despite the vocation of the legal arsenal to cover manual and electronic processing, prohibitions on collection and processing as well as the strict framework for exceptions to these prohibitions, the rules governing the processing of health data are out of step with new collection and processing methods especially in the face of the challenges of the digitization of health management, health and biomedical research, among others.

Key words : protection, fundamental law, privacy, personal data, governance, health data, processing.

De par la nature des données de santé, leur traitement exige la mise en place d'une protection rigide et d'une vigilance accrues concernant le respect de leur finalité. La Communauté des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), à travers son acte additionnel adopté en 2010, l'a reconnu comme telle et a ainsi érigé des règles robustes pour sa mise en œuvre.

Notion non définie par la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel au Mali, les données de santé ou données médicales sont des données particulièrement sensibles dont la communication peut rendre les personnes concernées

très vulnérables. Elles sont définies par l'acte additionnel de la CEDEAO comme « toute information concernant l'état physique et mental d'une personne concernée y compris les données génétiques ».¹

Définition quasi-identique donnée par le règlement général sur la protection des données (RGPD) qui dispose que les données à caractère personnel concernant la santé sont les données relatives à la santé physique ou mentale, passée, présente ou future, d'une personne physique (y compris la prestation de services de soins de santé) qui révèlent des informations sur l'état de santé de cette personne.²

En effet, cette définition du RGPD, selon la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) de France, comprend donc, « les informations relatives à une personne physique, ³ les informations obtenues lors du test ou de l'examen d'une partie du corps⁴ ainsi que les

¹ Article 1^{er} de l'acte additionnel A/SA.1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO).

² Art.4, alinéa 15 du règlement général sur la protection des données (RGPD).

³ Il s'agit des informations collectées lors de son inscription en vue de bénéficier de services de soins de santé ou lors de la prestation de ces services telles que, un numéro, un symbole ou un élément spécifique attribué à une personne physique pour l'identifier de manière unique à des fins de santé. Sous l'empire de la loi Informatique et libertés, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur du RGPD, la CNIL avait relevé dans sa délibération n° 97-008 du 4 février 1997 portant adoption d'une recommandation sur le traitement des données de santé à caractère personnel que : « les données individualisées relatives aux prescriptions et à la pratique médicale, utilisées notamment afin d'être transmises dans le cadre de la délégation de paiement (tiers-payant) vers les caisses d'assurance maladie, appartenaient à la catégorie des données de santé ».

⁴ Il s'agit des informations obtenues lors du test ou de l'examen d'une partie du corps ou d'une substance corporelle, y compris à partir des données génétiques et d'échantillons biologiques

informations concernant une maladie ». ¹La définition susmentionnée permet d'englober certaines données de mesure à partir desquelles il est possible de déduire une information sur l'état de santé de la personne. ²

De même, par ordonnance en date du 26 juin 2020, le juge des référés du Conseil d'Etat français a estimé que l'image thermique des personnes peut constituer une donnée de santé dès lors que ces personnes sont identifiées par le personnel qui utilise ces caméras.³

Par ailleurs, si on tient compte des dispositions de l'arrêté n° 2017-0644/MSHP-SG du 17 mars 2017 déterminant les caractéristiques des différents types de dossier médical en République du Mali, sont considérées comme données de santé, le contenu du dossier médical qui

¹ Il s'agit des informations concernant une maladie, un handicap, un risque de maladie, les antécédents médicaux, un traitement clinique ou l'état physiologique ou biomédical de la personne concernée (indépendamment de sa source, qu'elles proviennent par exemple d'un médecin ou d'un autre professionnel de santé, d'un hôpital, d'un dispositif médical ou d'un test de diagnostic *in vitro*). A ce niveau, il est à rappeler que font partie de ces données notamment, « des données recensant des personnes hospitalisées d'offices pour troubles mentaux » voir la délibération n° 2006-167 du 13 juin 2006 sur le site web de la Cnil accessible à l'adresse suivante : <https://www.cnil.fr/professionnel>

² Cette définition, selon Jeanne Bossi Malofosse avocat associé Delsol Avocats dans son article intitulé : « Le traitement des données de santé et le Règlement européen sur la protection des données du 27 avril 2016 », p. 1, « traduit un concept plus large de la donnée de santé, prenant en compte le fait que la prise en charge sanitaire d'une personne emporte également la connaissance de sa situation familiale ou sociale et fait intervenir des acteurs multiples, professionnels de santé et personnels sociaux ». <https://www.delsolavocats.com>

³ <https://www.accens-avocats.com/rgpd/index.php/2020/07/16/rgpd-le-conseil-detat-definit-pour-la-premiere-fois-la-notion-de-traitement-des-donnees-de-sante/#:~:text=Par%20ordonnance%20en%20date%20du,le%20personnel%20qui%20utilise%20ces>

constate l'accueil, le séjour, la prise en charge et le cas échéant, le suivi du patient hospitalisé.

De l'article 8 de cet arrêté, il ressort que les dossiers susmentionnés du malade contiennent les données de santé suivantes: « les informations formalisées recueillies lors des consultations externes dispensées dans un établissement de santé ou par un professionnel, lors de l'accueil aux services des urgences ou au moment de l'admission et au cours du séjour hospitalier ; les informations formalisées établies à la fin du séjour hospitalier ou de l'hospitalisation à domicile ; les informations recueillies auprès des tiers n'intervenant pas dans la prise en charge thérapeutique du malade ou concernant ces tiers ». ¹

Considérées pendant très longtemps comme de simples informations exclusivement médicales dont l'usage était limité aux professionnels de santé ou aux services médico-administratifs, les données de santé, comme toutes autres données à caractère personnel, constituent aujourd'hui un enjeu majeur pour tous les individus, comme rappelé par le rapport du

¹ Aussi, l'article 9 de l'arrêté n° 2017-0644/MSHP-SG du 17 mars 2017 déterminant les caractéristiques des différents types de dossier médical en République du Mali, fixe la liste des données que doivent contenir entre autres les informations formalisées. Il s'agit de « l'identité et de l'adresse complète du malade, du blessé ou de la femme enceinte accueillis, hospitalisés et pris en charge et le cas échéant, de son représentant ou de la personne à prévenir en cas de besoin ; les informations relatives à la prise en charge du patient par un organisme de tiers payant ; le rapport de référence ou d'admission de l'établissement hospitalier ; le rapport des services de sécurité et de la protection civile pour les blessés ; les motifs de l'hospitalisation ; la recherche d'antécédents et de facteurs de risques ; les conclusions de l'évaluation clinique initiale, entre autres ». Article 9.

Club de la sécurité de l'information français, « les potentialités d'exploitation sont en effet nombreuses ».¹

De l'identification des facteurs de risque d'une maladie pour construire des messages de prévention, en passant par l'aide au diagnostic et la personnalisation des traitements, la vérification de l'efficacité d'un médicament, la réalisation des études épidémiologiques ou l'analyse de l'efficacité du système de santé, la contribution au développement de l'intelligence artificielle et de ses applications dans le domaine médical, notamment, « les données de santé sortent désormais du cadre strict du cabinet du médecin, de l'établissement de santé ou du service de gestion médico-administratif pour relever d'un usage plus collectif ».²

L'exploitation massive de ces données dites « sensibles » pose néanmoins des difficultés juridiques, parfois même éthiques, dans la mesure où celles-ci ne sont pas des données ordinaires, d'autant plus que leur exploitation présente généralement, « un risque accru d'atteinte à la vie privée des personnes et à leurs droits fondamentaux ».³

Compte tenu de la sensibilité de cette catégorie de données, leur traitement est doublement encadré par des règles de protection

¹ Rapport du club de la sécurité de l'information français, page 6/83 en date de novembre 2019 disponible sur le site web accessible à l'adresse suivante : <https://clusif.fr>

² Rapport du club de la sécurité de l'information français, page 6/83 en date de novembre 2019 disponible sur le site web accessible à l'adresse suivante : <https://clusif.fr>

³ Ces données sont aussi qualifiées de sensibles notamment par la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du Conseil de l'Europe (convention 108+) et le règlement général pour la protection des données (RGPD).

renforcées¹ (I) qui, malgré ces conditions particulières qui les caractérisent se trouvent inadaptées face aux défis de la digitalisation et de la recherche en santé (II).

I. Un traitement strictement encadré à un double niveau

Ici il importe de rappeler qu'en ce qui concerne les données de santé, au même titre que celles qui révèlent les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques, syndicales, la vie sexuelle ou raciale, les mesures d'ordre social, les poursuites, les sanctions pénales ou administratives, la collecte et le traitement des données de santé sont strictement encadrées par les textes communautaires avec comme principe une interdiction formelle (A) et des exceptions soumises à un régime juridique particulier (B).

A. Une interdiction formelle de principe

Le principe est celui de l'interdiction. Toutefois, lorsque la personne concernée a donné son consentement explicite à un tel traitement, il peut être autorisé, sauf dans le cas où la législation d'un État membre prévoit que l'interdiction ne peut être levée par le consentement de la personne concernée.²

¹ A l'inverse, la CNIL considère que ne relèvent pas de cette catégorie les informations, dont le « degré de généralité (...) ('Hôpital', 'établissement spécialisé') ('présence d'un handicap oui/non') ne révèle pas de la pathologie de la personne concernée ». Droit de la donnée : principes théoriques et approche pratique, édition lexisnexis, p. 92.

² On retrouve également dans le règlement européen sur la protection des données (RGPD), cette même exception assortie du principe d'interdiction qui dispose que le traitement des données de santé peut être mis en œuvre sur la base du consentement explicite : « sauf si le droit d'un État membre ou de l'Union prévoit que l'interdiction ne peut être levée par ce seul consentement ».

1. Sur le plan communautaire

Sans pour autant être un obstacle au développement du numérique, l'acte additionnel de la CEDEAO vise à harmoniser, dans l'espace CEDEAO, les règles relatives au traitement des données, en établissant un cadre juridique unique pour tous les professionnels de santé. A travers cet instrument juridique, la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest vise, à renforcer le contrôle par les individus, de l'utilisation qui peut être faite de leurs données sensibles en général et de celles de santé, en particulier.

-Une interdiction de principe

Les dispositions de l'article 30 de l'acte additionnel A/SA.1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) dispose que « dans l'espace CEDEAO, il est interdit de procéder à la collecte et à tout traitement qui révèlent l'origine raciale, ethnique ou régionale, la filiation, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, la vie sexuelle, les données génétiques ou plus généralement celles relatives à l'état de santé de la personne concernée ».¹

¹ Article 30 de l'acte additionnel A/SA.1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace de la CEDEAO dispose que « dans l'espace CEDEAO, il est interdit de procéder à la collecte et à tout traitement qui révèlent l'origine raciale, ethnique ou régionale, la filiation, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, la vie sexuelle, les données génétiques ou plus généralement celles relatives à l'état de santé de la personne concernée ».

-Un traitement lié à un consentement préalable

Le droit des données fait du consentement de la personne concernée un préalable nécessaire au traitement des données à caractère personnel la concernant. En effet, faut-il le rappeler, défini par l'article 1^{er} de l'acte additionnel de la CEDEAO A/SA.1/01/10, le consentement est « toute manifestation de volonté expresse, non équivoque, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée ou son représentant légal, judiciaire ou conventionnel, accepte que ses données à caractère personnel fassent l'objet d'un traitement ».¹

Ainsi, comme prescrit pour tout traitement de données à caractère personnel, le consentement ne peut être considéré comme valide que lorsque les principes généraux qui l'encadrent sont respectés. Autrement dit, le consentement doit être collecté de manière libre, spécifique, éclairé et univoque.²

La personne concernée ne doit notamment pas être forcée à donner son accord et il ne doit pas y avoir un doute quant à la volonté de consentir. A cet égard, le responsable du traitement doit être en mesure de prouver que la personne concernée a consenti à l'opération. Autrement dit, la charge de la preuve incombe au responsable du traitement.³

¹ Article 3 alinéa 3 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel.

² Sur la forme du consentement, la loi malienne est muette sur la question, on se réfère au règlement général européen sur la protection des données (RGPD considérant 32) qui dispose que le consentement peut être donné au moyen d'une déclaration écrite, y compris par voie électronique, ou d'une déclaration orale. Cela pourrait se faire notamment en cochant une case lors de la consultation d'un site internet (...)

³ Alain BENSOUSSAN, *La protection des données à caractère personnel de 'A à Z'*, édition Lexing-Technologies avancées et droit, p. 47, commentaire 233

Toutefois, faut-il le rappeler, la primauté du consentement n'est pas absolue, puisque le droit peut y faire obstacle (consentement susceptible d'être affecté par un lien de subordination telle que la relation employeur-salarié, une situation particulièrement éprouvante, etc.).¹

2. Sur le plan national : un cadre juridique et réglementaire étendu

La collecte et le traitement des données de santé sont encadrés par des textes nationaux à valeur législative et réglementaire. En effet, du Code de déontologie annexé à la loi n° 8635/AN-RM du 12 avril 1986 portant institution de l'ordre national des médecins au Mali, à la loi hospitalière de 2002 modifiée, en passant par la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel, toute une panoplie de textes juridiques accordent à la vie privée du patient, une place de choix en ce qui concerne la collecte et le traitement de ses données de santé avec la consécration d'un certain nombre de droits, le respect de la confidentialité des données de santé et l'institution des peines en cas de non-respect de ces droits.

-Une large consécration des droits des personnes concernées (des patients)

Les dispositions juridiques qui encadrent le traitement des données des patients leur accordent des droits notamment, l'information préalable, la possibilité d'accès à leurs données. Ainsi, conformément à la Loi n°02-050 du 22 juillet 2002 modifiée, portant loi hospitalière en République du Mali, toute personne malade hospitalisée a le droit « d'obtenir, par l'intermédiaire d'un médecin de son choix, les informations contenues dans son dossier médical ».

¹ Code la protection des données personnelles annoté et commenté, 1^{ère} édition Dalloz 2018-2019, p. 72

De même, à sa sortie de l'établissement, le patient « doit recevoir sous pli fermé, une correspondance faisant le bilan de l'hospitalisation, précisant l'éventuel diagnostic retenu, et résumant les prescriptions de sortie qui ont été faites ».¹

Mieux, l'arrêté n° 08-2716/Ms-SG du 6 octobre 2008 portant charte du malade dans les établissements hospitaliers qui consacre également le droit à l'information préalable du patient, dispose que : « le malade a le droit d'être informé de ce qui concerne son état. C'est l'intérêt du malade qui doit être déterminant pour l'information à lui donner. Cette information doit permettre d'obtenir un aperçu complet de tous les aspects médicaux et autres, de son état et de prendre lui-même les décisions ou de participer aux décisions pouvant avoir des conséquences sur son bien-être ».²

Cette position de l'exécutif est confortée par le législateur dans la loi portant protection des données à caractère personnel qui exige du responsable de traitement, dans le cas d'espèce, l'hôpital à travers le médecin traitant, de fournir au patient, les informations relatives « à l'identité du responsable du traitement et, le cas échéant, de son représentant, la ou les finalités déterminées du traitement auquel les données sont destinées, les catégories de données concernées, le ou les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels les données sont susceptibles d'être communiquées, le fait de savoir si la réponse aux questions est obligatoire ou facultative ainsi que les conséquences éventuelles d'un défaut de réponse, le fait de pouvoir demander à ne plus figurer sur le fichier, l'existence d'un droit d'accès aux données la

¹ Article 4 de la loi n° 02-050 du 22 juillet 2002 portant loi hospitalière en République du Mali.

² Arrêté n°08-2716/Ms-SG du 6 octobre 2008 portant charte du malade dans les établissements hospitaliers.

concernant et de rectification de ces données, la durée de conservation des données, le cas échéant, des transferts de données à caractère personnel envisagés à destination de l'étranger ».¹ Cette obligation d'information qui conditionne le caractère libre et éclairé du patient va de pair avec le recueil du consentement.²

-Une institution des sanctions en cas de non-respect des droits des patients

Quel que soit le type du traitement mis en œuvre par l'hôpital et les médecins, il est fait obligation à tout professionnel participant à la prévention et aux soins, la préservation du droit au respect de la vie privée et du secret des informations du patient.

En application des dispositions de l'article 7 du Code de déontologie annexé à la loi n° 86-35/AN-RM du 12 avril 1986 portant institution de l'Ordre national des médecins « le secret professionnel s'impose à tout médecin, sauf dérogations prévues par la loi Code de déontologie médicale ». A cet égard, la révélation des informations de santé d'un patient, hors les cas où la loi l'impose ou l'autorise, constitue une violation du secret professionnel qui expose la personne qui en est dépositaire, soit par état soit par profession à une peine

¹ Article 15 de la loi n°2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel

² L'article 6 des Codes harmonisés de déontologie et d'exercice des médecins dans l'espace CEDEAO de mars 2013 consacre également la protection de la vie privée. Ils disposent : « Le respect de la vie, de la personne humaine, de sa dignité et de l'environnement constitue en toutes circonstances le devoir primordial du praticien. Un praticien doit se destiner à fournir des soins médicaux compétents, avec compassion et respect pour les droits de l'homme et la dignité des patients ».

d'emprisonnement de six mois à deux ans et facultativement d'une amende de 20 000 à 150 000 FCFA conformément au Code pénal du Mali.¹

Aussi, l'arrêté n° 2017-0644/MSHP-SG du 17 mars 2017 déterminant les caractéristiques des différents types de dossier médical conditionne le traitement automatisé des données de santé au respect de la confidentialité « des informations à caractère médical ». ² D'une manière générale, l'accès frauduleux à un système informatique ainsi que le maintien dans ce système sont sanctionnés d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 200 000 à 5 000 000 de FCFA ou de l'une de ces deux. ³

Egalement s'agissant de l'exploitation des données de santé dans le domaine de la recherche en santé, le législateur malien, à travers la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel, a institué une sanction pécuniaire en cas d'atteinte aux droits des personnes concernées. Ainsi, en application des dispositions de l'article 65 de la loi susmentionnée, le traitement automatisé de données à caractère personnel nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé, en violation des lois et règlements, est réprimé d'une amende de cinq millions à vingt millions de francs. ⁴

¹ Loi n° 2001-79 du 20 août 2001 portant Code pénal.

² Article 5 de l'arrêté n° 2017-0644/MSHP-SG du 17 mars 2017 déterminant les caractéristiques des différents types de dossier médical.

³ Article 4 de la loi n° 2019-056 du 5 décembre 2019 portant répression de la cybercriminalité en République du Mali.

⁴ Article 65 de la loi n°2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel.

Le principe d'interdiction de traitement des données sensibles est assorti d'un certain nombre d'exceptions qui sont minutieusement encadrées par le législateur (1) et soumis à un régime juridique particulier par l'Autorité de protection des données à caractère personnel (2).

1. Des exceptions très encadrées

En l'absence de consentement de la personne concernée, le traitement des données de santé peut être conforme à la loi lorsqu'il est réalisé en vue de l'atteinte de certains objectifs précis, ou lorsque la loi l'exige.¹ Ces exceptions portent sur la sauvegarde de la vie humaine, l'intérêt direct du patient, l'intérêt de la santé publique et le régime médical.

-Les exceptions pour la sauvegarde de la vie du patient ou d'un tiers

En application des dispositions de l'article 9 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, les données sensibles peuvent faire l'objet d'un traitement présentant des garanties appropriées définies par l'Autorité en charge de la protection des données à caractère personnel, si le traitement « est nécessaire ou est mis en œuvre pour la sauvegarde de la Vie de la personne concernée ou d'un tiers, lorsque la personne concernée ne peut donner son consentement, du fait d'une incapacité juridique ou d'une impossibilité matérielle ».

Sont concernés par cette dérogation, les traitements mis en œuvre dans le cadre de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion des services de santé et ceux effectués par un professionnel de santé soumis au secret professionnel.

Ainsi, les professionnels de santé peuvent échanger des informations relatives à un même patient, sauf opposition de sa part, afin de s'assurer

¹ <https://editioneo.com/blog/rgpd-donnees-concernant-la-sante>

la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge possible. Lorsque le malade est pris en charge par une équipe de soins dans un établissement de santé, les informations sont réputées confiées à l'ensemble de l'équipe.

-Les exceptions pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique

Les traitements de données à caractère personnel de santé sont légitimes lorsqu'ils ont pour finalité de permettre aux professionnels de santé de participer aux actions de prévention et de veille sanitaire poursuivies par les autorités de santé et de contribuer aux travaux de recherche médicale. De plus, les professionnels de santé sont contraints, dans certaines circonstances, de communiquer certaines informations aux autorités sanitaires, par exemple pour certaines maladies infectieuses qui exigent une intervention urgente ou dont la surveillance est nécessaire à la conduite et à l'évaluation de la politique de santé publique.

En outre, la recherche médicale justifie aussi le traitement notamment la communication de données personnelles de santé (pharmacovigilance, études épidémiologiques, observationnelles, essais cliniques) sous réserve du droit d'opposition des patients concernés

2. Des exceptions soumises à un régime juridique particulier

En raison de leur nature et conformément aux dispositions de la loi n°2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, et de la délibération n°2016-003 modifiée, relative aux formalités nécessaires aux traitements de données à caractère personnel, le traitement des données de santé nécessite une demande d'autorisation auprès de l'APDP.

-Régime de demande d'autorisation

En raison soit, de la nature des données traitées, en l'occurrence, les données de santé ou de la finalité envisagée, certains traitements sont soumis au régime de demande d'autorisation auprès de l'Autorité de protection des données à caractère personnel. Il s'agit des traitements mis en œuvre à des fins d'évaluation, d'analyse des pratiques ou des activités de soins et de prévention.

Aussi, sont mis en œuvre après autorisation de l'Autorité, conformément aux dispositions de la délibération n° 2016-003 modifiée, portant sur les formalités nécessaires au traitement de données personnelles, les traitements des données à caractère personnel portant entre autres, sur : « des données génétiques, dans le domaine de la recherche de la santé ».¹

En effet, sur la base de ce régime, l'Autorité a, par délibération n°2021-205/APDP du 10 septembre 2021 autorisé la société Orange Mali-SA à mettre en œuvre le traitement de données à caractère personnel relatif à la gestion et au suivi médical de son personnel. En effet, les données concernées par ce traitement sont celles portant entre autres sur, « les habitudes de vie sexuelle, l'origine ethnique et raciale aux fins de diagnostiquer des pathologies liées à la race ».²

-Procédure de la demande d'autorisation

¹ Article 3 de la délibération n°2016-003 modifiée portant sur les formalités nécessaires au traitement de données personnelles.

² Délibération n°2021-205/APDP du 10 septembre 2021 autorisant la société Orange Mali-SA à mettre en œuvre le traitement de données à caractère personnel relatif à la gestion et au suivi médical de son personnel. Répertoire des déclarations de traitement, disponible sur le site web de l'Autorité, accessible à l'adresse suivante : www.apdp.ml

Conformément aux champs du formulaire de demande d'autorisation de l'Autorité, le dossier produit à l'appui de la demande d'autorisation doit comprendre notamment « un descriptif de la finalité du traitement ; la nature des données dont le traitement est envisagé et la justification du recours à celles-ci ; la durée souhaitée de leur conservation et leurs méthodes d'analyse ; l'identification des personnes, services ou organismes qui en sont détenteurs et qui sont susceptibles de les communiquer au demandeur si celui-ci est autorisé à mettre en œuvre le traitement ; le type de diffusion ou de publication des résultats du traitement envisagé, le cas échéant, par le demandeur. Il doit aussi inclure les caractéristiques techniques du traitement, les interconnexions envisagées ou toute forme de mise en relation des informations ainsi que les dispositions prises pour assurer la sécurité et la confidentialité des données collectées et traitées.

En application des dispositions de l'article 47 de la délibération n°2017-026/APDP du 16 août 2017 portant modification du règlement intérieur de l'Autorité de protection des données à caractère personnel (APDP) « l'organe délibérant se prononce dans un délai de deux mois à compter de la réception de la demande. Toutefois, ce délai peut être prorogé une fois pour une durée égale sur décision motivée de son président ».

II. Un cadre juridique inadapté

Le droit au respect de la vie privée est un droit fondamental. A ce titre, la vie privée des individus doit être protégée contre toutes les atteintes qui peuvent l'affecter. Malheureusement, le développement croissant du

numérique a mis cette protection en péril comme illustré par Alex Turk : « la vie privée en péril, des citoyens sous contrôle ».¹

En effet, devenues un instrument incontournable, les technologies de l'information et de la communication (TIC) font peser des risques sur les informations personnelles. Ainsi, pour protéger les individus contre l'oppression du numérique et afin d'être en adéquation avec les législations internationales en la matière, le législateur malien est intervenu pour réglementer la protection des données à caractère personnel en prévoyant un arsenal juridique à caractère *préventif et répressif* qui, aujourd'hui est en déphasage avec les évolutions technologiques.

Pour reprendre Mallorie Wozny qui affirme que : « la législation accuse toujours un retard sur l'innovation, et le législateur n'est pas spécialiste du numérique : cela peut mener à une inadéquation qui peut de ce fait aboutir à l'institution de règles tantôt trop laxistes et insuffisamment dissuasives ».²

Aussi, la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel souffre de beaucoup d'insuffisances face aux défis de la digitalisation ou de la transformation numérique de la santé (A) et face aux défis de la recherche en santé et en biomédicale (B).

A. L'inadaptation face à la e-santé (santé électronique)

¹ Alex TURK, *La vie privée en péril : des citoyens sous contrôle*, édition Odile Jacob de parution : 7 avril 2011

²Thèse soutenue en 2017 à l'Université de Lyon portant sur : « Exploitation des données personnelles : raison commerciale, raison d'état et opportunités », sous la direction de Clément OURY, Head of Data, Network and Standards – ISSN International Centre.

De grandes quantités de données sont produites quotidiennement par les activités médicales telles que, les consultations, les comptes rendus d'hospitalisation, les rapports d'analyse de laboratoire, les comptes rendus opératoires, etc. Ces données sont consignées dans des supports essentiellement textuels notamment des registres, des images, des fichiers audio et vidéo dont le mode d'accès et d'exploitation se fait principalement de manière manuelle.

1. Une inadaptation face à l'automatisation des traitements

Avec l'irruption du numérique dans le domaine, les opérations qui se réalisaient sous support papier, ont connu un développement "exponentiel" grâce à l'implication des machines notamment les ordinateurs, les logiciels, les serveurs permettant une collecte massive des données des personnes concernées.

Pour partager l'inquiétude de Éric Pechillon on se pose la question de savoir si les principes généraux du droit de la santé ne sont pas menacés « par le culte de la modernisation de l'action publique et par la recherche constante d'une plus grande efficacité des politiques de santé publique prônées par l'exécutif ? ».¹

Sensibles parmi les plus sensibles, les données de santé qui doivent être les mieux protégées sont cependant les plus convoitées. A titre illustratif, le rapport de *eurosanitéVeille 2018*, affirme que « il nous suffit par exemple de constater l'appétit féroce des GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) qui s'intéressent de plus en plus à notre santé et plus précisément à nos données de santé ».

En effet, toujours selon ce document, « le marché de la santé numérique est estimé à plus de 400 milliards de dollars à horizon 2022.

¹ L'accès ouvert aux données de santé : la loi peut-elle garantir tous les risques de dérives dans l'utilisation de l'information ?

Au fur et à mesure que les différents mondes médicaux s'informatisent, du médecin de ville à l'hôpital, que le génome est séquencé et que se développent les plateformes d'E-Santé, les sources de données de santé se multiplient ».¹

Aujourd'hui, le numérique fait partie intégrante de la prestation de soins et de la prise en charge de la santé au Mali. Pour reprendre l'ONG Terre des hommes Lausanne : « Il constitue un atout puissant pour renforcer les systèmes de santé. Les organisations de soins et les professionnels de santé utilisent les technologies de l'information afin de gérer les dossiers des patients, prendre des décisions cliniques et créer des plans de soins ou encore répondre efficacement aux besoins des patients ».² C'est pourquoi, dès 2008, l'Etat du Mali a, par ordonnance n° 08-007/P-RM du 26 septembre 2008 institué un organe spécifique dénommé « Agence nationale de télésanté et d'informatique médicale (ANTIM), chargé de la cyber-santé. L'objectif de cet organe, « est de supporter le système de santé actuel en facilitant l'accès des populations aux soins de santé spécialisés à tous les niveaux de la pyramide sanitaire en bravant les contraintes géo-spatiales et le déficit en spécialistes ».³

Dans le cadre de la régulation des traitements de données de santé, l'Autorité de protection des données à caractère personnel, en janvier 2017, l'Autorité, par délibération n° 2017-007/APDP du 14 février 2017 a autorisé la délégation du Mali de la fondation Terre des hommes Lausanne à mettre en œuvre le projet « Ieda », en vue de l'amélioration de la qualité des prestations de soins de santé des enfants de moins de cinq ans.

¹ Le traitement des données de santé : encadrer pour mieux valoriser, page 3

² <https://www.letemps.ch/opinions/succes-faiblesses-sante-digitale-mali>

³ Ousmane Fomba, directeur de l'Agence nationale de télésanté et d'informatique médicale <http://41.73.116.155:8000/antim/index.php>

Ce projet dénommé : « IeDa : Integrated e-Diagnostic Approach, (approche diagnostique électronique intégrée) collecte et traite les données d'identification et d'état civil du patient tels que le nom, le prénom, la date de naissance, le village, les nom et prénoms de la mère, la distance du village au centre de Santé Communautaire (CSCOM), les signes de danger à savoir, les informations sur l'état de l'allaitement, l'état de santé du patient c'est-à-dire les raisons de la consultation (diarrhée, toux, fièvre, problème d'oreille, est réalisé par le prestataire Dimagi, basé à Francisco, aux Etats Unis d'Amérique.¹

Par ailleurs, ont commencé à voir le jour, certaines plateformes numériques permettant aux patients de rentrer en contact avec les médecins dans le cadre des soins, le suivi et la facilitation des prélèvements. Dans ce domaine, l'APDP a, par délibération n° 2022-072/APDP du 14 février 2022, autorisé la société « APPUI MEDICAL » à mettre en œuvre son traitement de données à caractère personnel relatif la gestion des prélèvements des clients (patients).

Ledit traitement permet aux personnes concernées (clients), via une plateforme dédiée, de recueillir les données à travers son interface et de les stocker. Il s'agit des données relatives à l'identification et état civil : les nom et prénoms, le sexe, le numéro de téléphone et l'email, qui figurent sur l'analyse ainsi que des données de connexion : adresse IP, des données de santé : la photo des bulletins d'analyse.²

¹ Délibération n°2017-007/APDP du 14 février 2017 autorisant la délégation du Mali de la fondation Terre des hommes Lausanne à mettre en œuvre le projet « Ieda », en vue de l'amélioration de la qualité des prestations de soins de santé des enfants de moins de cinq ans.

² Voir le site web de l'Autorité de protection des données à caractère personnel, www.apdp.ml

Egalement, lors de sa session extraordinaire de mai 2022, l'APDP a autorisé la société Kènèya Koura SAS à poursuivre son traitement de données relative à la gestion électronique des données des patients et des médecins sur sa plateforme : <https://keneyakoura.com>.¹ L'objectif de ce traitement est de permettre une bonne gestion des agendas des médecins pour faciliter pour une prise en charge optimale des patients.²

Ces mesures de régulation de traitements, même si elles sont notables, ne permettent pas de faire face aux enjeux de la protection des données de santé dans l'espace numérique. En effet, l'essor du numérique facilite la collecte massive des données de santé et leur circulation à grande échelle surtout au niveau des objets connectés et des professionnels de la santé.

Ainsi, la circulation des données dans le cadre des échanges professionnelles pose le problème de mise en conformité aux textes nationaux des structures situées dans des pays tiers dont certains n'ont pas encore une législation sur la protection des données à caractère personnel.

Au-delà du problème d'encadrement juridique des traitements de données personnelles à l'échelle mondiale, la circulation des données de santé entre professionnels pose le problème de la garantie de sécurité, de confidentialité voire même de pérennité desdites données.

Quant aux objets connectés, permettant aux utilisateurs de contrôler leur état de santé à travers des données collectées par des capteurs numériques, leur usage pose un problème d'éthique quant au sort des informations stockées et puis envoyés à leurs fabricants.

¹ Délibération n°2022-098/APDP du 20 mai 2022 autorisant la Société Kènèya Koura SAS à poursuivre son traitement de données relative à la gestion électronique des données des patients et des médecins

² <https://keneyakoura.com/>

Quand on sait que des millions d'objets connectés sont produits et commercialisés dans le monde comme des marchandises ordinaires sans réglementation spécifique, la protection des données à caractère personnel à ce niveau reste un sujet de préoccupation.

2. Une faiblesse face aux compromissions des données

Malgré l'obligation de sécurité qui incombe aux responsables de traitement des données en vertu de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée et l'adoption de la loi n° 056-2019 du 5 décembre 2019 portant répression de la cybercriminalité, la compromission des données de santé demeure une menace grave sur les données à caractère personnel et particulièrement sur les données de santé.

Ainsi, par suite de négligence d'un employé ou d'une défaillance d'outil informatique, les données de santé peuvent se retrouver sur la place publique au grand dam des personnes concernées et des responsables.

Par ailleurs, les données de santé peuvent également faire l'objet d'intrusions malveillantes de la part de cybercriminels soit par vol soit par chiffrement. Toutes ces menaces de compromission sont dues à la numérisation des activités de collecte et traitement des données de santé contre lesquelles, l'Etat malien n'a pas mis en place une stratégie nationale de cybersécurité à même de minimiser les méfaits des cybercriminels.

Le piratage informatique de bases de données est devenu monnaie courante partout dans le monde même si le phénomène semble, pour le moment, rare au Mali. A titre de rappel, le 15 avril 2022, la formation restreinte de la CNIL a sanctionné la société DEDALUS BIOLOGIE d'une amende de 1,5 million d'euros, notamment pour des défauts de sécurité

ayant conduit à la fuite de données médicales de près de 500 000 personnes.¹

Aussi, les lieux d'hébergement de ces données de santé ne rassurent pas quant à leur sécurité et confidentialité. Les données collectées par la quasi-totalité des plateformes sont hébergées dans des clouds sis aux Etats Unis, un pays d'une autre culture juridique. Or, décider de confier ses données, surtout les plus "sensibles et confidentielles", à un prestataire américain n'est pas sans conséquence sur la vie privée des personnes concernées puisqu'à ce jour, le législateur américain ne semble toujours pas comprendre la nécessité d'une telle protection.²

Il peut être affirmé que les données des personnes ne sont pas à l'abri d'accès des tierces personnes si elles sont confiées à un prestataire américain ou si elles sont hébergées sur le sol américain. En effet, les données à caractère personnel des individus aux mains des sociétés étrangères posent quotidiennement des problèmes de respect de la vie privée et des données à caractère personnel. A cet égard, le *Patriot Act* et le *Cloud Act* sont entre autres, des dispositions légales qui cautionnent cette violation.

En effet, ces deux actes confèrent aux autorités américaines le droit de *contraindre les prestataires de services américains et les sociétés américaines* à leur fournir les données d'un utilisateur ou d'une entreprise, quelle que soit sa nationalité et la localisation des données.

¹ <https://www.cnil.fr/fr/fuite-de-donnees-de-sante>

² Alex TURK dans son livre intitulé : *La vie privée en péril : Des citoyens sous contrôle*.

B. L'inadaptation face aux défis de la recherche en santé et en biomédicale

« La recherche en santé est un devoir moral parce qu'elle est la base des soins probants prodigués par tous les dispensateurs de soins ». ¹ En ce qui concerne le traitement des données dans le domaine de la recherche en santé, la loi relative à la protection des données n'est pas très explicite sur la question malgré le caractère délicat de la recherche notamment les déviances ainsi que les abus liés au partage excessif des données collectées. Pourtant, le législateur malien, dans la même loi, a mis l'accent sur un aspect très important qu'est celui du respect de l'identité humaine, les droits de l'homme, la vie privée, les libertés publiques et individuelles, etc.

Paradoxalement, aucune précision quant à la procédure de mise en œuvre du traitement des données à caractère personnel s'inscrivant dans le domaine de la recherche en santé même si en 2009 une loi avait été adoptée pour régir la recherche biomédicale sur l'être humain. ² Contrairement au droit malien, le droit français fait distinguer deux hypothèses à savoir, la recherche impliquant la personne humaine et celle ne l'impliquant pas.

1. La recherche impliquant la personne humaine

Lorsque la recherche implique la personne humaine, la Commission nationale de l'informatique et des libertés « prend sa décision après avis d'un comité de protection des personnes (CPP) rendu dans un délai de

¹ [Paediatr Child Health](https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/16411111/), « Les enjeux éthiques entourant la recherche en santé sur les enfants », 2008 Oct; 13(8): 714–720. [https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles](https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2688881/)

² Loi n° 09-059 /du 28 décembre 2009 régissant la recherche biomédicale sur l'être humain

quarante- cinq (45) jours ».¹ Ce comité conformément aux dispositions de l'article 53 de la loi informatique et libertés : « émet un avis sur la méthodologie de la recherche au regard des dispositions de la présente loi, la nécessité du recours à des données à caractère personnel et la pertinence de celles-ci par rapport à l'objectif de la recherche, préalablement à la saisine de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ».² A cet égard, Matthieu Bourgeois, rappelle que conformément aux nouvelles dispositions « chaque comité comporte parmi ses membres une personne qualifiée en matière de protection des données ».³

2. La recherche n'impliquant pas la personne humaine

Lorsque les demandes d'autorisation concernent des études ou des évaluations ainsi que des recherches n'impliquant pas la personne humaine, c'est le Comité d'expertise pour les recherches, les études et les évaluations dans le domaine de la santé (CEREES)⁴ qui est saisi par le

¹ Mathieu BOURGEOIS, *Droit de la donnée : Principes théoriques et approche pratique*, édition LexisNexis, p. 137, le point 577.

² Laora TILMAN : « Recherche et utilisation des données médicales : un cadre inadéquat ? » article publié par *Cahiers Droit, Sciences et Technologies*, accessible à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/cdst/403#ftn4>; siteweb visité le 1^{er} août 2022 à 17 heures 38 min, dernière visite

³ Mathieu BOURGEOIS, *Droit de la donnée : Principes théoriques et approche pratique*, édition LexisNexis, p. 137, le point 577.

⁴ Comité éthique et scientifique pour les recherches, les études et les évaluations dans le domaine de la santé) est chargé de rendre, avant l'autorisation de la CNIL, des avis sur les projets d'études nécessitant le recours à des données personnelles de santé.

secrétariat unique préalablement à la saisine de la Commission nationale de l'informatique et des libertés elle-même.¹

Il est important de rappeler que les avis du CPP et du CEREES peuvent être complétés par celui de l'Institut national des données de santé, prévu à l'article L.1462-1 du Code de la santé publique, dès lors que la recherche, l'étude ou l'évaluation justifiant la demande de traitement présente un caractère d'intérêt public. Cet institut est saisi aussi bien par la CNIL que par le ministre chargé de la santé. Il peut également évoquer le cas de sa propre initiative.²

Certes, au Mali, les missions du Comité national d'éthique pour la santé et les sciences de la vie sont décrites par le décret n°02-200/P-RM du 22 avril 2002, qui le charge de donner entre autres, des avis sur les problèmes éthiques soulevés par les progrès de la connaissance dans le domaine de la médecine, de la pharmacie, de la biologie, de la santé et des autres sciences de la vie et de faire des recommandations sur ces sujets,³ cependant, aucune précision n'a été fournie par la n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, quant aux modalités de collaboration entre ce comité et l'Autorité de protection des données à caractère personnel (APDP).

Conclusion

Il ressort de cette étude que la mise en œuvre de l'arsenal normatif et institutionnel qui encadre la gouvernance des données de santé exprime

¹ *Ibidem*.

² Article 54 II, alinéa 4 de la Loi informatique et des libertés- Mathieu BOURGEOIS, *Droit de la donnée : Principes théoriques et approche pratique*, édition LexisNexis, p. 137, le point 578.

³ Décret n° 02-200 / P-RM du 22 avril 2002 portant création du Comité national d'éthique pour la santé et les sciences de la vie.

la volonté de l'Etat du Mali de sécuriser la vie privée des individus contre les dérives inhérentes à la collecte et au traitement de leurs données à caractère personnel en général et celles de santé en particulier surtout dans un environnement caractérisé par l'essor fulgurant des technologies de l'information et de la communication (TIC).

Toutefois, faut-il le souligner, en dépit des dispositions susmentionnées, la problématique de la sécurisation des données de santé demeure non résolue. En effet, l'arsenal juridique actuel, malgré sa vocation à couvrir tous les traitements de données personnelles, quelle que soit leur nature, est quasiment en déphasage avec les nouvelles méthodes de collecte et de traitement des données de santé.

Les technologies de collecte et de stockage des données des patients connaissent, de nos jours, une évolution sans précédent. Elles permettent de récolter et d'enregistrer toujours plus d'informations sur les individus et offrent de nombreuses perspectives nouvelles. Cependant, la rapidité avec laquelle il est aujourd'hui possible de stocker, de traiter et de transférer des données entre praticiens de la santé ou laboratoires d'analyse, ne permet pas toujours aux personnes concernées, de garder un œil attentif et prudent sur l'utilisation faites de leurs données ainsi que sur la ou les finalité (s) de leur traitement. Dès lors, la difficile équation de la conciliation du partage de données et la préservation du droit à la protection de la vie privée se pose d'où la nécessité d'adapter le cadre juridique à l'évolution technologique.

BIBLIOGRAPHIE

1. Textes législatifs et règlementaires

- Acte additionnel A/SA.1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace de la CEDEAO ;
- Loi n° 98-035 du 20 juillet 1998 régissant le contrôle sanitaire aux frontières ;
- Loi n° 98-036 du 20 juillet 1998 régissant la lutte contre les épidémies et les vaccinations obligatoires contre certaines maladies ;
- Loi n° 02-049/ du 22 juillet 2002 portant loi d'orientation sur la sante ;
- Code de déontologie médicale annexé à la loi n° 86-35 / AN-RM du 12 avril 1986 portant institution de l'ordre national des médecins ;
- Loi n° 02 - 050 du 22 juillet 2002 portant loi hospitalière ;
- Loi n° 02-044 / du 24 juin 2002 relative à la santé de la reproduction ;
- Loi n° 02-049/du 22 juillet 2002 modifiée par la Loi n°2018-049 portant loi d'orientation sur la santé ;
- Loi n° 09-0 15 du 26 juin 2009 portant institution du régime d'assurance maladie obligatoire ;
- Loi n° 09-059 /du 28 décembre 2009 régissant la recherche biomédicale sur l'être humain ;
- Loi n° 2019-056 du 5 décembre 2019 portant répression de la cybercriminalité en République du Mali ;
- Ordonnance n° 08-007/P-RM du 26 septembre 2008 portant institution de l' « Agence nationale de télésanté et d'informatique médicale (ANTIM) ;
- Décret n° 97-212/PM-RM du 10 juillet 1997 portant création du Comité permanent de gestion des épidémies ;
- Décret n°07-165/P-RM du 23 mai 2007 fixant la liste des maladies à déclaration obligatoire et les conditions de cette déclaration ;
- Décret n° 02-200 / P-RM du 22 avril 2002 portant création du Comité national d'éthique pour la santé et les sciences de la vie

2. Ouvrages spécialisés

- Alex TURK, *La vie privée en péril : des citoyens sous contrôle*, édition Odile Jacob ;
- Laurant RAIMOND, *La Protection des Données Personnelles : 100 Questions réponses pour comprendre et mieux se protéger* ;
- Editions Législatives, *Protection des Données Personnelles : Réussir sa mise en conformité* 2^{ème} édition : éditions législatives ;
- Code de la protection des données personnelles : Annoté et commenté* ; édition Dalloz 2018-2019 ;
- Garance MATHIAS, Amandine KASHANI-POOR, Aline ALFER, « Le Délégué à la Protection des Données (DPO) », *Revue Banque*, 7 Janvier 2021 ;
- Christiane Féral, CYBERDROIT, *Le droit à l'épreuve de l'internet*, 6^{ème} édition, Dalloz ;
- Jacque LARRIEU, Ellipses : *Droit de l'internet* 2^{ème} édition Ellipses ;
- Edition 2015, Lamy *Droit du Numérique* ;
- Lamy, *Droit du numérique*, Guide pratique édition 2015 ;
- Manuel de Droit Européen en matière de protection des données personnelles*, Édition 2018 ;
- Fabrice Mattatia CNIL, *Le droit des données personnelles* 2^{ème} édition EYROLLES ;
- Mattieu BOURGEOIS, *Droit de la Donnée : Principes théoriques et approche pratique*, édition LexisNexis ;
- Mamadou LO, *Protection des données à caractère personnel en Afrique : Réglementation et Régulation*, Baol Editions ;
- Alain BENSOUSSAN, *La protection des Données Personnelles de « A à Z »*, édition Lexing ;

-Andreas BUCHER, « Personnes physiques et protection de la personnalité », in *Théorie et pratique du droit*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1985, *Revue internationale du droit comparé* ;

-Jacques-Michel GROSSEN, « La protection de la personnalité en droit privé (quelques problèmes actuels) », in *Revue de droit suisse*, 1960, II, p. 1 a- 131 a ;

-Alain BENSOUSSAN, *Informatique et libertés*, Editions Francis Lefebvre, 2008 ;

-Vincent BERGER, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Editions Dalloz, 11^{ème} édition, 2009 ;

-*Guide pratique sur la protection des données personnelles de la CNIL* édition 2018 ;

-*Guide de la CNIL : Données de santé : droits d'usage* Congrès SFIL – Montpellier – 28 mars 201 ;

-Recueil des normes de l'Autorité de protection des données à caractère personnel du Mali ;

3. Thèses de doctorat

-Thèse de Monsieur Ibrahim COULIBALY, *La protection des données à caractère personnel dans le domaine de la recherche scientifique*, soutenue publiquement le 25 novembre 2011 à l'Université de Grenoble ;

-Thèse de ETIEN-GNOAN N'Da Brigitte : *L'encadrement juridique de la gestion électronique des données médicales* : présentée et soutenue publiquement le 18 Décembre 2014 à la Faculté de droit et santé de l'Université –Lille 2 ;

-Thèse de Guillaume ARNAUD soutenue le 10 décembre 2019 : *La gestion des risques en santé publique au Québec : cadre de référence* en date du 24 février 2016 ;

-Thèse de Mahamadou Aly HAIDARA : *La protection des données à caractère personnel en droit malien : entre affirmation et protection contrariée*,

soutenue le 28 mai 2022 à la Faculté de droit public de l'Université des Sciences Juridiques et Politiques de Bamako ;

4. Articles scientifiques et thèses

-Les données de vie réelle, un enjeu majeur pour la qualité des soins et la régulation du système de santé L'exemple du médicament : Bernard Bégaud, Dominique POLTON, Franck VON LENNEP Rapport réalisé à la demande de Madame la Ministre de la santé Marisol Touraine ;

-Le traitement des données de santé et le Règlement européen sur la protection des données du 27 avril 2016, Jeanne BOSSI MALAFOSSE, avocat associé Delsol Avocats Date : avril 18 Pays : France Périodicité : Mensuel Journaliste : Jeanne BOSSI MALAFOSSE

-L'encadrement juridique du traitement informatisé des données relatives à la santé : perspective europeo-canadienne : Cynthia CHASSIGNEUX, Pierre TRUDEL, Bartha Maria KNOPPERS, (2006) 4:1 GenEdit, 1-8 ;

-BIG DATA & protection des données dans le domaine de la santé Sébastien Fanti, publié par le site web : <https://lexing.ch/wp-content/uploads/2017/10/31.pdf>

5. Webographie

- <https://sgg-mali.ml/fr/accueil.html>
- <https://www.legifrance.gouv.fr>
- <https://www.wikipédia.com>
- <http://www.cnil.fr/la-cnillactu-cnill>
- <https://www.murielle-cahen.com/publications/donnees.asp>
- <https://www.ladissertation.com>
- <https://www.conseil-etat.fr>
- <https://www.dalloz-actualite.fr>
- <https://www.legifrance.gouv.fr>
- <https://www.legifrance.gouv.fr>

- <https://www.apdp.ml>
- www.youtube.com.
- [www. antim/index.php](http://www.antim/index.php)
- <http://www.ccin.mc>.
- <https://www.cdp.sn>
- <https://apdp.bj/procedures>
- <https://www.cil.bf>

**RÉGULATION DES RECOURS ET PRINCIPE D'ÉQUITÉ EN
CONTENTIEUX ADMINISTRATIF MALIEN**

**Mohamed Ousmane KEITA,
enseignant-chercheur à l'École normale d'enseignement technique et
professionnel (ENETP) de Bamako et avocat au barreau de Paris**

« Les phénomènes de régulation [...] sont une propriété
essentielle de la vie dont ils assurent la permanence et la stabilité
face à un environnement sujet à de grandes fluctuations. Dans les
cas extrêmes, les régulations sont susceptibles de s'adapter à des
fluctuations qui dépassent les limites de fonctionnement normal
(stress, croissance, etc.). Ainsi est assurée la pérennité de
l'organisme par une dérive des régulations dans le cadre de
phénomènes plus vastes. »

Jean-Jacques MATRAS et Georges CHAPOUTHIER¹

¹ J.-J. MATRAS et G. CHAPOUTHIER, « Régulation », dans : S. AUROUX (dir.), *Les notions philosophiques : dictionnaire : Tome 2, Philosophie occidentale M-Z, pensées asiatiques, conceptualisation des sociétés traditionnelles, tables analytiques*, Paris, France : Presses universitaires de France, 2002, p. 2218.

Avec l'avènement de la démocratie, le constituant de la transition de 1991 a lancé le chantier de la construction de l'État de droit. C'est ainsi que l'article 51 de l'acte fondamental n° 1/CTSP du 31 mars 1991 a remplacé le terme « autorité judiciaire » par celui de pouvoir judiciaire¹, que monsieur Alpha Oumar Konaré, le premier président de la troisième République, a invité la justice malienne à troquer le loyalisme de la période dictatoriale contre la loyauté au droit positif². Le constituant a, dans le même sens, consacré la primauté des droits fondamentaux sur les prérogatives de la puissance publique en leur dédiant le premier titre de la Constitution du 25 février 1992. Il a créé un véritable domaine constitutionnel contrôlé par la nouvelle Cour constitutionnelle³. Malgré cette mise à l'honneur des droits et libertés individuels, l'accès à la Cour constitutionnelle reste réservé aux seuls chefs des institutions républicaines. C'est la raison pour laquelle cette étude ne traitera pas le travail des gardiens de la norme fondamentale. La mission de régulation de la Cour constitutionnelle porte sur les prérogatives et les procédures mises en œuvre par les institutions, ce qui l'a conduit à rappeler l'importance du respect de l'autonomie du pouvoir judiciaire⁴. Cette

¹ Article 51 de l'acte fondamental n° 1/CTSP du 31 mars 1991, *JORM* n° 1991-08 du 30 avril 1991, p. 283.

² « Extraits du discours du président Alpha Oumar Konaré à la rentrée judiciaire 1993-1994 [...] », dans : D. DIAWARA, *Les grands textes de la pratique institutionnelle de la III^e République*, Éditions Société malienne d'Édition, Bamako, 1994, p. 175-176.

³ « Loi n° 92-028 du 5 octobre 1992 portant loi organique relative à l'organisation et au fonctionnement de la Cour Constitutionnelle », *JORM* n° 1992-20 du 31 octobre 1992, p. 730-734.

⁴ « [...] Qu'en revenant, 20 années plus tard, soumettre, pour leur nomination, les magistrats du Parquet général de la Cour suprême à la proposition discrétionnaire du ministre en charge de la Justice, la loi nouvelle opère un recul

conception de l'office du juge constitutionnel fait du juge administratif la clef de voute de l'État de droit face à l'exorbitance caractéristique de l'action et de la procédure administratives.

Au sein du pouvoir judiciaire, la justice administrative a une position particulière en ce qu'elle ne se contente pas uniquement de dire le droit. Elle cherche également à stabiliser l'ordonnement juridique en conseillant l'administration dont elle censure les décisions illégales. En effet, il convient de rappeler que l'expression « administrer » de la justice administrative a été empruntée au latin *administrare* qui signifie prêter son aide, servir. C'est la raison pour laquelle cette justice spéciale est à la fois un outil et un instrument de direction des conduites humaines, parce que les gouvernants servent les administrés à travers elle tout en se servant d'elle. Elle arrive à maintenir la confiance dans sa capacité à assumer ses

anticonstitutionnel, à tous égards, et dont la mise en œuvre ne sera pas, non plus, sans difficultés majeures ; Qu'en effet, la loi n° 02-054 du 16 décembre 2002 portant statut de la magistrature dispose en son article 28 : « Toutes nominations aux fonctions judiciaires sont faites par décret du Président de la République en réunion du Conseil Supérieur de la Magistrature » ; tandis que la loi n° 03-033 du 7 octobre 2003 fixant l'organisation, la composition, les attributions et le fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature, en son article 12, reprend in extenso, les dispositions unifiées sus rapportées de la loi de 1996 ; Que ces textes procédant, eux-aussi, de lois organiques, il se posera, inéluctablement, un réel problème de référence textuelle en la matière ; Considérant qu'il importe de retenir, en définitive, qu'en raison de la nature institutionnelle de la Cour suprême, incarnant le pouvoir judiciaire et dont la séparation des deux autres pouvoirs, exécutif et législatif, est clairement proclamée par la Constitution, l'on ne saurait admettre que des magistrats, membres de la Cour suprême, fussent-ils du Parquet général, relèvent de l'autorité hiérarchique du ministre de la Justice, sans transgresser gravement, à la fois, la lettre et l'esprit de la Constitution [...] » Cour constitutionnelle, « Arrêt n° 2016-03/CC du 22 mars 2016 », *JORM* n° 2016-17 du 22 avril 2016, p. 660-664.

charges grâce à cette méthode consistant à équilibrer les flux, composés de la masse de dossiers qui lui sont soumis et le principe d'équité qui doit gouverner toutes les procédures contentieuses modernes.

Cet équilibre est particulièrement fragile concernant la justice malienne. Le modèle institutionnel constitue une exception parmi les anciennes colonies françaises, parce qu'il est doté d'une Cour suprême, malgré l'existence d'une dualité de juridiction. Cette singularité de l'organisation judiciaire malienne présente un intérêt scientifique indéniable, mais les développements qui vont suivre se concentreront sur les seuls éléments ayant des liens significatifs avec la régulation et le principe d'équité des procédures suivies devant les tribunaux administratifs et la Cour suprême. Ce choix méthodologique est motivé par la volonté de mettre en lumière cette première ligne de la stratégie de légitimation de la justice initiée par le constituant de la troisième République.

Le juge administratif doit accompagner, conseiller et sanctionner les dysfonctionnements d'une administration anciennement toute puissante. C'est en ce sens que les principes du procès équitable constituent des outils à la disposition de la justice administrative pour gagner la confiance des administrés. En la matière, il est courant de constater la marge de manœuvre laissée à ce juge dans la fixation des règles procédurales à l'aide de sa jurisprudence.

Les autorités maliennes n'ont pas suivi ce schéma classique. Elles ont fait appel aux législateurs ordinaire et organique et non à la jurisprudence administrative pour réguler ces nouveaux rapports souhaités par le constituant de la troisième République. Ces législateurs ont respectivement consacré la procédure suivie devant les tribunaux administratifs et la Cour suprême dans deux textes législatifs : la loi n° 2016-046/du 23 septembre 2016 portant loi organique fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la Cour suprême et la

procédure suivie devant elle¹ et la loi n° 2018-031 du 12 juin 2018 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs². Ces textes tiennent lieu de Code de justice administrative, parce qu'ils sont les références opposables à l'ensemble des parties du contentieux administratif.

Malgré leur caractère relativement récent, et l'ampleur des avancées réalisées grâce à l'abondante jurisprudence, force est de reconnaître que l'objectif assigné au juge administratif par le constituant de la transition démocratique de la troisième République n'est pas totalement atteint à cause de la rigidité des mécanismes de régulation des recours et des difficultés d'accès au juge administratif (I). Ce sont les raisons pour lesquelles nous suggérerons quelques réformes de la justice administrative afin de la réconcilier avec l'équité (II).

I. La régulation des recours par les difficultés d'accès à la justice administrative

Il est actuellement difficile d'accéder au juge administratif en général (A) et à un arrêt de la section administrative en particulier (B).

A. Les difficultés d'accès au juge administratif

L'accès au juge administratif malien est rendu particulièrement laborieux à cause de la technicité (1) et du coût de la procédure (2).

1. La technicité des conditions d'accès au juge

¹ Loi n° 2016-046/du 23 septembre 2016 portant Loi organique fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la Cour Suprême et la procédure suivie devant elle, *JORM* n° 2016-42 du 14 octobre 2016, p. 1642-1675.

² Loi n° 2018-031 du 12 juin 2018 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs, *JORM* n° 2018-23 du 25 juin 2018, p. 902-909.

La justice administrative est par nature technique, car elle fait intervenir un juge spécialisé dans une procédure exorbitante du droit commun. Outre cette particularité fonctionnelle, le droit et le contentieux administratifs font l'objet d'un désamour des étudiants en Faculté de droit en raison des méthodes d'enseignement mettant au premier rang la connaissance des jurisprudences administratives. Le législateur français a trouvé la solution à une partie de ces écueils à travers la réunion des textes se rapportant à cette discipline au sein d'un code de justice administrative. Ce système d'organisation logique et rationnelle des textes n'existe pas encore au Mali, qui souffre de graves problèmes d'opposabilité des décisions réglementaires. Cet état de fait contraint les administrés à consulter tous les textes concernant la matière pour savoir qui contacter, quand et dans quelles conditions.

Il suffit de se rapporter aux procédures dans lesquelles un recours administratif préalable est obligatoire ou celles dans lesquelles un recours hiérarchique est exercé auprès d'un ministre pour s'en convaincre. Dans la première hypothèse, l'administré doit résoudre l'énigme portant sur le niveau de compétence fixé par les textes spécifiques comme celle prévue aux dispositions des articles 650 et suivants du Livre de procédures fiscales.

Dans la seconde hypothèse, il doit d'abord définir si le recours hiérarchique constitue un préalable obligatoire à la saisine de la juridiction de jugement ou s'il s'agit de la conséquence de l'application du principe général du droit d'exercer un recours administratif¹, car cela permet d'identifier la juridiction compétente. Pour rappel, quand il est prévu un recours administratif préalable obligatoire, la réponse de son destinataire se substitue à la décision initiale, contrairement au recours hiérarchique.

¹ Conseil d'État, 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 28/12/2012, 357494.

Ensuite, à partir de la réponse à cette question, l'administré déterminera la juridiction compétente avant d'appliquer les règles spécifiques prévues soit par la loi organique du 23 septembre 2016 fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la Cour suprême, soit par celles de la loi du 12 juin 2018 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs. En effet, la règle de droit commun applicable en pareil cas dépend du statut de la dernière autorité administrative appelée à se prononcer sur la réclamation avant la saisine de la justice. Aux termes de l'article 111 de la loi organique du 23 septembre 2016 fixant l'organisation et les règles de fonctionnement de la Cour suprême, la section administrative de la Cour suprême dispose d'une compétence d'attribution pour connaître en premier et dernier ressorts les arrêtés ministériels. Pour les décisions prises par des autorités autres que celles visées à l'article précité, il convient de se reporter aux dispositions de l'article 7 de la loi du 12 juin 2018 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs.

Enfin, s'il s'agit d'une décision implicite de rejet, il faut se fonder sur les dispositions de l'article 14 de la loi de 2018 et celles de l'article 232 de la loi organique du 23 septembre 2016, pour savoir que cette décision naît respectivement à compter de deux ou quatre mois suivant la notification de la réclamation à l'autorité compétente.

Il est clair que seuls les administrés particulièrement motivés et minutieux ou ceux qui ont les moyens de faire appel aux services d'un professionnel du droit (avocat ou conseil fiscal) peuvent aisément accéder à l'office du juge administratif. En raison de la désorganisation du dispositif national de diffusion des règles en vigueur, les usagers des juridictions administratives se résument à ceux qui peuvent supporter le coût de cette procédure et aux dossiers ayant des enjeux financiers considérables.

2. *Le coût de la procédure*

Le Mali est officiellement doté d'un mécanisme d'assistance juridique matérialisé par la loi du 24 août 2001 relative à l'assistance judiciaire¹ et son décret d'application du 6 octobre 2006 fixant les modalités d'application². Cela dit, la mobilisation de ce dispositif est tellement compliquée qu'il reste principalement réservé à la fin des procédures pénales. En effet, malgré la clarté des dispositions de l'article 9 de la Constitution prévoyant : « Le droit à la défense, y compris celui de se faire assister par l'avocat de son choix est garanti depuis l'enquête préliminaire [...] », les avocats rémunérés par l'assistance judiciaire interviennent principalement devant les cours d'assises, c'est-à-dire durant la phase médiatisée de la procédure. Comme la procédure administrative est par nature technique et moins spectaculaire, ses justiciables ne sont pas en haut de la liste des bénéficiaires. Cela contraint les justifiables profanes à faire appel aux services des professionnels du droit qu'ils rémunèrent sans possibilité légale de remboursement, et ce même en cas de succès.

Outre les avocats, il est fait référence ici aux greffiers et huissiers commissaires de justice qui sont, en pratique, intégrés au fonctionnement des juridictions administratives. De manière synthétique, nous avons d'abord, les avocats qui matérialisent leur constitution par l'apposition d'une quittance de droit de plaidoirie —obtenue auprès du secrétariat de l'ordre des avocats— sur leur acte introductif d'instance ou sur leur lettre de constitution. En application du règlement d'exécution

¹ Loi n° 01-082 du 24 août 2001 relative à l'assistance, *JORM* n° 2002-30 du 31 octobre 2002, p. 1162-1165.

² Décret n° 06-426/P-RM du 6 octobre 2006 fixant les modalités d'application de la loi n° 01-082 du 24 août 2001 relative à l'assistance judiciaire, *JORM* n° 2006-32 du 20 novembre 2006, p. 1250-1253.

n° 001/COM/UEMOA relatif au droit de plaidoirie au sein de l'espace communautaire, le barreau du Mali a fixé cette redevance financière à 10 000 FCFA. Ainsi, ces frais sont supérieurs aux 13 euros fixés par le législateur français dans les dispositions de l'article R. 723-26-3 du décret n° 2014-1704 du 30 décembre 2014 relatif aux droits de plaidoirie et à la contribution équivalente, et ce malgré les écarts de revenus considérables entre les justiciables de ces deux pays.

Ensuite, quant aux greffiers, ils collectent en début d'instance les consignations généralement versées par les avocats pour le compte de leur client. Il est fait référence ici à la caution prévue par l'article 235 de la loi organique du 23 septembre 2016 et l'article 11 de la loi du 12 juin 2018 destinée à couvrir les frais de timbres et d'enregistrement s'élevant à 10 000 FCFA devant les tribunaux administratifs et 20 000 FCFA devant la Cour suprême. Ils veillent également à ce que les timbres fiscaux (250 FCFA sur la requête introductive d'instance devant les tribunaux administratifs et 750 FCFA sur chaque page de l'exemplaire d'écritures produites pour la Cour suprême) soient apposés sur les actes. En fin d'instance, ils collectent également les frais de grosse variant généralement entre 10 000 FCFA et 20 000 FCFA.

Enfin, quant aux huissiers commissaires de justice, au stade de l'instruction, ils prennent en charge la notification de la requête, mémoires et correspondances de la juridiction aux parties non représentées ou inconnues de la juridiction. Au stade de l'exécution, ils s'occupent de la signification et de l'exécution des grosses généralement récupérées auprès des juridictions qui ne notifient pas administrativement de façon systématique leurs décisions.

Outre l'inefficacité de l'aide juridique, le droit positif malien ne comporte pas non plus de dispositif spécifique permettant de recouvrer les frais d'instance. Ceux-ci y sont donc effectivement irrépétibles, c'est-à-dire non remboursables, contrairement à l'usage inapproprié qui est fait

de ce terme dans le langage juridique ordinaire. Pour rappel, il est fait référence ici aux dispositions autorisant les juges à condamner la partie perdante à payer à l'autre la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. En France, son application relève du pouvoir discrétionnaire du juge qui tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée, contrairement à ce qui se fait en Allemagne où la juridiction est tenue d'utiliser un barème légal prenant en compte les sommes en jeu ainsi que la nature de l'intervention de l'avocat.

Le juge administratif français a, pour sa part, rappelé que le dispositif de l'article L. 671-1 du Code de justice administrative française porte sur les coûts supportés par les parties pour la présentation de la requête ou l'organisation de la défense, et ce même si le requérant ou le défendeur n'a pas été représenté par un avocat. Ainsi, même s'il porte principalement sur les honoraires d'avocats, ce mécanisme peut également prendre en charge les frais de constat d'huissier, de déplacements et de démarches¹. Il a aussi été jugé que l'État pouvait demander le remboursement des frais exposés dans l'instance et non compris dans les dépens en faisant précisément état de la nature et des frais spécifiques exposés par ses services².

En raison du mimétisme des acteurs du système juridique malien, des demandes de remboursement de frais d'instance sont souvent formulées devant la section administrative de la Cour suprême. Cette dernière a

¹ Conseil d'État, 7/10 SSR, du 13 mars 1998, 157081, mentionné aux tables du recueil *Lebon*.

² Conseil d'État, 8^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, 30/11/2007, 304825 ; Conseil d'État, 3 novembre 1999, ministre délégué au Budget c/Sudaka n° 187747 ; Conseil d'État, 3 octobre 2012, ministre de la Défense c. Société ARX, n° 357248.

développé une stratégie consistant à donner satisfaction à certains demandeurs en requalifiant leur prétention. Elle inclut cette somme dans les dommages et intérêts alloués tout en y répondant dans les motifs :

« Considérant qu'il est constant que le requérant a subi un préjudice du fait de la résiliation du présent marché eu égard aux dépenses engagées dans la présente procédure et aux difficultés subies dans l'exécution des travaux ;

« Qu'il convient ainsi de ramener les dommages-intérêts à une juste proportion soit la somme de 20 millions de francs CFA et rejeter le surplus de la demande [...] »¹

La troisième République du Mali a fait le choix du légicentrisme pour mettre en œuvre son modèle de justice administrative au détriment de la formalisation de la jurisprudence. Cette primauté de la forme sur la dimension pragmatique de la procédure réduit l'efficacité des mécanismes de régulation, parce qu'elle prive les juges d'une partie de la marge de manœuvre induite par la nature inquisitoriale de la procédure administrative. En procédant ainsi, le juge régule, et ramène de l'équité dans le procès administratif devenu, *de facto*, un service de luxe réservé aux justiciables qui ont les moyens d'en supporter les coûts.

B. Les difficultés d'accès à une décision de justice efficace

Lorsque les justiciables les plus motivés accèdent à l'office du juge administratif, ils doivent suivre une procédure d'instruction rigide (1), pour aboutir à un jugement difficilement exécutoire (2).

¹ Section administrative de la Cour suprême, 25/02/2021, « Groupement BASSOUM et MII-C c/ministère des Finances et de l'Économie (direction des finances et du matériel) », *Arrêt n° 54 du recueil disponible aux archives de l'institution*, 34 p.

1. Une procédure d'instruction trop rigide

La procédure d'instruction mise en œuvre présentement par la section administrative de la Cour suprême, et plus largement en procédure administrative, est un mélange de légicentrisme et de survivance des coutumes. En effet, le législateur organique a choisi le légicentrisme pour réguler la procédure d'instruction des recours juridictionnels et ramener plus d'équité dans la justice administrative. C'est ainsi qu'il a défini le schéma d'instruction des procédures ordinaires dans les dispositions des articles 236 et 237 de la loi organique régissant la Cour suprême et la procédure suivie devant elle.

Pour rappel, l'article 236 concerne la procédure de saisine de la juridiction : « Les requêtes doivent être accompagnées d'autant de copies qu'il y a de parties en cause. Les requêtes et les pièces qui les accompagnent sont déposées au greffe de la Cour suprême. Il en est de même des dossiers de pourvoi. Le greffier en chef, responsable du greffe transmet les requêtes avec les pièces ainsi que les dossiers de pourvoi au résident de la Cour Suprême, qui les transmet à son tour au président de la section administrative qui désigne un rapporteur. »

Quant à l'article 237, il définit la procédure de mise en état du dossier : « Le rapporteur transmet aux défendeurs un exemplaire de la requête et des pièces qui l'accompagnent en leur fixant un délai de quinze (15) jours pour déposer un mémoire en défense. Ce mémoire obéit aux mêmes règles que la requête.

« Le rapporteur transmet un exemplaire de ce mémoire au demandeur en lui fixant un délai de 15 jours pour présenter un mémoire en réplique qui est communiqué au défendeur. Ces communications sont faites par voie administrative ou postale ou par ministère d'huissier.

« Une mise en demeure est adressée au demandeur qui n'a pas consigné ou déposé son mémoire dans le délai imparti. Un nouveau délai

de huit (8) jours lui est consenti au terme duquel, il encourt la déchéance, sauf cas de force majeure prouvée.

« Le défendeur qui ne dépose pas de mémoire au terme du délai supplémentaire de huit (8) jours consenti, est réputé avoir acquiescé aux faits exposés dans le recours. Considéré comme défaillant, il ne peut se prévaloir d'un défaut, sauf s'il est établi qu'il n'a pas eu connaissance de la procédure.

« Le rapport déposé, le dossier est transmis au Rapporteur public qui a quinze (15) jours pour conclure. »

La mise en œuvre des articles précités entraîne quelques difficultés sur le plan pratique. L'application des dispositions de l'article 236 de la loi organique est souvent préjudiciable à l'efficacité de l'instruction des dossiers.

En matière de référé, il arrive parfois que l'urgence ne soit plus caractérisée au moment de la désignation du rapporteur par le président de la section administrative, privant la saisine d'objet et d'intérêt. C'est certainement l'une des raisons pour lesquelles les procédures urgentes ne sont pas nombreuses devant la Cour. Pour illustration, à notre connaissance, cette dernière n'a jamais examiné de référé-liberté. Or, le développement de cette procédure pourrait compenser les quatre mois de délai nécessaires à la naissance d'une décision implicite de rejet des recours administratifs dirigés contre les décisions relevant du domaine de compétence de la Cour suprême.

Concernant les procédures ordinaires, l'application stricte des dispositions précitées de la loi organique prouve qu'une requête manifestement irrecevable est instruite comme une procédure normale traitée par le juge du fond. Elle mobilise une formation de jugement complète dans un délai parfois plus long que les procédures discutées au fond. Pour rappel, ces procédures font intervenir un président-rapporteur, deux conseillers et un rapporteur public à l'image du cas de

l'arrêt n° 173 du 29 mars 2018, dans lequel la section administrative de la Cour suprême n'a déclaré irrecevable une procédure d'appel non consignée qu'au bout de quatre longues années :

« Considérant que le présent appel a été enregistré au greffe du Tribunal administratif de Bamako le 12 décembre 2014 contre un jugement rendu contradictoirement le 27 novembre 2014 ;

« Considérant qu'aux termes de l'article 235 alinéa 1^{er} de la loi n° 2016-046 du 23 septembre 2016 portant loi organique fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la Cour suprême et la procédure suivie devant elle "Le requérant doit, sous peine d'irrecevabilité de son recours, consigner une caution destinée à couvrir les frais de timbre et d'enregistrement et dont le montant sera fixé par décret pris en Conseil des ministres" .

« Considérant qu'à ce jour 20 février 2018, date de rédaction du rapport dans l'espèce, la SCPA "CISSE-BARRY", en dépit de la lettre n° 7962/CS.PSA en date du 27 novembre 2017 et la lettre de mise en demeure n° 8403/CS.PSA en date du 02 janvier 2018 du Président de la Section administrative, ne s'est pas acquittée de l'amende de consignation conformément aux dispositions de l'article 235 sus évoquées ;

« Qu'il échet de déclarer son appel irrecevable pour défaut de consignation. »¹

Ce cas d'espèce prouve qu'actuellement, une requête manifestement irrecevable est examinée comme une procédure normale. Il s'agit là, d'une dérive rendue possible par la formalisation de la procédure d'enregistrement et d'instruction des dossiers arrivants par le législateur organique. D'autre part, ce dysfonctionnement des mécanismes de

¹ Section administrative de la Cour suprême, 29/03/2018, « Hawa DOUMBIA c/ Jugement N° 445 du 27 novembre 2014 du tribunal administratif de Bamako », *Arrêt n° 173 du recueil disponible aux archives de l'institution*, 12 p.

régulation des recours procède également du fait que le législateur organique n'ait pas prévu de délai de consignation. Ainsi, cette faille peut être instrumentalisée pour créer chez les justiciables une certaine angoisse, ainsi que l'a rappelé la Cour suprême dans son arrêt du 17 avril 2014. Pour rappel, elle a jugé dans cette affaire que la demande d'un nouveau délai de la part d'un appelant qui n'a pas produit de mémoire ampliatif malgré la demande initiale et une mise en demeure demeurée lettre morte et qui n'a fait état à aucun moment d'aucune force majeure pour expliquer le défaut de production dans les délais impartis de mémoire ampliatif, apparaît comme une manœuvre dilatoire destinée à entraver la marche de la procédure dans le but de nuire à l'intimé.¹ En effet, même si l'appel n'est pas systématiquement suspensif, l'absence d'une décision définitive engendre chez les justiciables une peur fondée sur l'aléa judiciaire, ce que le professeur Paul Amselek appelle la teneur indéçise des règles juridiques². Dans ces conditions, il est évident que le juge ne peut légalement s'arroger le droit de rejeter ces demandes manifestement illégales, entachant ainsi le processus de jugement.

2. Les difficultés tenant au jugement

D'ordinaire, un justiciable cherche à obtenir une décision juridictionnelle favorable pour satisfaire un besoin réel relevant du monde des faits. C'est la raison pour laquelle le législateur organique malien de 1996 avait réuni le jugement et son exécution dans la même sous-partie du texte régissant la Cour suprême. Pour rappel, cette partie

¹ Section administrative de la Cour suprême, 17/04/2014, « Hawa DOUMBIA c/ Jugement n° 445 du 27 novembre 2014 du tribunal administratif de Bamako », *Arrêt n° 085 du recueil disponible aux archives de l'institution*, 7 p.

² P. AMSELEK, « Le doute sur le droit ou la teneur indéçise du droit », dans : F. TERRÉ, *Le doute et le droit*, Éditions Dalloz, Paris, 1994, p. 75.

de la loi organique précitée comportait 5 articles dont 2 portaient sur les modalités d'organisation de l'audience publique et les 3 autres sur les modalités de notification et d'exécution. Le législateur actuel a apporté quelques modifications à ces dispositions afin d'améliorer leur efficacité. C'est ainsi qu'il a séparé le jugement de son exécution.

Concernant la phase de jugement, le législateur organique a disposé à l'article 248 de la dernière loi de 2016 que : « À l'audience, le président de la Chambre donne la parole au rapporteur pour la lecture du rapport. Les parties sont entendues en leurs observations à l'appui de leurs conclusions écrites déposées. Le Président donne ensuite la parole au Rapporteur public pour ses conclusions. L'affaire est enfin mise en délibéré pour y être statué au plus tard à quinzaine [...]»¹ Cette prescription est totalement contre-productive, en ce qu'elle porte atteinte au caractère écrit de la procédure administrative et à l'efficacité de l'organisation de la Cour. Son observance contraint les parties à plaider et non à faire de brèves observations. En effet, elles prennent la parole après avoir écouté le projet de jugement lu par le rapporteur. Elles sont donc brutalement confrontées au projet de solution de la juridiction avant les motifs de fait et de droit ayant conduit la Cour à adopter cette position, puisqu'ils sont développés par le rapporteur public qui intervient à la fin de l'audience. Dans ce contexte, la plaidoirie est une réaction logique procédant du fait que les humains répètent autrement leurs propos quand ils pensent ne pas avoir été compris ou que leurs arguments écrits n'ont pas été bien saisis.

Cette disposition a réglé le problème de la durée des délibérés, mais a rallongé inutilement celle des audiences de jugement de la Cour qui sont

¹ Loi n° 96-071 du 16 décembre 1996 portant loi organique fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la Cour Suprême et la procédure suivie devant elle, *JORM* n° 1997-01 du 15 janvier 1997, p. 5-19.

devenues des moments où les acteurs de la justice interagissent sans se comprendre. Les magistrats ne conçoivent pas pourquoi les parties et leurs avocats violent le caractère écrit de la procédure en ressassant oralement leurs écritures. Les avocats et leurs clients s'interrogent sur la manière dont la juridiction a construit le raisonnement juridique ayant conduit à la solution retenue, avant de quitter la salle d'audience avec la frustration de ne pas avoir pu répliquer aux propos du rapporteur public. Dans ces conditions, force est de constater que l'audience publique ne remplit plus pleinement son rôle en ce qu'elle oppose partiellement et indirectement les parties au procès. Il n'y a de contradiction que lorsqu'il y a deux administrés opposés, le rapporteur public, qui ne répond pas directement aux arguments développés à la barre, ne fait que donner la teneur de son rapport préparé à l'avance. Ce sont certainement les raisons pour lesquelles le législateur ordinaire a abandonné ce mode de fonctionnement¹ qui était sous-entendu dans la loi n° 94-006 du 18 mars 1994, portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs².

Quant à la phase d'exécution, la Cour suprême a déjà rappelé il y a plus d'une décennie que le principe de la non-injonction à l'administration s'opposait à ce que le juge puisse lui ordonner une conduite :

« CONSIDÉRANT que la Société METALLUX SARL sollicite de la Cour, ordonner à l'Institut National de Prévoyance Sociale d'attribuer le marché de lot n° 3 menuiseries et faux plafond à l'entreprise METALLUX gagnante du procès en excès de pouvoir ;

¹ Loi n° 2018-031 du 12 juin 2018 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs, *JORM* n° 2018-23 du 25 juin 2018, p. 902-909.

² Loi n° 94-006 du 18 mars 1994 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs, *JORM* n° 1994-07 du 15 avril 1994, p. 8-12.

CONSIDÉRANT que le principe de la non-injonction à l'Administration s'oppose à ce que la Cour ordonne à l'Institut National de Prévoyance Sociale d'attribuer tel marché à telle entreprise citée ; qu'il incombe à l'Administration de tirer les conséquences des annulations prononcées par le juge de l'excès de pouvoir, en vertu de l'autorité de la chose jugée ; aussi sied-il de rejeter la demande en ce qu'elle tend à ordonner de faire ; »¹

Le respect de la portée de cette jurisprudence a politisé l'exécution des décisions de la Cour au détriment de l'efficacité et de la qualité du service rendu aux justiciables. Excepté en matière indemnitaire, la matérialisation du jugement revient à l'administration active pourtant fortement politisée. En la matière, c'est le président de la Cour suprême qui saisit par écrit le ministre concerné avec ampliation au président de la République après avoir été informé par le président de la section six mois après que l'administration a refusé d'exécuter un arrêt exécutoire de la section administrative. Dans la mesure où l'administration dispose d'un droit de réexamen à tout moment, en plus du pouvoir de sanction des conseillers de la Cour suprême², cet état de fait régule les recours en diminuant leur efficacité. Dans la pratique, les administrés font le bilan coût avantage de la saisine contentieuse de la section administrative de la Cour suprême avant de privilégier la négociation avec les autorités

¹ Section administrative de la Cour suprême, 24/02/2011, « La Société Métallux Industrie SARL c/Les Arrêts n° 306 du 17 décembre 2009 et n° 65 du 08 avril 2010 », *Arrêt n° 44 du recueil disponible aux archives de l'institution*, 9 p.

² « Décret n° 2021-0585/PT-RM du 8 septembre 2021 portant abrogation partielle du décret n° 2021-0098/PT-RM du 18 février 2021 portant nomination à la Cour suprême », *JORM* n° 26 du 10 septembre 2021, p. 1035 ; « décret n° 79-101/PG-RM du 18 avril 1979 mettant fin aux fonctions d'un conseiller à la Cour suprême », *JORM* n° 571 du 1^{er} mai 1979, p. 793.

administratives ou des pressions socio-politiques pour trouver la solution aux dysfonctionnements du système administratif.

Comme nous l'avons vu, les mécanismes de régulation mobilisés par les politiques maliens atténuent les performances de la justice administrative censée faire primer le droit positif. Compte tenu de la prédominance des modes alternatifs de règlement des litiges, la prépondérance pourrait revenir à l'État de droit grâce à la restauration de l'équité dans la justice administrative.

II. La restauration de l'équité grâce à l'accessibilisation de la justice administrative

La justice administrative peut se réconcilier avec le principe d'équité grâce à une simplification des conditions d'accès au juge (A) et l'augmentation de l'efficacité des décisions de justice (B).

La simplification des conditions d'accès au juge

La facilitation de l'accès à l'office du juge administratif donne du sens à l'État de droit malien. C'est la raison pour laquelle nous proposons d'harmoniser (1) et de faciliter (2) les conditions accès au juge administratif.

1. L'harmonisation des conditions d'accès au juge

Comme démontré plus haut, la compréhension des conditions d'accès au juge administratif malien n'est pas à la portée du citoyen moyen en raison de sa technicité. Le législateur pourrait partiellement pallier ces difficultés techniques à travers la codification et l'uniformisation des conditions d'accès. Les avantages de la solution proposée sont multiples, mais nous évoquerons ici son apport sur le plan jurisprudentiel et en matière de délais.

En effet, la codification de certaines jurisprudences de principe spécifiques au Mali permettrait aux administrés d'avoir accès à des décisions importantes à travers lesquelles la Cour utilise son pouvoir de création normative. Cela compenserait les problèmes de diffusion et d'opposabilité des règles de droit sur le plan national. Il faut évidemment garder à l'esprit que les tribunaux administratifs maliens ne disposent pas des mécanismes de cadrage comme le guide du rapporteur ou les outils informatiques permettant à leurs homologues français d'accéder aux ressources du Conseil d'État.

Dans ces conditions, le législateur peut notamment se fonder sur la jurisprudence de la section administrative de la Cour suprême portant sur la caution de *judicatum solvi* prévue à l'article 36 du Code de procédure civile, commerciale et sociale pour rappeler l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers en matière d'excès de pouvoir :

« Considérant que pour le compte de la défenderesse, Maître Siriki Zana KONE allègue que l'examen du recours de la Société SIBILLE FAMECA ELECTRIC international (SFE International SAS) est subordonné au paiement d'une caution conformément à l'article 36 du Code de procédure civile, commerciale et sociale qui stipule que : "les étrangers demandeurs principaux ou intervenants seront tenus, si le défendeur le requiert avant toute exception, de fournir caution, de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourraient être condamnés.

« Le jugement qui ordonnera la caution fixera la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle sera fournie, le délai dans lequel elle sera présentée ;

« Considérant que le recours en annulation de la décision de l'autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public (ARMDS) devant la section administrative de la Cour suprême est régi par la loi n° 2016-046 du 23 septembre 2016 portant loi organique fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la Cour suprême et la

procédure suivie devant elle ; cette loi organique ne prévoit dans aucune des dispositions relatives à la section administrative le paiement d'une telle caution ;

Que le juge administratif n'a pas le pouvoir de condamner le demandeur au paiement de dommages-intérêts suite au rejet de sa demande d'annulation ;

« Qu'en conséquence, l'article 36 du CPCCS invoqué par le défendeur ne saurait être appliqué en l'espèce ; »¹

La portée de cette jurisprudence peut donc avoir deux usages pertinents dans le Code de justice administrative projeté. À travers ce considérant, la Cour a évoqué le caractère exceptionnel de la justice administrative ainsi que la vocation première du recours en annulation, qui est un procès fait à un acte et non une instance opposant des justiciables. C'est la raison pour laquelle, le juge de l'annulation a rappelé qu'il ne pouvait pas condamner un demandeur au paiement de dommages-intérêts en cas de rejet de sa requête.

Concernant la mise en cohérence des délais, il s'agira pour le législateur d'utiliser les deux mois comme délai par défaut, c'est-à-dire comme celui nécessaire à la naissance d'une décision implicite de rejet et de délai de recours contentieux. Pour ce faire, le législateur devra modifier d'une part, les dispositions des articles 232 de la loi organique du 23 septembre 2016 prévoyant un délai de quatre mois pour les requêtes devant être présentées devant la section administrative de la

¹ Section administrative de la Cour suprême, 05/08/2011, « La Société Sibillé Fameca International Electric International (SFE International SAS) c/Autorité de Régulation des Marchés Publics et des Délégations de Service Public (Décision n° 21-011/ARMDS-CRD du 20 avril 2021) -EDM-SA à travers le projet d'amélioration du secteur de l'électricité au Mali (PASEM) », *Arrêt n° 521 du recueil disponible aux archives de l'institution*, 28 p.

Cour suprême ; et d'autre part celles de l'article 670 du livre des procédures fiscales instaurant un délai de soixante jours à partir du jour de la réception de l'avis portant notification de la décision pour celles devant être présentées devant les tribunaux administratifs. Même si la jurisprudence admet que le délai de recours contentieux soit exprimé en mois ou en jours¹, le réforme projetée facilitera la computation des délais et les conditions d'accès au juge administratif, car l'administré devra compter un délai d'une durée équivalente avant de saisir l'administration d'un recours administratif ou le juge administratif de droit commun.

2. La facilitation des conditions d'accès au juge

Il existe un nombre incalculable de réformes à engager pour faciliter l'accès à l'office du juge administratif. Néanmoins, nous nous concentrerons ici sur le volet financier et ses incidences procédurales. Ainsi, nous avons recensé deux chantiers majeurs : la prise en compte des particularités de la justice administrative dans le projet de réforme de l'aide légale et la mise en place d'un mécanisme de remboursement des frais d'instance. Concernant le premier chantier, cela fait quelques années que le ministère de la Justice et ses partenaires techniques et financiers cherchent à reformer l'aide légale au Mali afin d'augmenter son efficacité. Nous citerons de manière non exhaustive, les travaux du « Mali Justice Project » de l'USAID. En 2019, un document sur « l'avenir de l'aide légale au Mali face aux enjeux du pluralisme juridique »² a été produit dans le cadre de ce projet.

¹ Conseil d'État, 14 novembre 1980, Divol, n° 20136, *AJDA* 1981, p. 487 ; Conseil d'État, Section, 22 juillet 1992, Commune de Neuilly-sur-Seine, n° 137344 ; Conseil d'État, 19 avril 2000, Époux Motheron, n° 200043.

² CHECCHI CONSULTING, *L'avenir de l'aide légale au Mali face aux enjeux du pluralisme juridique*, Propositions issues de la conférence sur l'avenir de

En 2021, l'agence américaine a fait établir, avec l'intervention du ministère de la Justice, une stratégie de réforme de l'aide légale au Mali fondée sur l'avant-projet de loi relatif à l'aide juridique¹. Ce dernier texte vise à créer l'agence malienne de l'aide légale, un établissement public à caractère administratif chargé de gérer, coordonner, et contrôler la fourniture de l'aide légale. La mise en place de cet établissement constitue une avancée significative en matière d'effectivité des droits et libertés individuels, mais pas spécialement en matière administrative.

En effet, la version actuelle du projet n'implique pas assez le juge en général et le juge administratif en particulier, dont les particularités n'ont pas été prises en compte. La question de l'incidence de la demande d'aide légale sur les délais de recours a également été occultée. Or, la clarification de ces points est indispensable à l'efficacité du service public de la justice. Comme nous l'avons démontré plus haut, la simplicité est l'un des principes directeurs de l'office du juge de l'annulation et des différents recours qu'un administré peut formuler avant d'arriver au contentieux. En tenant compte de ce principe, le législateur malien devra faire du juge un point focal du mécanisme de l'aide légale en prévoyant que les requérants pourraient solliciter cette aide avant ou pendant l'instance.

Dans le premier cas de figure, c'est-à-dire quand la demande d'aide légale est faite avant la saisine du juge, les requérants devront suivre la procédure classique en s'adressant au coordinateur du bureau d'aide légale de son ressort. Cela pose la question de la compatibilité de cette procédure avec les délais de recours légaux qui viennent d'être analysés.

l'aide légale au Mali face au pluralisme juridique tenue à Bamako les 25 et 26 novembre 2019, monographie non publiée, Bamako, 48 p.

¹ CHECCHI CONSULTING, *Document de stratégie de la réforme de l'aide légale au Mali*, monographie non publiée, mai 2021, Bamako, 31 p.

Cette demande devrait avoir un effet suspensif pour des raisons d'attractivité du dispositif. À cet effet, les législateurs ordinaire et organique devront prévoir les modalités et la durée de suspension du délai de recours dans le Code des procédures administratives projeté.

Le deuxième cas de figure —c'est-à-dire lorsque la demande d'aide légale faite dans la requête introductive d'instance ou durant celle-ci— revêt une importance particulière en ce qui concerne les procédures d'urgence. Le dispositif devra ramener de l'équité dans la justice administrative en permettant aux plus démunis de bénéficier d'une défense de qualité prise en charge au titre de l'aide légale. Elle pose deux difficultés principales tenant aux obligations du juge et à leurs conséquences sur le déroulement de l'instance. D'une part, il peut être prévu que le juge la transmette au coordinateur du bureau d'aide légale de son ressort. Cela est compatible avec l'obligation de transmission des réclamations mal orientées qui pèse sur toutes les administrations¹. D'autre part, le législateur devra régir les conséquences de cette demande sur l'instance en attribuant l'effet suspensif aux procédures ordinaires et en dotant le juge du pouvoir de prononcer l'admission provisoire dans les procédures urgentes, et ce en attendant la décision définitive de l'agence chargée de l'instruction.

Concernant le second chantier, la mise en place d'un mécanisme de remboursement des frais d'instance réconciliera la procédure administrative avec l'équité conformément à la qualification habituellement retenue par le juge administratif malien qui utilise systématiquement l'expression « juste et équitable »². En effet, la version

¹ Conseil d'État, 2/1 SSR, du 10 avril 2002, 233118, mentionné aux tables du recueil *Lebon*.

² Section administrative de la Cour suprême, 25/03/2010, « Bougader DIARRA c/ Le jugement n° 019 du 30 juillet 2009 du tribunal administratif de Bamako, le

française du dispositif projeté permet au juge de statuer souverainement et en équité puisqu'il l'autorise à dire qu'il n'y a pas lieu de prononcer cette condamnation ou de déterminer la somme en tenant compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. La mise en place de ce mécanisme reste indispensable pour que les administrés bénéficient d'une égalité de traitement en toutes circonstances. Comme nous l'avons démontré plus haut, il arrive que le juge accepte que les administrés intègrent les frais d'instance à leur demande de dommages-intérêts en plein contentieux¹, contrairement aux recours en annulations².

En conséquence, l'administré victime des excès de pouvoir de l'administration est en outre injustement frappé au porte-monnaie alors qu'il agit indirectement pour le compte du système juridique afin de préserver la légalité au sein de l'ordonnement juridique. L'hypothèse d'une saisine distincte de l'administration aux fins d'indemnisation de ce chef de préjudice reste exclue pour des raisons de légalité et de prix. Le bilan coût-avantage n'est guère encourageant, ce qui n'est à l'évidence ni juste ni équitable. En outre, l'instauration du remboursement des frais

Gouverneur du District de Bamako et le Parti ADEMA-PASJ Intervenant forcé », *Arrêt n° 54 du recueil disponible aux archives de l'institution*, 9 p. Section administrative de la Cour suprême, 11/07/2011, « Mme DEME Mariétou TOUNKARA, La Mairie de la Commune VI du District de Bamako, la Direction régionale de l'Urbanisme du District de Bamako c/Le jugement n° 79 du 13 mai 2008 du tribunal administratif de Bamako », *Arrêt n° 161 du recueil disponible aux archives de l'institution*, 9 p. Section administrative de la Cour suprême, 14/03/2019, « Modibo GAMBY c/ Le Directeur national des Domaines et du Cadastre », *Arrêt n° 175 du recueil disponible aux archives de l'institution*, 8 p.

¹ Section administrative de la Cour suprême, 25/02/2021, *Arrêt n° 54 op. cit.*, 34 p.

² Section administrative de la Cour suprême, 05/08/2011, *Arrêt n° 521 op. cit.*, 28 p.

d'instance diminue les procédures dilatoires dans la mesure où chaque justiciable solvable sera obligé d'intégrer ce risque avant la saisine du juge du contentieux. Cela complique davantage la justice administrative et justifie également la simplification des conditions d'accès à une décision efficace.

B. La simplification de l'accès à un jugement efficace

La crédibilité et l'efficacité de la justice administrative nécessitent un allègement de la procédure d'instruction (1) et l'évolution de l'office du juge de l'exécution (2) pour que les administrés continuent à croire à ce mode de règlement des conflits.

1. L'allègement de la procédure d'instruction

L'instruction des dossiers contentieux porte encore les stigmates des coutumes issues de l'administration active et de la prééminence des juridictions judiciaires qu'il convient de reformer. L'héritage de l'administration active concerne le rôle joué par les coursiers institutionnels et les huissiers dans la procédure de mise en état. Quant à l'influence du juge judiciaire, elle porte sur le fait que la parole est donnée au rapporteur public, anciens commissaires du gouvernement, après les parties à l'instance au même titre que le procureur général devant les sections réunies de la Cour suprême.

L'intervention des coursiers procède du fait que les conseillers de la section administrative de la Cour suprême provenaient majoritairement de l'administration active¹ jusqu'à l'adoption de la loi du 16 décembre

¹ Décret n° 79-107/PG-RM du 24 avril 1979 portant nomination de conseillers à la Cour suprême, *JORM* n° 572 du 15 mai 1979, p. 814 ; décret n° 91-082/P-RM du 6 mars 1991 portant nomination de conseillers à la Cour suprême, *JORM* n° 6 du 30 mars 1991, p. 217 ; décret n° 91-094/P-RM du 13 mars 1991 portant

2002 portant statut de la magistrature qui a unifié les deux corps au sein de la magistrature¹. Les administrateurs maliens ont toujours recours à ces agents de liaison, chargés de la distribution des courriers dans les administrations, mais aussi auprès des particuliers. L'efficacité de leur intervention dans le processus d'instruction est réduite par des contraintes matérielles et juridiques. Sur le plan matériel, l'éloignement géographique de certains justiciables et leurs conseils retarde souvent les notifications administratives, qui sont généralement faites devant les juridictions très fréquentées par les avocats. Il en est de même de la partie administrative du procès qui est systématiquement représentée, à peine de nullité, par le directeur général du contentieux de l'État en vertu des deux premiers alinéas de l'article 4 du décret du 12 novembre 2014, fixant l'organisation et les modalités de fonctionnement de la direction générale du contentieux de l'État :

« À peine de nullité, le directeur général est destinataire de tous les actes de procédures juridictionnelles et arbitrales intéressant l'État et les organismes publics relevant de son domaine de compétence.

« Il lui est communiqué les actes de procédures intéressant les collectivités territoriales et les organismes publics ne relevant pas de son domaine de compétence chaque fois qu'il est appelé à intervenir, sur sa demande expresse ou de par la loi, dans une procédure contentieuse donnée [...] »².

nomination de conseillers à la Cour suprême, *JORM* n° 7 du 15 avril 1991, p. 258.

¹ Loi n° 02-054 du 16 décembre 2002 portant statut de la magistrature, *JORM* n° 36 du 31 décembre 2002, p. 1415.

² Décret n° 2014 -0849/P-RM du 12 novembre 2014 fixant l'organisation et les modalités de fonctionnement de la direction générale du contentieux de l'État, *JORM* n° 52 du 26 décembre 2014, p. 2047.

Cela explique également le fait que les juridictions chargent souvent les demandeurs de recourir aux services des huissiers de justice, à leurs frais, pour signifier les actes et les pièces. Sur le plan légal, ces juridictions restent contraintes, par les dispositions de l'article 237 précité de la loi organique régissant la Cour suprême, de recourir aux notifications administratives faites par les coursiers et les huissiers de justice.

Il existe deux pistes de solutions à ces dysfonctionnements : une réforme législative et la conclusion d'une convention de procédure avec l'ordre des avocats et celui des conseils fiscaux.

D'une part, le législateur peut ajouter aux dispositions de l'article 237 de la loi organique et à celles de l'article 16 de la loi régissant les tribunaux administratifs la potentialité ou l'obligation de communiquer électroniquement dans la mesure du possible. Cela permettra au juge administratif d'exercer plus aisément ses prérogatives inquisitoriales en maîtrisant la procédure d'instruction. La notification administrative et la signification par voie d'huissier deviendront les exceptions réservées aux interventions forcées ou aux personnes inaccoutumées à cette justice. Ces novices bénéficieront de codes d'accès personnalisés après leur première intervention. La mise en œuvre de cette proposition ne causera pas de contrainte particulière, étant donné qu'elle se situe dans le cadre de la politique de promotion des transactions, échanges et services électroniques matérialisée par le législateur¹.

D'autre part, et en attendant l'adoption des mesures législatives précitées, le juge administratif peut avoir une posture proactive en concluant une convention instaurant des règles de procédures avec les organisations professionnelles des auxiliaires de justice intervenant régulièrement devant ses juridictions. Cela pourra porter sur les

¹ Loi n° 2016-012 du 6 mai 2016 relative aux transactions, échanges et services électroniques, *JORM* n° 22 du 27 mai 2016, p. 842.

modalités de mise en état, notamment l'obligation d'échanger électroniquement les mémoires et pièces, ainsi que l'utilisation des mêmes moyens pour la communication des actes de procédures comme les convocations et rôles, etc.

De la même manière, cette promotion des communications électroniques améliorera l'efficacité de la procédure à travers la mise en place d'une obligation de communication préalable du sens des conclusions du rapporteur public aux parties et la modification de l'ordre des interventions devant la juridiction de jugement. Les parties pourront ainsi respecter le caractère écrit de la procédure en présentant de brèves observations orales à la barre postérieurement à l'intervention du rapporteur public. Ces observations orales serviront à éclairer la juridiction sur les éventuelles erreurs du rapporteur public et non à reproduire verbalement les mémoires préalablement examinées par la formation de jugement. D'une part, le fait de donner la parole aux administrés en dernier rendra cette justice plus équitable ; d'autre part, cela mettra fin aux violations signalées plus haut du caractère écrit de la procédure et à leurs méfaits.

2. L'évolution de l'office du juge de l'exécution

Les administrés maliens qui arrivent à être titrés déchantent généralement face aux difficultés d'exécution, car le juge administratif malien n'a toujours pas le droit d'enjoindre et de prononcer une astreinte permettant au jugement d'être matérialisé dans les faits. Sur ce point, le recours en excès de pouvoir et le plein contentieux sont sur un pied d'égalité en droit et en fait.

En droit, outre les contraintes d'exécution indiquées plus haut, aux termes des dispositions de l'article 258 de la loi organique régissant la Cour suprême, l'administration est tenue de procéder au paiement des condamnations pécuniaires dans les deux mois qui suivent la date à

laquelle l'arrêt est devenu définitif. Dans le cas contraire, le comptable public concerné, au vu de la grosse de l'arrêt, en assure l'exécution. Concernant les recours pour excès de pouvoir, leur inexécution fait l'objet d'une dénonciation écrite du président de la section au ministre concerné avec ampliation au président de la République après un délai de six mois révolu.

Quant à l'article 259 du même texte, il prévoit la poursuite personnelle des agents publics récalcitrants pour obstruction au service public de la justice, afin qu'ils soient condamnés à payer sur leurs deniers propres le montant des condamnations obtenues par les administrés. La lecture de ces dispositions fait apparaître le non-sens de certains articles de la loi organique comme celles se rapportant au référé-liberté prévu au quatrième alinéa de son article 241, parce que le magistrat désigné ne peut que suspendre l'exécution des décisions contestées et non « ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale [...] ».

En fait, les condamnations de l'administration sont rarement exécutées dans le délai légal. Elles le sont généralement, et non exclusivement, grâce à une intervention politico-administrative en matière d'excès de pouvoir. Les condamnations indemnitaires donnent lieu à une compensation en application des dispositions de l'article 30 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution au sein de l'espace OHADA. Le manque de clarté du champ d'application de cette disposition conforte cet état de fait en prévoyant que « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution [...] », contraignant ainsi les justiciables titrés à recourir à des méthodes illégales comme le versement de pots-de-vin.

L'efficacité et l'équité justifient la dotation du juge administratif malien de la possibilité d'assortir les annulations ou condamnations qu'il

prononce d'injonction et d'astreinte en vue d'assurer leur complète exécution à l'image de ce qu'a fait le législateur français dans les dispositions des articles L. 911-1, L. 911-2 et L. 911-3 du Code de justice administrative. Pour rappel, tout d'abord, l'article L. 911-2 prévoit la possibilité de la prescription d'un réexamen aux personnes morales de droit public ou aux organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public dans un délai déterminé dans le jugement. Ensuite, l'article L. 911-1 dispose que le juge administratif peut exiger, dans son jugement d'annulation ou de condamnation, la prise d'une décision dans un délai qu'il détermine. Enfin, l'article 911-3 permet d'accompagner l'injonction prescrite d'une astreinte et sa date d'effet. La mise en œuvre de cette proposition ne constitue pas une entrave particulière à la liberté d'action de l'administration, parce que l'office du juge qui statue sur les mesures d'exécution précitées sera très encadré légalement.

De manière non exhaustive, nous rappelons qu'en plus des dispositions spécifiques précitées : 1) le juge ne peut prononcer une injonction sur le fondement des articles précités lorsqu'il condamne une personne publique à verser une somme d'argent, dès lors que l'inexécution de l'administration constitue une faute de gestion sanctionnable par les juridictions spécialisées au sens du 6e alinéa de l'article 79 de la loi n° 2013-028 du 11 juillet 2013 relative aux lois de finances¹ ; 2) les articles 65 et 66 de la même loi permettent de demander l'inscription d'office de la créance au titre des dépenses obligatoires du budget de la personne morale de droit public ou l'organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public ; 3) lorsqu'il statue sur les mesures d'exécution, le juge se prononce comme un juge de pleine juridiction, ce qui l'oblige à rechercher si cette situation a évolué depuis la

¹ Loi n° 2013-028 du 11 juillet 2013 relative aux lois de finances, *JORM* n° 32 du 9 août 2013, p. 1242.

date de la décision attaquée et à tenir compte de la situation de droit et de fait existant à la date de sa propre décision.

La mise en œuvre de cette proposition évitera aux juridictions de commettre des erreurs semblables à celle ayant conduit la Cour suprême à censurer son arrêt n° 430 du 21 mai 2020 de la section administrative. Pour rappel, il s'agissait d'une procédure d'annulation dans laquelle le juge était confronté aux conséquences de l'inexécution de deux de ses précédentes décisions. Il s'était permis d'accéder à l'intégralité des demandes des sociétés requérantes en annulant les lettres n° 000779/M.M.P-SG et 000780/M.M.P-SG du 25 juillet 2019 du ministre des Mines et du Pétrole et ajoutant : « [...] que les décisions d'attribution de permis de recherche ainsi que les permis doivent être délivrés à la société d'exploitation du Mali et à la société Malian Goldfield Limited dans la limite des coordonnées fournies dans leurs demandes en date du 27 novembre 2014 et reçu le 28 novembre 2014 à la direction nationale de la géologie et des mines [...] »¹

Dans la procédure de tierce opposition, la Cour a rappelé le principe du recours pour excès de pouvoir ainsi que ses limites, en indiquant qu'elle n'avait pas le droit de se substituer « à l'administration en déduisant les conséquences de l'annulation des décisions incriminées et en instruisant à celle-ci la délivrance de permis de recherche aux sociétés défenderesses ».² En effet, si le juge de l'annulation s'était prononcé

¹ Section administrative de la Cour suprême, 21/05/2020, « Sociétés minières Malian Goldfields Limited (M.G.L SARL) et Société d'Exploitation Minières du Mali (S.E.M.M SARL) c/Le ministre des Mines et du Pétrole », *Arrêt n° 430 du recueil disponible aux archives de l'institution*, 9 p.

² Section administrative de la Cour suprême, 17/06/2021, « La Société Goldenroxs Mining Mali-SA c/Arrêt n° 430 du 21 mai 2020 de la section administrative de la Cour suprême, la Société Malian Goldfields Limited (MGL

comme celui de plein contentieux, il aurait tenu compte de la situation de droit et de fait existant à la date de sa propre décision et ainsi compris que ce cas de figure pouvait se résoudre uniquement avec un réexamen préservant les droits des tiers.

À la lumière de ces démonstrations, il est clair que le problème de confiance qui oppose le politique et le juge administratif est une crainte qui n'a pas lieu d'être. La lutte de pouvoir redoutée est l'Arlésienne du système juridique. Compte tenu de la particularité de ses prérogatives, le juge administratif restera un soutien du gouvernement et non son concurrent, tant que celui-ci conduira son action dans le respect de la légalité, qu'il peut librement adapter à ses visées stratégiques étant donné la faiblesse du législatif. Cette évolution de l'office du juge de l'exécution ainsi que les nombreuses autres propositions développées ici permettront à la justice malienne d'être plus équitable et plus efficace. Elle pourra, de ce fait, redevenir une vertu —ce qu'elle était avant d'être un service public— c'est-à-dire un pouvoir courageux habitué à faire le bien. Elle remplacera, par la même occasion, le loyalisme de la période dictatoriale par la loyauté au droit positif, comme le souhaitaient le président Alpha Oumar KONARÉ et plus largement les autorités de la transition démocratique.

SARL) et la Société d'Exploitation Minière du Mali (SEMM-SARL) », *Arrêt n° 343 du recueil disponible aux archives de l'institution*, 9 p.

LA GESTION DECENTRALISEE DE L'EDUCATION AU MALI : QUELLES PERSPECTIVES POUR UNE ECOLE PERFORMANTE ?

Dr Yacouba KONE,
**enseignant chercheur à la Faculté de droit public de l'Université des
sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB)**

Résumé : Permettre à chaque Malien d'achever au moins une éducation de base de qualité afin de fournir au pays des compétences indispensables à son émergence a été pendant longtemps une préoccupation centrale des différents gouvernements qui se sont succédés à la tête du Mali. C'est dans cette perspective qu'à partir de 1998, le pays s'est doté d'un Programme décennal de développement de l'éducation (PRODEC) pour l'horizon 2008, mais réajusté jusqu'en 2010 pour tenir compte des nouveaux enjeux du secteur à la suite du diagnostic sectoriel mené en 2009. Toujours, avec la persistance des problèmes éducatifs, le gouvernement a adopté aussi le PRODEC 2(2019-2028) afin d'améliorer le système éducatif malien. Mais, il est toujours constatable que la gestion décentralisée de l'éducation malienne connaît des limites considérables. C'est dans ce cadre que nous avons posé la question de savoir quelles sont les mesures nécessaires pour la promotion de l'éducation stable et performante au Mali ? La réponse à cette interrogation, nous permettra, dans une approche à la fois juridique et sociologique, de mettre en exergue, dans un premier temps, l'encadrement juridique de l'éducation en mode décentralisée au Mali et dans un second temps, les mécanismes d'amélioration de la gestion décentralisée de l'éducation au Mali.

Mots clés : Collectivités territoriales, décentralisation, éducation, Etat, gestion, politiques publiques.

L'initiative de réorganiser les systèmes éducatifs africains est née lors de la conférence d'Addis-Abeba sur l'éducation, en 1961. Pour cette réorganisation éducative, le Mali n'est pas resté à l'écart. La première réforme de l'enseignement au Mali a donc vu le jour en octobre 1962. Selon Diambomba, cité par Gaglozoun Alphonse « Après près d'un siècle de colonisation, le bilan de l'enseignement était insuffisant au Mali, avec une discrimination volontaire de la scolarisation des filles, neuf Maliens sur dix ne savaient ni lire ni écrire, environ 88 % des enfants ne partaient pas à l'école »¹.

La réforme de 1962 voulait mettre en place une formation adaptée aux réalités du pays et aux exigences du développement scientifique et technologique. Le système éducatif malien ne parvenant pas à atteindre tous les objectifs fixés en 1962, la restructuration de l'école fondamentale malienne et de son administration s'imposait : c'est la conceptualisation de la « nouvelle école fondamentale » (NEF). La NEF avait pour finalité de « faire de l'école malienne le lieu d'émergence du citoyen patriote et bâtisseur d'une société démocratique, profondément ancré dans sa culture et ouvert aux autres cultures, maîtrisant les savoir-faire populaires et apte à intégrer les connaissances et compétences liées au progrès scientifique et à la technologie moderne... »². Cette finalité fut reprise par la loi d'orientation sur l'éducation de 1999³.

¹ DIAMBOMBA Miala, cité par GAGLOZOUN Alphonse, l'éducation et le développement communautaire : l'école et les enfants comme sources de connaissances culturelles chez les cotonculteurs de Bénin, 2008.

² Rapport des journées de réflexions du 27 au 30 octobre 1994 sur la Nouvelle école fondamentale.

³ *Ibidem*.

Permettre à chaque Malien d'achever au moins une éducation de base de qualité afin de fournir au pays des compétences indispensables à son émergence a été pendant longtemps une préoccupation centrale des différents gouvernements qui se sont succédés à la tête du Mali. C'est dans cette perspective qu'à partir de 1998, le pays s'est doté d'un Programme décennal de développement de l'éducation (PRODEC) pour l'horizon 2008, mais réajusté jusqu'en 2010 pour tenir compte des nouveaux enjeux du secteur à la suite du diagnostic sectoriel mené en 2009.

Si la mise en œuvre de ce programme a été essentielle dans les performances enregistrées par le Mali, la crise que le pays traverse depuis 2012 n'a pas permis de progresser sur la dernière phase du programme qui devrait s'atteler à mettre en œuvre des réformes relatives à l'amélioration de la qualité et au renforcement de la gestion décentralisée de l'éducation de base. Cette crise a d'ailleurs anéanti les acquis éducatifs du PRODEC et sapé les années d'investissement dans l'éducation. De ce fait, la préoccupation d'une éducation de qualité pour tous reste encore d'actualité, avec une volonté politique affichée à travers plusieurs documents stratégiques nationaux, dont le cadre stratégique pour la relance économique et le développement durable (CREDD)¹, qui établit le développement des compétences comme une priorité stratégique et un enjeu national pour l'essor économique et social.

Dans le cadre de la refondation de son système éducatif, le gouvernement du Mali a élaboré et adopté en 1999, avec l'appui de l'ensemble des acteurs et partenaires techniques et financiers actifs du secteur, le programme décennal de développement de l'éducation (PRODEC), mis en œuvre à partir de 2001 à travers un plan

¹ CREDD 2019 – 2023.

d'investissement en trois phases et évalué en 2015¹. L'amélioration de la qualité de l'éducation a été une conséquence directe de la normalisation du contenu et des méthodes d'enseignement².

Un constat se pose lorsqu'on aborde la question d'éducation ; c'est qu'aucune société ne laisse à la nature le soin de former ses enfants. Dans tous les groupements humains, il existe en effet un certain nombre d'organisations et de structures dans lesquels la mission d'éducation est encadrée : la famille, le groupe d'âge et l'école.

Au regard de ces enjeux et défis nationaux, mais aussi des nouveaux engagements internationaux pris par notre pays, notamment l'agenda 2030 du développement durable (ODD)³ et l'agenda 2063 de l'Union africaine⁴, le gouvernement de la République du Mali s'est engagé à élaborer un nouveau programme décennal (PRODEC II)⁵, en capitalisant sur les leçons apprises de la mise en œuvre du précédent programme et des études spécifiques menées.

En plus de ces défis et engagements, l'éducation malienne fait face à d'autres problèmes plus graves parmi lesquels nous pouvons citer le cas de la grève à répétition des syndicats signataires du 15 octobre 2016, la sortie intempestive des étudiants, le non-respect du principe de la mutation, la situation sécuritaire dans le nord et dans le centre du pays, la violence dans le domaine scolaire, l'insuffisance d'enseignants, le

¹ PRODEC 2 (2019-2028), p. 14.

² Noel Mc GINN et Thomas WELSH, *La décentralisation dans l'éducation : pourquoi, quand, quoi et comment ?* Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture, UNESCO 1999, p. 24.

³ PRODEC 2 (2019-2028), version adoptée en conseil des Ministres le 5 juin 2019.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

désengagement des parents d'élèves, la création anarchique des écoles privées, le suivi irrégulier des écoles par les services chargés en la matière. A tout cela s'ajoute la baisse du niveau des enseignants et des élèves, le désengagement de l'Etat et la mauvaise maîtrise de la décentralisation qui font que l'atteinte à une éducation de qualité, performante et apaisée pour tous, reste encore une préoccupation majeure.

Il est aujourd'hui admis que le processus de décentralisation qui constitue l'enjeu majeur de la construction d'une société démocratique et de la refondation de l'Etat au Mali ne peut être effectif qu'en appliquant une meilleure gestion de l'éducation au niveau local. Cette nécessité pratique s'inscrit dans la logique même de la décentralisation qui repose sur les principes démocratiques.

Il est à noter que cette décentralisation correspond à l'attribution d'une certaine autonomie aux collectivités territoriales qui s'administrent librement par des conseils élus, sous le contrôle de l'État¹. Selon Hans Kelsen, dans la notion de décentralisation, on associe l'image d'une pluralité d'organes qui ne sont pas établis au centre, mais dispersés à travers le territoire de l'Etat, et dont chacun a compétence seulement pour poser des normes qui ne vaudront que pour une fraction de territoire². Cette thèse est défendue par Ibrahima Diallo. Selon lui, la décentralisation est un système d'organisation administrative qui reconnaît la personnalité morale à des structures différentes de l'Etat et qui vont avoir un pouvoir de décision autonome pour gérer des activités déterminées³. Pour

¹ Pascal GONOD, *Droit administratif général*, 2d Dalloz, Paris, 2018, p. 46.

² Henri KELSEN, *La théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 413. Cité par Ibrahima Diallo, dans son ouvrage, *Le droit des collectivités locales au Sénégal*, Harmattan, 2007, p. 13.

³ Ibrahima DIALLO, *Le droit des collectivités territoriales au Sénégal*, l'Harmattan, 2007, Paris, p. 14.

Amagoïn Keita et Brahim Fomba, la décentralisation est une modalité d'organisation institutionnelle de l'administration par laquelle l'Etat central transfère une partie de ses attributions et moyens à des entités territoriales dotées de la personnalité juridique¹. En vertu du principe d'attribution, les collectivités territoriales interviennent en leur nom et pour leur compte, par le biais des autorités décentralisées.

Au Mali, la décentralisation est d'abord un projet politique qui traduit la volonté de répondre aux enjeux politiques forts de démocratisation et d'unité nationale². Elle se situe donc dans la gestion autonome de l'Etat unitaire. Elle conforte l'idée d'autonomie locale en ce sens que les collectivités locales peuvent produire des politiques publiques au même titre que l'Etat, par le mécanisme du transfert de compétences à leurs autorités élues³.

A cet effet, les autorités locales ont compétence pour décider dans les domaines relevant des attributions de la collectivité qu'elles représentent⁴. Ceci exprime dans la formule étendue et adaptée pour chaque collectivité par la loi n°2017-051 qui dispose que « la commune est dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière »⁵. Le conseil communal

¹ Amagoïn KEITA, Brahim FOMBA, *Réussir les transferts de compétences et de ressources de l'Etat aux collectivités territoriales au Mali*, éditions Tombouctou, 2017, p. 11.

² Ministère de l'administration territoriale, Cabinet du ministre délégué chargé de la décentralisation, *Les Etats généraux de la décentralisation au Mali*, éditions Tombouctou, 2014, p. 7.

³ Pierre-Yves CHICOT, *La compétence internationale des collectivités territoriales françaises*, Harmattan, 2005, p. 8.

⁴ Marie-Christine ROUAULT, « Compétences des collectivités territoriales et intérêt public local » fasc. 650, 31 mai 2015.

⁵ Art 1^{er} de la loi, *op. cit.*

règle par ses délibérations les affaires de la commune, notamment celles relatives au développement économique, social et culturel¹.

L'intérêt de cette étude est d'analyser le système éducatif malien afin de dégager les imperfections et proposer des solutions alternatives pour une école stable. **Cela nous amène d'ailleurs à poser les questions suivantes : par quels moyens peut-on avoir une éducation stable et performante au Mali ? Quelles sont les modalités juridiques d'encadrement de l'éducation en mode décentralisée ?**

La réponse à ces interrogations, nous permettra, dans une approche à la fois juridique et sociologique, de mettre en exergue, dans un premier temps, l'encadrement juridique de l'éducation en mode décentralisée au Mali et dans un second temps, les mécanismes d'amélioration de la gestion décentralisée de l'éducation au Mali.

I. L'encadrement juridique de l'éducation en mode décentralisée au Mali

Depuis l'adoption de la Constitution de 1992², le Mali s'est engagé dans une vaste politique de réforme institutionnelle, cherchant à adapter les structures de l'Etat au nouveau contexte politique du pays. La loi n° 93-008 du 11 février 1993, modifiée par la loi 96/056 du 10 octobre 1996 portant sur les conditions de libre administration des collectivités territoriales et ses textes modificatifs subséquents furent adoptés³. Il est à rappeler que le cadre juridique de la décentralisation au Mali repose sur

¹ Article 22 de la loi numéro 2012-007/ du 7 février 2012 portant code des collectivités territoriales du Mali

² Constitution malienne du 25 février 1992.

³ Loi n° 2017-051 du 16 octobre 2017 portant Code des collectivités territoriales. Loi n° 2017-052 du 16 octobre 2017 déterminant la libre administration des collectivités territoriales.

un arsenal légal et réglementaire. Il est à rappeler que les textes de la décentralisation font le partage des rôles et de responsabilités entre l'Etat (A) et les collectivités territoriales¹ (B).

A. L'Etat, un acteur majeur dans la gouvernance éducative

La centralisation de la gestion de l'éducation a progressé au même rythme que la croissance démographique et l'urbanisation. L'essor des villes a permis la construction de vastes groupes scolaires capables d'offrir un large éventail des disciplines².

L'administration centrale étant investie des pouvoirs de contrôle exerce des vérifications sur les actes des autorités des collectivités territoriales relatifs aux fonctionnaires et peut émettre par voie réglementaire des actes tendant à donner des détails ou compléter les dispositions du statut³. A cet effet, l'autorité peut procéder à l'organisation des concours de recrutement et prendre des actes de mobilité et de sortie du fonctionnaire enseignant.

Dans le contexte malien, la déconcentration est définie par la Mission de décentralisation du Mali⁴ comme étant un système administratif qui confie certains pouvoirs de décision à des agents du pouvoir central résidant sur le territoire local. Elle répond au souci de rapprocher

¹ Guide de gestion du personnel des collectivités territoriales, Mali, 2005, p.8.

² Noel Mc GINN et Thomas WELSH, *La décentralisation dans l'éducation : pourquoi, quand, quoi et comment ?*, Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, UNESCO 1999, p.24.

³ Mory DIALLO, La gestion de la carrière du personnel enseignant des collectivités territoriales, colloque tenu à Niamey, 2019. *Document non publié*.

⁴ Arrêté n°93-0965/MATS-CAB du 2 mars 1993, portant organisation et fonctionnement de la mission de la décentralisation.

l'administration des administrés sans pour autant faire participer les administrés au processus de prise de décision.

Les principes de décentralisation administrative et territoriale au Mali commandent que le transfert des compétences et des ressources, qui sont des services publics, se fasse exclusivement en direction des collectivités territoriales. Celles-ci peuvent à leur tour donner mandat (déléguer) à des structures de gérer en leurs lieu et place certaines compétences transférées suivant une convention (gestion sous la forme de régie). En d'autres termes, l'Etat transfère la compétence aux collectivités territoriales qui à leur tour délèguent la gestion aux autres acteurs ou structures. Ces structures participatives et rapprochées sont les comités de gestion scolaire (CGS) ou, au cas échéant, les associations de parents d'élèves au niveau de l'éducation.

D'ailleurs, la loi n° 94-09 du 22 mars 1994 portant principes fondamentaux de la création, de l'organisation et du contrôle des services publics, précise les missions des différentes structures de l'Etat du niveau central au niveau subrégional. Les attributions des représentants de l'Etat au niveau des collectivités territoriales sont pour leur part définies par le décret n° 95-210 /P-RM du 30 mai 1995.

En matière d'éducation, l'Etat conserve la responsabilité globale du service public de l'enseignement notamment : la définition de la politique nationale ; l'appui aux autres partenaires pour la mise en œuvre de la politique nationale ; le contrôle et la coordination de sa mise en œuvre ; l'évaluation du système éducatif.

Le nouveau schéma institutionnel repose sur une redéfinition des mandats des structures étatiques visant à rendre aux communautés et aux collectivités la gestion du système éducatif, et s'organise autour de l'école. En somme, le ministre chargé des collectivités territoriales est l'autorité habilitée à procéder à la mutation inter collectivités, au changement de corps, au changement de position (à l'exclusion de celui relatif à la

suspension), à l'avancement et à la bonification d'échelon, à la détermination des vacances de grades, à la fixation des tableaux d'avancement et d'avancement de grade et de catégorie ainsi qu'à la sanction disciplinaire de second degré etc. Cet acteur majeur est renforcé par un acteur minoré.

B. Les collectivités territoriales, un acteur minoré dans la gestion éducative

D'abord, la loi n° 99-046 du 28 septembre 1999 portant loi d'orientation sur l'éducation, dans ses articles 58 et 59, institue dans chaque établissement scolaire et universitaire un organe de gestion dont les modalités de fonctionnement sont fixées par l'arrêté n° 04- 69/MEN-SG du 9 mai 2004 portant création, organisation et modalités de fonctionnement du CGS. Ainsi, le CGS devient l'organe de gestion de l'école en mode décentralisé. Ensuite, le décret n° 02-313/PRM du 04 juin 2002 a été adopté par le gouvernement en vue de la loi d'orientation sur l'éducation. Ce décret fixe les détails des compétences transférées de l'Etat aux collectivités territoriales (CT) en matière de l'éducation. Dans ces compétences transférées aux collectivités territoriales, les actes de gestion occupent une place importante.

Les actes de gestion du personnel sont pris par décision des présidents des organes exécutifs des collectivités¹. En d'autres termes les fonctionnaires territoriaux sont gérés par la collectivité ou l'établissement

¹ Art. 4 du décret n° 03-582 /p-RM du 30 décembre 2003 portant répartition des actes d'administration et des actes de gestion du personnel des collectivités territoriales, La fonction publique des collectivités territoriales, *Recueil des textes statutaires* août 2003.

dont ils relèvent, leur nomination est faite par l'autorité territoriale¹. A cet effet, ils donnent des avis et procèdent à la gestion financière.

Sous l'impulsion des mesures assouplissant les règles de création des écoles et de mesures financières (création du fonds d'appui à l'enseignement fondamental / FAEF) permettant le financement décentralisé d'infrastructures scolaires, le secteur éducatif communautaire a connu durant les années 1990 un essor rapide. Ce transfert de responsabilités de l'Etat vers les populations peut être considéré comme une décentralisation effective « avant l'heure ». Il n'a cependant pas modifié durant cette période, la représentation que les communautés avaient de l'efficacité de l'action publique.

Dans sa lettre de politique éducative de décembre 2000, le ministre de l'Education nationale du Mali rappelle que pour réussir la réforme du système éducatif, il est indispensable de : déconcentrer les activités éducatives ; décentraliser l'éducation à travers les collectivités et le transfert des compétences et des moyens ; redéfinir et de reconnaître la complémentarité des rôles des différents partenaires.

Le système éducatif est doublement géré par les collectivités territoriales et par l'administration déconcentrée. Mais, cette gestion collégiale pose des problèmes. A titre de rappel, les orientations des CT ne sont pas reconnues pertinentes par les services techniques lorsque ceux-ci n'ont pas été associés aux décisions. Aujourd'hui, les services déconcentrés ne disposent pas d'une flexibilité (décision, planification, finance) pour être en cohérence avec la décentralisation (autonomie, compétences des CT). Les cycles de planification des deux systèmes ne

¹ Fabrice MILLERAY, *Droit de la fonction publique*, 4^e éd, Economica, Paris, 2017, p. 244. Cité par Mory DIALLO, « La gestion de la carrière du personnel enseignant des collectivités territoriales », colloque tenu à Niamey, 2019. *Document non publié.*

sont pas en phase rendant ainsi la coordination des activités impossible. Leur réalisation est peu compatible avec des lenteurs administratives notamment en matière de construction d'écoles et d'affectation des personnels enseignants. Cette absence de coordination est source de gaspillage des ressources et pourrait accroître à terme les disparités en matière de scolarisation.

Il est dommageable par ailleurs que les relations de l'administration avec les collectivités orientent ces dernières vers une gestion de l'éducation par les moyens plus que par les résultats. Lors de l'élaboration du programme décennal de développement de l'éducation, il avait été souligné le déficit de partenariat autour de l'école. L'école, dans les représentations des parents, était avant tout perçue comme la « chose » appartenant à l'Etat et gérée par une administration souvent très éloignée et indifférente.

Les communautés ont attendu de l'Etat un développement de l'accès à l'éducation qui a tardé à venir. L'inefficacité de l'administration à gérer le développement du système éducatif durant les années 1970 et 1980 était la conséquence d'un centralisme politique, financier et opérationnel et d'une allocation des ressources ne faisant pas de l'éducation une priorité nationale. Les communautés ne disposaient pas durant cette période d'un pouvoir de décision leur permettant d'intervenir dans la gestion de l'école et le développement de l'accès à l'éducation.

La décentralisation ne peut se concevoir et se consolider sans le renforcement de la démocratie représentative et participative, sans le transfert des compétences et des ressources assorties de leur gestion par les structures de base que sont les collectivités territoriales. Elle exige une participation effective des populations aux activités de développement économique, politique, social et culturel tout en créant un nouveau cadre institutionnel local. Donc, il est nécessaire de réfléchir sur les mécanismes

d'amélioration de la gestion décentralisée de l'éducation : une nécessité pour une école stable.

II. Les mécanismes d'amélioration de la gestion décentralisée de l'éducation au Mali

La décentralisation de l'Education est à notre sens un management public de l'école qui consiste à un rééquilibrage des rôles entre les collectivités qui se substituent à l'Etat, les services déconcentrés de l'Etat et les populations. Elle serait ainsi un ensemble de dispositions de transfert des compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales et organes impliqués dans la mise en œuvre et la concrétisation des politiques éducatives à travers notamment la construction et la maintenance des locaux ainsi que l'attribution de subventions de fonctionnement¹.

Le Mali n'est plus dans le règne d'un « Etat-enseignant » s'imposant par l'omnipotence en fixant le programme scolaire national, en déterminant les besoins des populations en matière d'éducation, en implantant les écoles, en assurant leur fonctionnement (recrutement d'enseignants, fourniture de matériaux), et en organisant les évaluations etc. Dans ce modèle, l'Etat, loin de s'effacer, « continue de maîtriser la régulation du système par les cadres procéduraux nationaux très contraignants (définition d'un cadre national pour les programmes scolaires, pour les conditions d'embauche, le service et les salaires des enseignants...) »². Pour plus d'éclaircissement nous allons développer dans un premier temps la nécessaire mise en œuvre effective des

¹ Idrissa Soïba TRAORE, *Ecole et décentralisation au Mali*, 2011, p. 11.

² MONS Natalie, *Gouvernance locale et performance des élèves : Que nous enseignent les comparaisons internationales ?*, 2006, p. 10. Presses Universitaires de France, 2006, pp. 117-128.

compétences dans le secteur de l'éducation (A) et dans un second temps l'effectivité du transfert des ressources, une condition *sine qua non* pour la stabilité de l'éducation (B).

A. Une nécessaire mise en œuvre effective des compétences dans le secteur de l'éducation

Au Mali, la décentralisation de l'éducation en général et le transfert des compétences dans ce secteur sont fondés sur des orientations politiques résultant des dispositions constitutionnelles, légales et réglementaires contenues dans les textes parmi lesquels on peut citer le décret n° 2015-078/P-RM du 20 octobre 2015 fixant le détail des compétences transférées de l'Etat aux collectivités territoriales en matière d'éducation. Ce décret indique les compétences exercées par ces dernières et ce dans le respect des dispositions des textes qui régissent l'organisation, le fonctionnement des centres d'animation pédagogique et des académies d'enseignement. C'est ainsi que les collectivités territoriales exercent les compétences qui suivent en matière d'éducation au niveau communal, local, régional et du district de Bamako.

A partir de mars 1996 et à travers le programme décennal de développement de l'Education (PRODEC), la décentralisation de l'éducation est devenue un enjeu majeur de la réforme du système éducatif. Cette refondation du système éducatif se traduit concrètement par le transfert de compétences et de ressources du ministère de l'Education nationale (MEN) aux collectivités territoriales afin de mieux les associer et les responsabiliser dans le développement et la gestion de l'école (loi n°95-034 du 12 avril 1995 modifiée par le code des collectivités en République du Mali).

La lettre de politique éducative de décembre 2000 du ministère de l'Education soutient que le succès de la nouvelle réforme requiert certains préalables :

D'une part, par la déconcentration des activités éducatives, qui s'est manifestée à titre d'exemple, par le fait que l'Etat a d'abord procédé à une déconcentration du ministère de l'Éducation nationale : transfert de compétences des services centraux aux services déconcentrés (Académies d'enseignement, CAP). Ensuite, au niveau du schéma institutionnel, une structure est chargée de l'accompagnement du processus de décentralisation et de déconcentration de l'éducation ainsi qu'à la mise en place : la cellule d'appui à la déconcentration et à la décentralisation de l'éducation (CADDE). Il en suit l'idée d'une « décentralisation minimale » dans laquelle l'Etat garde son rôle de concepteur, d'opérateur et de contrôleur¹. A travers le ministère de l'Education et des CAP, il continue à définir les règles de fonctionnement dans tous les domaines pédagogiques (programmes, règles d'évaluation), gestion des ressources humaines (grilles des salaires) et financier (paiement des enseignants).

*D'autre part, par la décentralisation de l'éducation à travers la responsabilisation des collectivités à la base et au transfert des compétences et des moyens ; la redéfinition et la reconnaissance de la complémentarité des rôles des différents partenaires »*²

C'est dans ce cadre que le ministère de l'Education Nationale a initié certaines actions qui sont autres : la mise en place d'un nouveau schéma institutionnel de l'éducation ; la création d'une cellule d'appui à la décentralisation/déconcentration de l'éducation ; l'adoption d'une nouvelle structure décentralisée pour la gestion de l'école (comités de

¹ MONS Natalie, Chapitre 8. « Gouvernance locale et performances des élèves : que nous enseignent les comparaisons internationales? ». Presses Universitaires de France, 2006, p. 117-128.

² Rapport du ministère de l'Education nationale sur l'état du transfert de compétences en matière d'éducation, 2000, p. 8.

gestion scolaires, CGS) ; le transfert des responsabilités et les moyens spécifiques du ministère de l'Éducation nationale aux autorités locales.

En somme, il serait intéressant que l'État rende effectives les différentes compétences tout en assurant un transfert effectif des ressources. Ce transfert concomitant reste d'ailleurs un principe sacrosaint en matière de décentralisation. Pour plus d'efficacité dans la gestion, il faut une effectivité dans le transfert des ressources qui est d'ailleurs une condition *sine qua non* pour la stabilité de l'éducation.

B. L'effectivité du transfert des ressources, une condition sine qua non pour la stabilité de l'éducation

Le Mali est engagé dans un processus d'évolution institutionnelle qui concerne la décentralisation et la déconcentration administratives, prévoyant le transfert de ressources de l'État vers les collectivités territoriales. Cependant, un des défis à relever par le gouvernement est la poursuite et l'approfondissement de la décentralisation tout en assurant une meilleure coordination des actions.

Le renforcement du potentiel de gestion de ressources, tant au niveau central que « décentralisé-déconcentré », apparaît aussi comme une nécessité pour accompagner et soutenir la mise en œuvre de la gestion des ressources humaines¹. Il est à noter que l'État s'était engagé à transférer 30 % de ressources financières d'ici 2018 aux collectivités territoriales mais force est de constater que ce transfert reste toujours en deçà de 30 % (environ 21,36 % en 2021).

En ce qui concerne la gestion des ressources humaines, notre pays a doté sa fonction publique des collectivités d'un statut à l'instar de la fonction publique de l'État, la fonction publique des collectivités territoriales (FPCT) est régie par la loi n° 95-022 du 20 mars 1995,

¹ PRODEC 2.

modifiée, portant statut des fonctionnaires des collectivités territoriales. En effet, pour aller encore plus loin, l'Etat a adopté la loi n° 2018-035 du 27 juin 2018 portant statut des fonctionnaires des collectivités territoriales marquant ainsi un autre point de départ d'une fonction publique des collectivités territoriales différente de celle de l'Etat car l'autre avait montré ses limites. Cette loi ne s'applique qu'aux « personnels titularisés qui ont vocation exclusive à occuper au sein des services publics des collectivités territoriales, les emplois administratifs permanents et d'un niveau hiérarchique correspondant »¹.

Placée sous la responsabilité du ministre chargé de l'administration territoriale et de la décentralisation, la fonction publique des collectivités, elle vise principalement à doter les collectivités de ressources humaines suffisantes, qualifiées, motivées et stables leur permettant d'accomplir pleinement leurs missions. Les modalités d'administration et de gestion des fonctionnaires des collectivités sont empruntées au statut général des fonctionnaires. Ainsi, on relève des dispositions communes avec le statut général et des dispositions particulières propres aux seuls fonctionnaires des collectivités territoriales².

Ce nouveau contexte politique constitue sans nul doute un atout important pour le développement socio-économique en général et l'implication des acteurs locaux dans la gestion éducative de proximité. C'est ainsi que l'Etat a transféré ses compétences de l'éducation et les ressources financières aux collectivités territoriales par la loi n° 07-072 du 26 décembre 2007 relative au fonds d'appui aux collectivités territoriales et le décret n° 2015-0678 /PRM du 20 octobre 2015 abrogeant et

¹ Art. 1 de la loi n° 2018-035 de juin 2018 portant statut des fonctionnaires des collectivités territoriales.

² Oumar Baba KANE, *La fonction publique des collectivités territoriales, expérience du Mali*, 2008.

remplaçant le décret n°002-313 P/RM du 4 juin 2002 fixant les détails des compétences transférées de l'Etat aux collectivités territoriales en matière d'éducation.

Avec le décret n° 2016-0759/P-RM du 29 septembre 2016 fixant l'organisation et les modalités de fonctionnement de la direction nationale de la fonction publique des collectivités territoriales qui est composée de trois divisions : la division études, contentieux et discipline, la division recrutement, concours et formation et la division personnel qui sont chargées de la gestion du personnel de la fonction publique des collectivités territoriales. Cette fonction publique des collectivités territoriales est l'une des conditions de la libre administration des collectivités territoriales.

Ainsi, aux termes de l'article 10 de la loi citée en haut, le personnel des collectivités territoriales peut comprendre : les fonctionnaires de l'Etat en position de détachement ; les fonctionnaires des collectivités territoriales ; les agents contractuels.

La mise en place de cette politique trouve également sa justification dans la nécessité de doter les collectivités territoriales, de ressources humaines suffisantes, qualifiées, motivées et stables leur permettant d'accomplir pleinement et efficacement leurs missions.

Dans notre analyse il apparaît clair que la gestion faite de ses ressources surtout en ce qui concerne les ressources humaines de la fonction publique des collectivités territoriales pose problème. Quant à la situation des ressources humaines, à la date du 31 décembre 2019, l'effectif de la fonction publique des collectivités territoriales est estimé à 62 000 agents tous corps et catégories confondus¹. La fonction publique des collectivités territoriales a un effectif plus grand par rapport à la

¹ *Rapport de la commission interministérielle de transfert des compétences et de ressources de l'Etat aux CT, 2019*

fonction publique d'Etat. Il est à signaler que certaines difficultés restent à surmonter. Il s'agit entre autres :

1. Des difficultés relatives aux transferts de compétences et de ressources :

Elles portent sur les éléments suivants :

-Difficultés liées au cadre institutionnel de pilotage du processus de transfert. En dépit des acquis enregistrés, le processus et transfert de compétences connaît des difficultés dont la persistance risque d'être préjudiciable au bon fonctionnement des institutions locales ;

-Le faible niveau de fonctionnement des organes de pilotage au niveau national comme la commission interministérielle qui doit jouer un rôle d'impulsion d'une véritable politique à l'ensemble des départements ministériels impliqués à la réussite du transfert des compétences et des ressources de l'Etat aux Collectivités Territoriales ;

-La lenteur dans le processus de déconcentration de services éducatifs ;

-Le plan de transfert des compétences tarde à se mettre en place ;

-La faible implication de la cellule d'appui à la mise en œuvre de la déconcentration entre autres dans le processus d'identification des infrastructures de l'Etat à transférées ;

-Le dispositif d'appui conseil technique des collectivités dans le domaine de l'éducation reste encore peu opérationnel.

2. Des difficultés liées à l'exercice des transferts

Elles portent sur :

-La lenteur dans la dévolution des biens et la problématique de délivrance des titres de propriétés, équipement et logistiques transférées pour les niveaux communes et cercles : les ministères du logement et du domaine et de l'équipement et transport doivent chacun en ce qui les concerne, contribuer à la délivrance des titres de propriétés ;

-L'évaluation budgétaire des ressources financières nécessaires à l'exercice des compétences transférées en matière d'éducation n'est pas encore terminée.

3. Au niveau de la direction administrative et financière :

Ces problèmes portent sur :

-Le recensement du personnel enseignant et l'application du statut particulier des enseignants des collectivités territoriales connaît quelques difficultés ;

-Les différents outils d'opérationnalisation de transferts (le guide de gestion scolaire) et le guide d'opérationnalisation du décret 2015-0678/P-RM du 20 octobre 2015 fixant les détails des compétences transférées de l'Etat aux collectivités territoriales en matière d'éducation fixant les détails des compétences transférées de l'Etat aux collectivités territoriales en matière d'éducation ne sont pas encore disponibles au niveau des collectivités territoriales ;

-Le faible niveau de formation et ou d'information des collectivités et leurs collaborateurs sur les procédures de planification et de mobilisation des ressources du PRODEC.

Pour atténuer ces limites, l'Etat et les collectivités territoriales doivent :

-Développer et mettre à la disposition du système éducatif des *curricula* de qualité ;

-Rendre disponibles et accessible les supports pédagogiques (manuels et matériels didactiques) à tous les élèves et apprenants dans tous les établissements, surtout en milieu rural ;

-Promouvoir l'enseignement des sciences et techniques pour tous avec un accès accru des filles aux filières et séries scientifiques ;

-Développer des passerelles entre le non formel et le formel, entre l'enseignement secondaire (général, technique professionnel) et la formation professionnelle ;

-Articuler la formation à l'emploi ;

-Mettre à la disposition du système éducatif des enseignants qualifiés et en nombre suffisant ;

-Recruter les enseignants issus des écoles de formation des enseignants (IFM, ENSUP, ENETP, Ecoles doctorales) en tenant compte des besoins du système éducatif y compris ceux des établissements privés et de l'éducation non formelle ;

-Rationaliser la gestion des personnels enseignants ;

-Rendre la fonction enseignante plus attractive ;

-Assurer les conditions d'une gestion optimale des ressources humaines, matérielles et financières disponibles et mobilisables pour la mise en œuvre du nouveau programme ;

-Renforcer les compétences des responsables et les capacités des services des départements en charge de l'éducation et de la formation professionnelle et des Collectivités Territoriales en matière de pilotage, de coordination et de suivi-évaluation ;

-Renforcer la décentralisation et la déconcentration des structures des départements en charge de l'éducation et de la formation professionnelle ;

-Améliorer le cadre juridique de la gestion des ressources.

Conclusion

Au regard des analyses évoquées, nous constatons que la gestion décentralisée de l'éducation reste partagée entre l'administration d'Etat et l'administration décentralisée et que chacune exerce ses compétences conformément aux dispositifs juridiques existants. Mais il reste à signaler que la politique de gestion décentralisée mise en œuvre connaît quelques obstacles liés entre autres à la méconnaissance des principes et du

fonctionnement de cette gestion par les principaux acteurs et cela malgré les multiples séances d'information et de la communication. Ces difficultés constituent très souvent des facteurs handicapant l'atteinte des missions assignées.

On constate entre autres des irrégularités dans le paiement des salaires, le manque de ressources humaines qualifiées au niveau des organes d'administration et de gestion de la fonction publique territoriale, le suivi du personnel enseignant, etc.

Pour pallier ce fléau, L'Etat, les collectivités territoriales, et leurs partenaires techniques et financiers doivent mettre l'accent sur la formation continue et la sensibilisation des élus locaux, des enseignants et des populations concernées pour une meilleure harmonisation de la gestion du système éducatif en général et du personnel enseignant en particulier¹. Ils doivent élaborer un cadre juridique approprié et conformément aux orientations du programme de développement institutionnel et des recommandations issues des états généraux de la décentralisation. Ils doivent mettre en place un mécanisme de suivi performant et de capitalisation des expériences en matière de gestion². En plus, l'acteur étatique doit faire aussi le transfert concomitant des ressources humaines et financières afin d'améliorer cette gestion dont la finalité est la bonne formation des enfants³. Car nul ne doute que les enfants sont les futurs cadres de ce pays. Par conséquent, une gestion efficiente du système éducatif décentralisé reste la clé de réussite.

¹ Mory DIALLO, La gestion de la carrière du personnel enseignant des collectivités territoriales, colloque tenu à Niamey, 2019. Document non publié.

² Mory DIALLO, La gestion de la carrière du personnel enseignant des collectivités territoriales, *op. cit.*

³ Mory DIALLO, La gestion de la carrière du personnel enseignant des collectivités territoriales, colloque tenu à Niamey, 2019. Document non publié

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

-Mayacine DIAGNE, *Le droit des collectivités territoriales en Afrique, L'exemple du Sénégal*, Panafrica, 2010.

-Bernard FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 3^e éd., 2014.

-Pascal GONOD, *Droit administratif général*, 2d Dalloz, Paris, 2018, p. 46.

-Amagoïn KEITA, Brahim FOMBA, *Réussir les transferts de compétences et de ressources de l'Etat aux collectivités territoriales au Mali*, 2d Tombouctou, 2017, p. 70.

-Henri KELSEN, *La théorie pure du droit*, trad. Charles Eiseinmann, Dalloz, 1962, p. 413.

-Fabrice MILLERAY, *Droit de la fonction publique*, 4^e éd, economica, Paris, 2017, p. 244.

II. Ouvrages spécialisés

-Pierre-Yves CHICOT, *La compétence internationale des collectivités territoriales françaises*, Harmattan, 2005, p. 8.

-Ibrahima DIALLO, *Le droit des collectivités territoriales au Sénégal*, l'Harmattan, 2007, Paris, p. 14.

-Amagoïn KEITA, Brahim FOMBA *Réussir les transferts de compétences et de ressources de l'Etat aux collectivités territoriales au Mali*, éditions Tombouctou, 2017, p. 11.

-Idrissa Soïba TRAORE, *Ecole et décentralisation au Mali*, L'harmattan, Paris, 2011, p. 8.

III. Articles, Rapports et études

-Jean-Bernard AUBY « L'avenir de la fonction juridique de l'administration locale », issu de *petites affiches*, n° 75, p. 60, 1999.

-Mory DIALLO, « La gestion de la carrière du personnel enseignant des collectivités territoriales, colloque tenu à Niamey », 2019. *Document non encore publié*.

-Delphine ESPAGNO, « Le droit individuel à la formation dans la fonction publique territoriale du droit privé au droit public », *Revue le Lamy Collectivités territoriales*, n° 81, 2012.

-*Guide de gestion du personnel des collectivités territoriales*, Mali, 2005, p. 8.

-Julien ICARD, « Précisions sur la preuve de l'inégalité de traitement entre contractuel et fonctionnaire », *issue des Cahiers sociaux*, n° 307, p. 22, 2018.

-Marie-Colette KAMWE MOUAFFO, « Le fonctionnaire communautaire, sa déontologie et ses droit citoyens », *issu l'essentiel Droits africains des affaires*, n° 10, p. 4, 2017.

-Noel Mc GINN et Thomas WELSH, *La décentralisation dans l'éducation : pourquoi, quand, quoi et comment ?* Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, UNESCO 1999, p. 24.

-*Rapport de la commission interministérielle de transfert des compétences et de ressources de l'Etat aux CT*, 2019.

-Marie-Christine ROUAULT, « Compétences des collectivités territoriales et intérêt public local » fasc. 650, 31 mai 2015.

-Antony TAILLEFAIT, « Présence de la fonction publique territoriale et le déclin du droit de la fonction publique », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, n°81, 2012.

IV. Les textes législatifs et réglementaires

-Loi n° 2018-007 du 16 juillet 2018 portant statut du personnel enseignant de l'enseignement secondaire, de l'enseignement fondamental et de l'éducation préscolaire et spéciale ;

-La loi n° 2018-035 du 27 juin 2018 portant général des fonctionnaires des collectivités territoriales.

-Décret n° 2019-0411/P-RM du 7 juin 2019 portant plan de carrière des fonctionnaires du cadre de l'enseignement secondaire, de l'enseignement fondamental et de l'éducation préscolaire et spéciale

-Décret n° 2018-0067 P-RM du 26 janvier 2018 fixant les modalités d'application du statut du personnel enseignant de l'enseignement secondaire, de l'enseignement fondamental et de l'éducation préscolaire et spéciale.

-Décret n° 2015-0678 /P-RM du 20 octobre 2015 abrogeant et remplaçant le décret n° 02-02-313/P-RM du 4 juin 2002 fixant le détail des compétences transférées de l'Etat aux collectivités territoriales en matière d'éducation.

-Décret n° 03-582 /P-RM du 30 décembre 2003 portant répartition des actes d'administration et des actes de gestion du personnel des collectivités territoriales.

-Arrêté n° 2011-3282/MATCL-SG du 11 août 2014.

- *Recueil des textes statutaires* août 2003 décret n° 03-582 /P-RM du 30 décembre 2003, portant répartition des actes d'administration et des actes de gestion du personnel des collectivités territoriales,

- *La fonction publique des collectivités territoriales, Recueil des textes statutaires*, août 2003.

L'AVENIR DU SECRET DE L'INSTRUCTION JUDICIAIRE DANS UN CONTEXTE DE LUTTE ANTI-TERRORISTE AU SAHEL

**Docteur Issa SIDIBE,
enseignant-chercheur**

**Université des sciences juridiques et politiques de Bamako
issafsjp@gmail.com**

Résumé : Le procès pénal vise un double objectif, à savoir la défense de la société d'une part et celle de garantir le droit à un procès équitable aux justiciables d'autre part. L'instruction judiciaire participe à l'atteinte de ce double objectif par la garantie des droits de la défense qu'elle offre au mis en cause. La procédure pénale apparaît ainsi comme le véritable trait d'union entre l'infraction et la sanction infligée à son auteur. L'instruction judiciaire qui assure cet équilibre lorsqu'il s'agit d'une infraction criminelle est, aujourd'hui, déstabilisée par certains scandales, confrontée à de nouveaux défis (terrorisme, délinquance sexuelle, trafics de drogue et d'êtres humains, criminalité organisée). Cet instrument de la procédure pénale n'est-il pas, aussi, soumis à la sensibilité du moment, exposé à la douleur des victimes, plongé dans la « société spectacle » et de sa justice immédiate et sans appel. Ce constat appelle à une réflexion sur la nécessité de faire évoluer les principes qui régissent le secret de l'instruction dans un procès pénal dans les pays du Sahel confrontés aux affres du terrorisme et du grand banditisme et l'obligation de respect des droits de l'homme.

C'est ce paradigme de l'obligation d'une saine administration de la justice et le respect des droits de la défense, des liberté et des droits qui sert d'alibi pour les tenants de la doctrine du droit pénal de l'ennemi d'un côté et des médias de l'autre pour justifier leur intervention dans l'instruction judiciaire.

C'est pourquoi, les législations anti-terroristes des pays du Sahel ont puisé dans le droit pénal de l'ennemi (dangerosité) et des régimes procéduraux potentiellement dérogatoire pour concevoir leur arsenal juridique répressif du terrorisme. Les médias au nom de la liberté d'informer publient les éléments de l'enquête en cours. Ces interventions sont considérées comme une reculade du secret de l'instruction judiciaire, donc une atteinte à la présomption d'innocence.

Cette citation de Yves Mayaud « La réponse du droit va de la disposition ponctuelle au dispositif consolidé » car « le terrorisme est un acte de guerre dans une société de paix, ce qui en rend la maîtrise difficile » est révélatrice de toute la difficulté relative à la lutte contre le terrorisme et corrélativement de faire évoluer les principes régissant le secret de l'instruction.

Mots clés : terrorisme - secret d'instruction judiciaire - droit pénal de l'ennemi – médias - présomption d'innocence

Les pays du Sahel sont confrontés à une crise sécuritaire¹ aigue due à une certaine mutation sociologique et idéologique. La stabilité de ces pays résultait de leur capacité à maintenir l'ordre public à l'intérieur de leurs

¹ Rapport de la mission d'évaluation des incidences de la crise libyenne sur la région du Sahel, 7-23 décembre 2011 : <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/N1220864.pdf>

frontières. Les infractions commises visaient essentiellement des atteintes aux biens et quelque fois des atteintes aux personnes physiques et rarement des massacres des populations.

Aujourd'hui, avec le développement sous toutes ses formes combinées à la mondialisation, d'autres types de mentalité ont germé et corrélativement de nouveaux types d'infractions ont pris de l'ampleur. Depuis plus d'une décennie, la quasi-totalité des Etats du Sahel et leurs populations font face à la montée en puissance de la criminalité organisée transfrontalière¹ et d'une nouvelle agression aux revendications inavouées: le terrorisme². Il s'agit de la guerre asymétrique avec son cortège de victimes. Elle se définit comme une guerre non conventionnelle³. Cette qualification ressort de l'analyse de l'arsenal

¹ Michel LUNTUMBUE, *Criminalité transfrontalière en Afrique de l'Ouest : cadre et limites des stratégies régionales de lutte*. Note d'analyse du GRIP, 9 octobre 2012, Bruxelles. URL: http://www.grip.org/fr/siteweb/images/NOTES_ANALYSE/2012/NA_2012-10-09_FR_M-LUNTUMBUE.pdf

² François EDIMO, « L'incrimination du terrorisme en droit pénal camerounais », *Juridical Tribune*, Volume 6, Issue 1, June 2016, p. 165.

³ « La guerre asymétrique, c'est l'absence de correspondance entre les buts, les objectifs et les moyens des forces belligérantes. » *Une guerre asymétrique est un conflit qui oppose des combattants dont les forces sont incomparables ; où le déséquilibre militaire, sociologique et politique entre les camps est total : une armée régulière forte contre un mouvement de guérilla a priori faible ; une nation contre un mouvement terroriste, etc.* « Dans un conflit asymétrique, tous les moyens sont bons pour emporter la victoire, les règles volent en éclats. » *La doctrine militaire de "guerre asymétrique" est apparue aux Etats-Unis au milieu des années 1990. En décembre 1997, le National Défense Panel américain la résume dans une étude : « Nos ennemis présents et futurs ont tiré les leçons de la guerre du Golfe de 1991. Ils ne vont pas se confronter à nous*

juridique pour combattre ce fléau. Ainsi, dans le but de barrer la voie à cette pandémie, certains instruments juridiques internationaux ont été élaborés. C'est le cas entre autres de la convention de l'OUA de 1999 sur la prévention et la lutte contre le terrorisme ainsi que son protocole, de la résolution 2178 du 24 septembre 2014 du Conseil de sécurité des Nations unies¹. Ces instruments invitent à la mobilisation des actions fortes contre ce fléau². Leur mise en œuvre au plan interne au Mali est à la base de l'adoption de la loi n° 08-025 du 23 juillet 2008 portant répression du terrorisme. Cette loi vient s'ajouter aux nombreuses autres qui forment le paysage de droit pénal malien. Tous les pays du Sahel se sont dotés d'un ensemble de textes répressifs similaires. La recherche des éléments de preuve contre les présumés terroristes est confiée à un juge d'instruction.

L'instruction judiciaire intervient suivant des cas. Ainsi instruire une

conventionnellement. Ils aligneront leurs points forts face à nos points faibles. Leurs forces ne seront pas le miroir des nôtres. »

¹ La résolution 2178 du Conseil de sécurité engage les Etats à « veiller à ce que la qualification des infractions pénales dans leur législation et leur réglementation internes permettent [...] d'engager des poursuites et de réprimer les actes terroristes ». La convention de l'OUA de 1999 quant à elle, engage les Etats parties à « [...] établir comme crimes, les actes terroristes ». Pour ce qui est de son protocole, il invite les Etats à « prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger les droits fondamentaux de leurs populations contre les actes terroristes ».

² La résolution 2178 du Conseil de sécurité engage les Etats à « veiller à ce que la qualification des infractions pénales dans leur législation et leur réglementation internes permettent [...] d'engager des poursuites et de réprimer les actes terroristes ». La Convention de l'OUA de 1999 quant à elle, engage les Etats parties à « [...] établir comme crimes, les actes terroristes ». Pour ce qui est de son protocole, il invite les Etats à « prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger les droits fondamentaux de leurs populations contre les actes terroristes ».

affaire, c'est superviser une enquête. Un juge d'instruction est un directeur d'enquête. La différence avec une enquête préliminaire tient au fait que le juge d'instruction est un magistrat du siège, indépendant, qui ne peut recevoir aucun ordre (contrairement au parquet) sur la conduite à tenir dans tel ou tel dossier. La loi prévoit que le juge d'instruction est saisi, de façon obligatoire, par le procureur de la République, magistrat du parquet, lorsqu'il y a qualification criminelle : meurtre, viol, tentatives de meurtre, agression à main armée, actes de terrorisme, criminalité organisée etc. A l'issue de l'instruction, l'affaire est jugée par une cour d'Assises¹. Pour assurer la bonne conduite de l'enquête, le secret de l'instruction sert de bouclier.

Le secret de l'instruction est un mécanisme de protection de la relation positive des faits contre des altérations postérieures. Le concept de secret suppose d'un côté une ou plusieurs personnes qui savent et de l'autre une ou plusieurs personnes qui ne doivent pas savoir. On pénètre dans une perspective normative lorsque la non-communication d'une information fait l'objet d'une obligation juridique sanctionnée par la loi².

De son côté, le terrorisme est littéralement défini comme « l'emploi systématique de la violence pour atteindre un but politique »³. Juridiquement, il s'agit d'un « ensemble d'infractions limitativement énumérées dans le Code pénal, qualifiées ainsi, lorsqu'elles sont en

¹ Jean-Louis Peries est premier juge d'instruction à Paris, à la juridiction spécialisée en matière de criminalité organisée.

D. VANDERMEERSCH, « La transparence et la loyauté des avocats envers le juge pénal », in X., *L'avocat et la transparence*, Actes du Congrès du 11 mars 2005 organisé par l'ordre des barreaux francophones et germanophone et l'ordre français du barreau de Bruxelles à l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2006, spéc. p. 140 et 141.

³ *Dictionnaire Le Robert op. cit.*, V° terrorisme.

relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public »¹. Le vocabulaire juridique Henri Capitant ajoute qu'il s'agit des « agissements criminels destinés à semer l'épouvante dans la population civile, par leur caractère meurtrier systématiquement aveugle »². La loi n° AN8-025 du 23 juillet 2008 portant répression du terrorisme au Mali emboîte le pas à ces définitions en indiquant à son article 2 alinéa 1 qu'« est puni de la peine de mort, celui qui, à titre personnel, en complicité ou en coaction, commet tout acte ou menace susceptible de causer la mort, de mettre en danger l'intégrité physique, d'occasionner des dommages corporels ou matériels, des dommages de ressources naturelles, à l'environnement ou au patrimoine culturel dans l'intention : a) d'intimider la population, de provoquer une situation de terreur ou de contraindre la victime, le gouvernement et/ou une organisation nationale ou internationale, à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, à adopter ou à renoncer à une position particulière ou à agir selon *certain*s principes ; b) de perturber le fonctionnement normal des services publics, la prestation de services essentiels aux populations ou de créer une situation de crise au sein des populations; c) de créer une insurrection générale dans le pays ».

Face à l'ampleur des actes commis, le droit à travers la procédure pénale se doit d'apporter une réponse adaptée à la nécessité de défense de l'intérêt général, de garantir le droit des mis en examen dans le cadre du respect des libertés. Pour cerner les appréhensions notre réflexion portera sur l'avenir du secret de l'instruction judiciaire dans un contexte de lutte anti-terroriste au Sahel.

Cette réflexion porte sur la réponse du droit face au terrorisme. Certains pays du Sahel font l'objet d'une agression sans précédent de la

¹ Lexique des termes juridiques, *D.* 2010.

² *Vocabulaire Henri Capitant*, 7^e éd. 2006, p. 902.

part des terroristes au point que cinq pays ont choisi de mutualiser leur force à travers le G5-Sahel afin de contrer les insurgés. Ces pays ont en commun d'être des ex-colonies de la France dont la procédure pénale est inquisitoire. Dans cette lutte contre le terrorisme la façon dont la justice est distribuée est questionnée tant sur le plan de son efficacité que sur le plan du respect des droits de la défense.

Le procès pénal vise un double objectif, à savoir la défense de la société d'une part et celle de garantir le droit à un procès équitable aux justiciables d'autre part. L'instruction judiciaire participe à l'atteinte de ce double objectif par la garantie des droits de la défense qu'elle offre au mis en examen¹. La procédure pénale apparaît ainsi comme le véritable trait d'union entre l'infraction et la sanction infligée à son auteur². L'instruction judiciaire qui assure cet équilibre lorsqu'il s'agit d'une infraction criminelle est, aujourd'hui, déstabilisée par certains scandales, confrontée à de nouveaux défis (terrorisme, délinquance sexuelle, trafics de drogue et d'êtres humains, criminalité organisée). Cet instrument de la procédure pénale n'est-il pas, aussi, soumis à la sensibilité du moment, exposé à la douleur des victimes, plongé dans la « société spectacle » et de sa justice immédiate et sans appel³. Ce constat appelle à une réflexion sur la nécessité de faire évoluer les principes qui régissent le secret de l'instruction dans un procès pénal⁴ dans les pays du Sahel confrontés aux

¹ *Précis de droit pénal et de procédure pénale* F. DEBOVE, F. FALLETTI, Th. JANVILLE, 4^e éd. Mise à jour, puf, 2011, p. 345.

² *Droit Pénal Général*, P. JEAN, 19^e éd., Cujas, 2012, p. 233.

³ « Procédure pénale : secret de l'instruction/violation/art. 11 C.P.P/ et art. 378 C. pén. » par Jean-Yves *Chavallier* publié dans la *Revue juridique de l'ouest*, 1979-2, p 130-136.

⁴ « Le procès n'est pas innocent du secret de l'instruction » publié dans *Les Echos* du 5/11/2011.

affaires du terrorisme et du grand banditisme et l'obligation de respect des droits de l'homme.

Cette ambivalence nous pousse à nous interroger sur la portée du secret de l'instruction judiciaire dans un contexte de lutte anti-terroriste et au-delà à tester l'efficacité de la mise en œuvre de la procédure pénale au regard de ces mutations dans le comportement des délinquants. L'exercice de la démocratie dans un pays s'apprécie à l'aune du degré de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les autorités de ce pays. Les autorités judiciaires participent à l'enracinement de cette démocratie par la garantie qu'elles offrent sur le plan de la protection des droits et des libertés aussi bien pour les victimes que pour les auteurs des infractions¹. Cette étude va susciter ou inviter les doctrinaires à réfléchir sur les moyens de la procédure pénale à offrir une sécurité collective au plus grand nombre et la nécessité à garantir la protection des droits des mis en examen dans un contexte d'émergence du terrorisme, du trafic d'êtres humains, de la criminalité organisée et de la prolifération des milices d'auto-défense.

En premier lieu, il s'agira d'analyser la nécessité de maintenir le secret de l'instruction en cas de poursuite d'infraction terroriste (I). En second lieu, éclairé par un examen approfondi la reculade du secret de l'instruction en cas de poursuite d'infraction terroriste (II).

I. Maintien du secret de l'instruction en cas de poursuite d'infraction terroriste

L'instruction judiciaire est obligatoire en matière criminelle. L'infraction terroriste est qualifiée de criminelle, d'où la compétence du

¹ Thomas CASSUTO, « La fin du collège de l'instruction : Beaucoup de bruits pour rien ou la comédie des erreurs ? », dans *Dalloz actualité*, éd. du 15 janvier 2019.

juge d'instruction pour instruire à charge et à décharge les actes poursuivis. Pour justifier le maintien du secret de l'instruction, il convient de cerner le rôle et les pouvoirs du juge d'instruction avant de relever l'utilité du secret de l'instruction dans un procès pénal.

A. Rôle et pouvoirs du juge d'instruction dans la poursuite

Afin de comprendre le rôle du juge d'instruction et de ses pouvoirs un rappel historique semble nécessaire. En effet, l'histoire du juge d'instruction va de l'ordonnance criminelle de 1670 jusqu'au Code d'instruction criminelle de 1808. Ce rappel est nécessaire, car nos systèmes judiciaires sont les héritiers de celui de la France par le fait de la colonisation. Suite à l'essor de l'inspiration inquisitoire dans la procédure pénale, le principe de l'intervention d'un magistrat instructeur est affirmé, avant 1670, à travers deux ordonnances successives.

La première, datée de 1498 et dite de Blois, formalise la procédure exceptionnelle fondée sur le modèle inquisitoire, et se différencie donc de la procédure ordinaire, fortement accusatoire, qui est dès lors réservée aux cas les moins graves. Dans cette procédure exceptionnelle, le juge est chargé de l'enquête et de réunir les éléments de preuve. Ce premier embryon d'instruction en France est néanmoins entaché d'importants dysfonctionnements. L'absence d'impartialité du juge et le recours systématique aux supplices pour obtenir de l'accusé des aveux, dont la véracité et l'exactitude peuvent souvent être mises en doute.

En août 1539, est adoptée, sous l'égide de François I^{er} et de son chancelier Poyet, l'ordonnance de Villers-Cotterêts, qui réforme la procédure pénale, et notamment la phase d'instruction. Elle prévoit ainsi que le juge procède, ou fait procéder par ses collaborateurs¹, aux interrogatoires, confrontations de l'accusé et des témoins. Elle ne corrige

¹ Article 61 du Code d'instruction criminelle de 1808.

toutefois pas les principaux défauts préalablement constatés, dans la mesure où le droit à un avocat est toujours proscrit, tout comme la récusation par l'accusé d'un témoin. De surcroît, l'instruction à décharge n'était réalisée par le juge qu'à l'issue de l'instruction préliminaire et sans que l'accusé ne dispose d'un droit d'information.

La fonction de juge de l'instruction a été véritablement formalisée dans le cadre de l'ordonnance criminelle de 1670, enregistrée par le Parlement de Paris le 26 août, et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1673. Cette ordonnance criminelle de 1670 marque l'ancrage du modèle inquisitoire en France. En effet, si l'ordonnance criminelle de 1670 réforme la procédure criminelle, elle ne remet pas en cause l'héritage du magistrat instructeur.

L'instruction est ouverte par la transmission au magistrat des procès-verbaux, et l'audition des témoins. A l'image de ce qu'ils sont actuellement, les pouvoirs du magistrat instructeur sont étendus. Dans le but de réunir les indices permettant d'éclairer les faits, le juge peut ordonner divers actes d'information, parmi lesquels un transport sur les lieux, une expertise médicale... Il lui revient ensuite de procéder à l'audition de l'accusé, sous serment et sans la présence d'un défenseur, dans la mesure où l'ordonnance dispose que « le juge sera tenu de vaquer en personne à l'interrogatoire, qui ne pourra en aucun cas être fait par le greffier » Les témoins auditionnés sont choisis par le juge, ou désignés par le procureur ou les parties civiles. La désignation de témoins n'est en revanche pas ouverte à la personne mise en cause. Suite à l'audition des témoins, les pièces sont transmises au procureur du roi.

Ce rappel historique nous enseigne sur les caractéristiques de la procédure d'instruction pendant son évolution. Ainsi, dans le Code d'instruction criminelle, la procédure était inquisitoire. Elle se caractérisait par le secret, personne n'entrait chez le juge d'instruction, aucun renseignement ne parvenait au public ; la personne poursuivie dite

« alors inculpée » pouvait ignorer les charges qui pesaient sur elle.

La procédure était écrite, des procès-verbaux recueillaient interrogatoire, confrontations, et dépositions. Cette procédure était non contradictoire¹. On le voit bien, les pouvoirs du juge d'instruction ont été modelés au gré de l'histoire. C'est pourquoi ces pouvoirs ont fait constamment l'objet de questionnement tant les questions de droit de l'homme sont d'une importance particulière au cours d'un procès pénal.

Depuis cette période, le juge d'instruction joue un rôle central dans l'enquête criminelle. Dans les pays du Sahel, il a vu avec la recrudescence des attentats terroristes à partir de 2012, ses pouvoirs renforcés. Des réformes du Code de procédure pénale ont été engagées pour conforter ses pouvoirs. Ainsi au Mali, c'est la loi n° 01-79 du 20 août 2001 modifiée par les lois n° 2005-45 du 18 août 2005 et n° 2016-39 du 7 juillet 2016 qui est le fondement de la procédure pénale actuelle. Le titre IV de cette loi traite de l'instruction. En effet, sont énumérés les pouvoirs du juge d'instruction lors de l'instruction préparatoire. Cette loi détermine les domaines de l'instruction « L'instruction préparatoire est obligatoire en matière de crime sauf dispositions spéciales ; elle est facultative en matière de délit et de contravention »². Et l'article suivant édicte que le juge d'instruction ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire du procureur de la République, même s'il a procédé en cas de crime ou de délit flagrant.

Le réquisitoire peut être pris contre une personne dénommée ou non dénommée. Le juge d'instruction a le pouvoir d'inculper toute personne ayant pris part, comme auteur ou complice, aux faits qui lui sont déférés. Lorsque des faits non visés au réquisitoire sont portés à la connaissance du juge d'instruction, celui-ci doit immédiatement communiquer au

¹ L. Jean et Ph. CONTE, *Procédure pénale : la juridiction pénale, le procès pénal*, mementos Dalloz, 27^e éd. p. 149.

² Art. 87 du Code de procédure pénale du Mali.

procureur de la République les plaintes ou les procès-verbaux qui les constatent.

En cas de plainte avec constitution de partie civile, le juge d'instruction ordonne communication de la plainte au procureur de la République pour que ce magistrat prenne ses réquisitions. Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité.

Toutes les pièces du dossier sont cotées et inventoriées par le greffier au fur et à mesure de leur rédaction ou de leur réception par le juge d'instruction. Si le juge d'instruction est dans l'impossibilité de procéder lui-même à tous les actes d'instruction, il peut donner commission rogatoire aux officiers de police judiciaire afin de leur faire exécuter tous les actes d'information nécessaires dans les conditions et sous les réserves prévues aux articles 159 et 160 du présent Code.

Le juge d'instruction procède ou fait procéder, soit par des officiers de police judiciaire, soit par toute personne habilitée par l'autorité compétente, à une enquête sur la personnalité des inculpés, ainsi que sur leur situation matérielle, familiale ou sociale. Toutefois, en matière de délit, cette enquête est facultative.

Le juge d'instruction peut prescrire un examen médical, confier à un médecin le soin de procéder à un examen ou ordonner toutes autres mesures utiles. Si ces examens sont demandés par l'inculpé ou son conseil, il ne peut les refuser que par ordonnance motivée¹. Le juge d'instruction peut se transporter sur les lieux pour y effectuer toutes constatations utiles ou procéder à des perquisitions. Il en donne avis au procureur de la République qui a la faculté de l'accompagner.

Le juge d'instruction est toujours assisté d'un greffier. Il dresse un procès-verbal de ses opérations. Si les nécessités de l'information l'exigent,

¹ Art.90 du Code de procédure pénale du Mali.

le juge d'instruction peut, après avoir donné avis au procureur de la République près son tribunal, se transporter avec son greffier dans les ressorts des tribunaux limitrophes de celui où il exerce ses fonctions à l'effet d'y procéder à tous actes d'instruction, à charge pour lui d'aviser au préalable, le procureur de la République du ressort du tribunal dans lequel il se transporte¹.

En matière correctionnelle ou criminelle, le juge d'instruction peut mettre l'inculpé en détention provisoire ou le placer sous contrôle judiciaire. La détention provisoire et le contrôle judiciaire ne peuvent être ordonnés qu'à raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté et selon les règles et conditions énoncées par la loi².

Le juge d'instruction peut, en outre, à tout moment, imposer à l'inculpé placé sous contrôle judiciaire, ordonner une ou plusieurs obligations nouvelles, supprimer tout ou partie des obligations comprises dans le contrôle, modifier une ou plusieurs de ces obligations ou accorder une dispense occasionnelle ou temporaire d'observer certaines d'entre elles.

Il résulte de l'analyse des dispositions légales que les pouvoirs du juge d'instruction, bien qu'exorbitants, sont encadrés de façon stricte pour éviter l'arbitraire. Il faut remarquer que la loi n° 08-025/ du 23 juillet 2008 portant répression du terrorisme au Mali édicte des règles de procédure en son chapitre III. Ainsi, les infractions terroristes sont qualifiées de crimes imprescriptibles et ne sont pas considérées comme des infractions politiques, des infractions connexes à des infractions politiques ou des infractions inspirées par des mobiles politiques. Cette qualification est

¹ Art. 93 *op cit.*

² Art. 134 CPP : En matière criminelle, la détention provisoire est prescrite par un mandat de dépôt du juge d'instruction sans ordonnance préalable ; ce mandat est notifié à l'inculpé lors de l'interrogatoire de première comparution ; mention en est faite au procès-verbal.

importante. Elle permet de lever toute ambiguïté entre les infractions politiques et les infractions terroristes et facilite la poursuite de celle-ci. Aussi, faut-il souligner que tous les pays du Sahel, dans l'optique de se conformer au droit international, ont chacun adopté une loi spéciale dénommée « loi anti-terroriste ». Ces lois, pour la plupart, créent des pôles judiciaires spécialisés dans la lutte contre le terrorisme et accroît les compétences territoriales des magistrats en charge de ces questions. Cette affirmation ressort de la lecture combinée de l'article 21 : « Le pôle d'instruction compétent en matière terroriste, statue collégalement sur l'opportunité de la détention préventive ainsi que sur l'octroi de la liberté provisoire, le cas échéant »¹ et de l'art. 610-1 du Code de procédure pénale du Mali (CPP)².

Ces pôles judiciaires sont généralement composés d'un parquet spécialisé sous l'autorité et la direction du procureur de la République ; d'un cabinet d'instruction spécialisé ; d'une brigade d'investigation spécialisée dite brigade de lutte contre le terrorisme et la criminalité transnationale. C'est pour cette raison que le secret de l'instruction garde toute son utilité tant sur le plan de la préservation de la présomption d'innocence que sur le plan de l'administration d'un procès équitable.

B. L'utilité du secret de l'instruction dans un procès pénal

La phase préparatoire du procès est le lieu où se révèle l'irréductible contradiction entre les exigences d'une correcte administration de la

¹ Loi mauritanienne de lutte anti-terroriste : « loi n° 2010-035 du 21 Juillet 2010 abrogeant et remplaçant la loi n° 2005047 du 26 juillet 2005 relative à la lutte contre le terrorisme » ;

² L'article 610-1 du CPP du Mali « il est institué au Tribunal de grande instance de la commune VI du district de Bamako un pôle judiciaire spécialisé dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité transnationale ».

justice, celle du droit des citoyens à l'information, mais également celle du droit à la présomption d'innocence de la personne mise en cause dans la procédure¹. En effet, lorsqu'un procès ne remplit pas ces conditions, il ne peut être qualifié d'équitable. L'exigence d'un procès équitable implique : l'équité de la procédure ; l'égalité des armes ; le respect du contradictoire².

Il y a lieu cependant de noter les difficultés à appliquer le principe de l'équité dans la phase d'enquête ou d'instruction, compte tenu notamment du caractère inquisitoire accentué de ces procédures. L'équité de la procédure exprime surtout la possibilité offerte à chaque partie de produire ses moyens de preuve et de discuter contradictoirement toutes pièces produites même si celles-ci ont été obtenues de façon déloyale ou illicite : l'essentiel étant de pouvoir en apprécier la valeur et de les soumettre à la discussion des parties. Pour assurer cette équité, le juge d'instruction a à sa disposition un outil appelé « secret de l'instruction ». Issu du Code d'instruction criminelle de 1808 qui était axé sur le principe de la recherche inquisitoriale des preuves, l'instruction était en conséquence écrite, secrète et non contradictoire. Véritable dogme au départ, qui conduisait jusqu'à interdire au mis en examen d'être tenu au courant de la procédure ainsi que d'y participer, le caractère secret de l'instruction s'est progressivement atténué³.

¹ Lara DI ROCCO, « Secrets et medias au cours de la phase préparatoire du procès pénal en France et en Italie », *Le juripole de Lorraine, Serveur, d'Information Juridique*.

² Art. 1 CPP du Mali « La procédure pénale doit être équitable, contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement. // Les personnes se trouvant dans les conditions semblable et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles ».

³ NAUT POL. « Le secret de l'instruction ne doit pas être le secret de polichinelle », in *Revue juridique de l'Ouest* 1996-4 p. 441-453.

Admis en doctrine et par les praticiens, ce principe a été formellement consacré dans l'article 99 du Code de procédure pénale du Mali¹ et celui de la France et dans une moindre mesure dans l'article 199 alinéa 1 du même Code. C'est l'article 11 du Code de procédure pénale de la France qui, de façon explicite en ces termes « Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines de l'article 226-13 du nouveau Code pénal qui prévoit une peine d'emprisonnement d'un an et une amende de 100 000 F.», astreint toute personne qui concourent à l'instruction à cette obligation professionnelle. La même rédaction figure dans les Codes de procédure pénale du Niger, du Mali, du Burkina Faso et du Sénégal.

Dans le droit pénal de ces pays, le secret de l'instruction a un double aspect. D'un côté il consiste à interdire aux personnes qui concourent à la procédure (magistrats, officiers de police judiciaire, ministère public ...) de révéler des informations relatives au déroulement de la procédure d'instruction, de l'autre il revêt la forme d'une interdiction de publication des actes de la procédure à travers la presse ou tout autre moyen de communication au public. Une telle normative s'insère nécessairement dans le schéma du procès inquisitoire dont sont inspirés les codes de procédure de ces pays. Même si de nombreuses règles viennent atténuer le système, il est caractérisé en droit pénal français par l'article 11 du Code de procédure pénale qui fait allusion à une procédure d'instruction destinée à recueillir les preuves dans le secret (sauf à respecter l'exercice

¹ Le juge d'instruction doit se conformer aux dispositions des articles 69 alinéa 3 et 71. Le juge d'instruction a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles au respect et à la sauvegardé du secret professionnel et des droits de la défense.

des droits de la défense). Ce faisant le secret de l'instruction garantit l'efficacité des investigations. Le législateur, qu'il soit français ou des pays du Sahel, a ainsi voulu garantir l'efficacité des investigations et préserver la présomption d'innocence devant bénéficier à toute personne mise en cause dans une procédure. Ces objectifs sont légitimes quoiqu'en disent les partisans de « la transparence absolue » pour qui « briser le secret de l'instruction est un devoir »¹

Dans les pays du Sahel, le secret cumule avec l'interdiction de publication des actes de la procédure². Ce mécanisme n'est qu'un moyen de verrouiller la connaissance des éléments découverts au cours de la procédure pénale. En France, les deux normes sont envisagées séparément. Le secret de l'enquête et de l'instruction est consacré dans le Code de procédure pénale, l'interdiction de publication des actes de la procédure figure dans des lois spéciales.³

Par ailleurs, le secret de l'instruction est un moyen offert au juge d'instruction de mettre en œuvre le principe de la présomption d'innocence qui fut un des combats des philosophes des lumières. Voltaire a ainsi écrit que « si contre cent mille probabilités que l'accusé est

¹ Propos de Gérard DAVET, journaliste au quotidien *Le Monde*.

² Le Burkina fait face ces dernières années à des attaques et attentats perpétrés et revendiqués par divers groupes armés. C'est dans ce contexte que la révision du Code pénal a été proposée et sera présentée à l'Assemblée nationale lors de cette session parlementaire. Ainsi, selon les propositions de révision du Code pénal à voter, la communication, la diffusion ou le relais d'informations relatives aux forces de sécurité, à leur déplacement, leur position géographique, à leurs armes et à leurs moyens, pourrait tomber sous le coup de la loi pénale, avec des peines pouvant aller d'un à cinq ans de prison.

³ Loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, son article 38 précise : « il est interdit de publier les actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique... ».

coupable, il y en a une seule qu'il est innocent, cette seule doit balancer toutes les autres »¹. Autre figure incontournable des lumières, le philosophe italien Cesare Beccaria affirmait, quant à lui, « qu'un homme ne peut être regardé comme criminel avant la sentence du juge ; et la société ne peut lui retirer la protection publique qu'après qu'il a été prouvé qu'il a violé les conditions auxquelles elle lui avait été accordée »². Si la présomption d'innocence n'est pas respectée, le secret de l'instruction est lui aussi fortement atténué. Alors pourquoi ce secret ?

Deux raisons expliquent et justifient ce secret de l'instruction. Premièrement, révéler des éléments de l'enquête pourrait donner des informations à des proches ou complices de la personne concernée par l'instruction. Ces derniers pourraient alors cacher des preuves, s'enfuir, mieux s'organiser pour empêcher le juge d'instruction de progresser dans son enquête. Ils pourraient encore vouloir se venger de quelqu'un qui aurait témoigné contre eux. Deuxième raison : tant qu'une personne n'a pas été jugée et condamnée, elle est « *présumée innocente* ». Autant que possible, sa vie privée et son honneur doivent aussi être respectés. Révéler par exemple qu'une personne est accusée d'abus sexuel peut gravement lui faire du tort alors que quelques mois plus tard, il s'avère que c'est faux. Le secret de l'instruction et le respect de la présomption d'innocence sont justement là pour éviter une impression déplorable du visage de la justice.

C'est sans doute pour cette raison que les législations des pays du Sahel engagés dans la lutte contre le terrorisme l'ont gardé comme un principe fondamental de la procédure pénale. En France, la loi n° 2004-204

¹ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, article « des Crimes ou délits de temps ou de lieu », *Œuvres complètes* de VOLTAIRE, Tome VI, p. 684.

² BECCARIA, *Du traité des délits et des peines*, Paragraphe XII, « De la question », p. 43-44.

du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, a créé une nouvelle infraction de violation du secret de l'enquête ou de l'instruction¹ qui est la traduction de l'utilité de ce principe qui doit être protégé. La jurisprudence l'a confirmé Aux termes d'un arrêt du 13 mai 1991, la chambre criminelle de la cour de cassation a condamné pour recel de violation du secret de l'enquête et de l'instruction différents responsables de publication pour avoir diffusé dans des revues des photographies ayant été réalisées par les services de l'identité judiciaire.

Sur le même fondement, la Haute Cour a condamné un avocat pour avoir produit dans le cadre d'une procédure de divorce un document émanant de la préfecture de police, qui avait été obtenu contre rémunération par le canal de détectives privés et avait été remis à l'un de ceux-ci, sous la forme d'une fiche d'antécédents, par un fonctionnaire de

¹ L'article 434-7-2 du Code pénal qui dispose que : « Sans préjudice des droits de la défense, le fait, pour toute personne qui, du fait de ses fonctions, a connaissance, en application des dispositions du Code de procédure pénale, d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit, de révéler sciemment ces informations à des personnes qu'elle sait susceptibles d'être impliquées comme auteurs, coauteurs, complices ou receleurs, dans la commission de ces infractions, lorsque cette révélation est réalisée dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. // Lorsque l'enquête ou l'instruction concerne un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement relevant des dispositions de l'article 706-73 du Code de procédure pénale (c'est-à-dire dans le cadre de la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées), les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 € d'amende ».

police qui avait eu accès au service des archives et du traitement informatique¹.

Cette incrimination du secret de l'instruction suffit-elle pour éviter son déclin ? Nous ne sommes pas si sûres. Car concilier le secret de l'instruction et la lutte contre l'extrémisme terroriste n'est pas évident. Au nom de la lutte contre le terrorisme, les législateurs ont été contraints de renforcer leurs arsenaux avec la création d'incrimination spécifiques et la mise en œuvre de procédures pénales particulières. Toutefois, les dispositifs antiterroristes limitent considérablement les droits fondamentaux et libertés individuelles, cause du déclin du secret de l'instruction.

II. Reculade du secret de l'instruction en cas de poursuite d'infraction terroriste

Le droit pénal a été considéré comme le moyen juridique qui peut apporter une réponse efficace à la lutte anti-terroriste engagée à travers le monde et plus particulièrement au Sahel. Pour atteindre cet objectif, des régimes procéduraux exceptionnels ont été mis en place. C'est dans ce contexte que la présomption d'innocence a pris un coup avec la médiatisation en outrance des affaires criminelles.

A. Choix des régimes procéduraux potentiellement dérogatoires au droit commun

Les dispositions dérogatoires applicables à l'enquête sont prises. Elles sont généralement relatives à la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées, dont les crimes et délits constituant des actes de terrorisme. Ces procédures dérogatoires concernent entre autres : la surveillance de personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs

¹ Cass. Crim., 26 oct. 1995, n° 94-84.858.

raisons plausibles de les soupçonner d'avoir commis un acte terroriste ; l'infiltration peut être autorisée par le procureur de la République ou le juge d'instruction ; l'enquête sous pseudonyme est autorisée pour constater les infractions terroristes par un moyen de communication électronique ; en matière de garde à vue la durée peut être considérablement étendue en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction (soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes) ; les perquisitions, visites domiciliaires et saisies peuvent être pratiquées en dehors des heures légales, c'est-à-dire entre 21 heures et 6 heures, en flagrance, en préliminaire ou au cours de l'instruction ; l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications peuvent être autorisés ; la sonorisation et la fixation d'images de certains lieux ou véhicules peuvent être autorisées. Plus précisément, il s'agit de la mise en place d'un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé. En outre, peut également être autorisée la captation des données informatiques.

A côté de la prégnance de ces règles procédurales dérogatoires, il existe une doctrine appelée droit pénal de l'ennemi qui fait du terroriste un délinquant particulier.

L'appréhension pénale du terrorisme a conduit à la création des concepts nouveaux telle que la dangerosité¹ depuis les attentats du 11

¹ Geneviève DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité, Droit pénal de l'ennemi », Dalloz, *Revue de Sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2010 n° 1, p. 69-80.

septembre 2001 aux Etats-Unis. C'est le droit pénal analysé sous le prisme du droit pénal de l'ennemi¹. Ce choix des concepts ne peut qu'avoir des conséquences sur le droit commun.

En effet, depuis quelques temps, le droit pénal de manière générale, est en proie à des fortunes diverses qui tendent à ébranler son socle fondateur. Il s'agit de principes fondamentaux garants du respect des droits de l'homme et de la primauté du droit à l'instar du principe d'égalité devant la justice répressive, du principe de la légalité de la répression, du principe de nécessité, du principe de la proportionnalité des peines, du principe de la présomption d'innocence entre autres. L'émergence de nouvelles formes de criminalité, anéantit le postulat de base du droit pénal révolutionnaire² qui préconise l'érection des garanties et limites au pouvoir punitif de l'Etat³. En réalité, face aux mutations du crime, le fragile équilibre tenu entre les exigences de la liberté et celles de

¹ Günther JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009, p. 7 et s. Il convient de noter qu'au moment où il a fait cette proposition, G. Jakobs travaillait depuis de longues années sur le problème du lien entre culpabilité et prévention qui, comme on le verra, joue un rôle central dans sa conception du droit pénal de l'ennemi. Voir en particulier Günther JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen : J. C. B. Mohr, coll. « Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart », 1976. Carl SCHMITT cité par AUBERT S., in « L'ennemi dans le livre IV du Code pénal français : approches comparées », p. 2.

² Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 27 août 1789,

³ D.C. MVOGO, *La politique criminelle au Cameroun - De la confrontation des modèles traditionnels à la recherche de solutions adaptées à un processus de développement*, Thèse de doctorat en histoire du droit, Paris I - Panthéon Sorbonne, 1981-1982, p. 23 et s. 4. MINKOA SHE A., *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*, Thèse, *op. cit.*, p. 70 et s. 5. *Ibid.*, p. 27 et s.

la sécurité sera rompu, cédant sous la pression tantôt des transformations du droit pénal, tantôt du dévoiement de la réaction sociale caractérisés par la priorisation de la sécurité¹ au détriment de la liberté selon le dicton-ci après largement répandu : « Pour votre sécurité, vous n'aurez plus de liberté »². C'est dans ce sillage qu'émergera le paradigme³ très controversé du droit pénal de l'ennemi systématisé par Günther Jakobs dans un essai paru à la fin des années 1990. Ce paradigme nouveau serait caractérisé entre autres par la sévérité des peines, mettant à mal les principes de

¹ Depuis 2014 en France, cinq lois de lutte contre le terrorisme ont été adoptées. En outre, citons les six lois de mise en place puis de prorogation de l'état d'urgence. La première d'entre elles, adoptée le 20 novembre 2015, fait suite au décret pris par le président de la République dès le 14 novembre 2015 à la suite des tragiques attentats terroristes du 13 novembre, causés par le terrorisme apocalyptique de Daech. La CNCDH n'a pas contesté l'éventuelle nécessité de la décision initiale et la loi du 20 novembre 2015 pour répondre à une légitime émotion.

² Sur le plan substantiel, seront ainsi applicables au Cameroun le Code pénal issu des lois n° 65LF-24 du 12 novembre 1965, 67-LF-1 du juin 1967 (aujourd'hui remplacées par la loi n° 2016-007 du 12 juillet 2016). Sur le plan processuel, le Code d'instruction criminel français sera rendu applicable dans la partie orientale du Cameroun par un décret du 22 mai 1924 y étendant l'application de l'ordonnance française du 18 février 1938 ; le criminal procedure ordinance extrait des « laws of Nigeria » sera applicable dans la partie occidentale du Cameroun.

³ Le paradigme comme socle épistémologique tel qu'entendu par Gaston BACHELARD est un discours de circonstance qui ne saurait décrire une constitution définitive de l'esprit scientifique. D'après cet auteur, il n'est pas impossible qu'un paradigme perde de son universalité, de son utilité et même de sa signification pour laisser émerger devant une expérience nouvelle, un nouveau paradigme, une nouvelle méthode. Voir G. BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique*, PUF, 17^e éd., 1987, p. 139 et s.

nécessité et de proportionnalité, par le recul des garanties du procès équitable, donc du secret de l'instruction, et par la punissabilité anticipée¹. C'est pourquoi nombre d'analyses estiment aujourd'hui que l'orientation prise par la lutte contre le terrorisme s'affranchit radicalement de ces contraintes en considérant les terroristes comme des « ennemis » plutôt que comme des « criminels ».

Toutes les lois anti-terroristes au Sahel portent le germe de cette stigmatisation des mis en examen poursuivis pour activité terroriste. C'est cette théorie de dangerosité ou du droit pénal de l'ennemi qui a conduit à la sévérité des lois pénales quand il s'agit d'un procès pénal impliquant les délinquants présumés terroristes.

Ce choix dérogatoire est perceptible dans la technique juridique utilisée par les législateurs de nos pays. Il s'agit, d'abord, de l'usage des termes vagues dans la rédaction de ces textes. Or, il est fait au législateur une obligation de précision dans la formulation des incriminations. Le recours aux termes vagues dans la formulation des lois de façon générale et particulièrement des lois pénales est décrié par une certaine doctrine.

Pour Maurice Hauriou, la formulation d'une loi permet une certaine sécurité en termes de prévisibilité. Aussi souligne-t-il que « chaque loi est une chaussée publique bien pavée sur laquelle on peut marcher avec assurance »². Pour André Akam Akam, « l'imprécision des termes, leur mauvais emploi ou encore l'imprécision des phrases, constituent des

¹ S. AUBERT, « L'ennemi dans le livre IV du Code pénal français : approches comparées », *Revue électronique de l'AIDP*, 2012, 22 p. ; M. DONINI, « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme », *RSC*, 2009, p. 31 et s.

² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et droit public*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2002, p. 238.

barrières à la compréhensibilité de la loi »¹. Jean-François Seuvic et Koering-Joulin pour leur part soulignent que le principe de légalité de temps modernes doit répondre à des « qualités qui tiennent à la prévisibilité pénale »². Le seul cadre de la mention des infractions dans un texte doit donc être dépassé pour plus de précision et de clarté. Les rédacteurs des lois relatives au terrorisme au Sahel ne semblent pas avoir pris conscience de l'exigence de précision dans la formulation des infractions.

La loi n° 2010-035 du 21 juillet 2010 abrogeant et remplaçant la loi n° 2005047 du 26 juillet 2005 relative à la lutte contre le terrorisme en Mauritanie adhère non seulement à la théorie de la dangerosité mais aussi constitue un exemple de type de rédaction vague. Ainsi, édicte-t-elle dans son article premier: « Le terrorisme prône la violence et l'intolérance. Il menace la stabilité de l'Etat et des institutions, la sécurité des personnes et des biens, et représente un danger pour les intérêts vitaux de la Nation ». Par ailleurs sur la vacuité de ce texte on peut se demander ce que signifie les expressions « l'infraction qui, de par sa nature ou son contexte, peut porter gravement atteinte au pays et commise intentionnellement dans le but d'intimider gravement la population ou de contraindre indûment les pouvoirs publics à accomplir ce qu'ils ne sont pas tenus de faire ou à s'abstenir de faire ce qu'ils sont tenus de faire, pervertir les valeurs fondamentales de la société et déstabiliser les structures et/ou institutions constitutionnelles, politiques, économiques ou sociales de la Nation, de porter atteinte aux intérêts d'autres pays ou à une organisation

¹ A. AKAM AKAM, « Libres propos sur l'adages « nul n'est censé ignorer la loi », *R.A.S.J.*, Yaoundé II, vol. 4, n° 1, 2007, p. 51.

² KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *A.J.D.A.*, juillet-août 1998, n° spécial, p. 1.

internationale ». Il s'agit là sans aucun doute de ce que Merle et Vitu appellent « des termes vagues, au contenu mal délimité ».¹

Ensuite, de l'exaltation à la culpabilité que la lecture des textes anti-terroristes fait apparaître. La formulation de l'infraction de terrorisme pour ce qui est de l'intention délictueuse accorde une place prépondérante au mobile dans l'établissement de la culpabilité. L'article 4 de la loi ci-dessus citée dispose « Constituent, aux conditions prévues à l'article 3, ci-dessus, une infraction terroriste : 1. L'atteinte à la sûreté intérieure et/ou extérieure de l'Etat ; 2. L'atteinte volontaire à la vie des personnes, à leur intégrité, ou à leur liberté, ainsi que l'enlèvement ou la séquestration des personnes ; 3. Les infractions en matière informatique (cybercriminalité) ; 4. Les infractions à la sécurité de la navigation aérienne, maritime ou au transport terroriste ; 5. La mise au point, la fabrication, la distension, le transport, la mise en circulation ou l'utilisation illégale d'armes, d'explosifs, de munitions, de substances explosives ou d'engins, fabriqués à l'aide de telles substances ; 6. La fabrication, la possession, l'acquisition, le transport ou la fourniture d'arme nucléaires, chimiques ou biologiques, l'utilisation d'armes nucléaires, biologiques ou chimiques, ainsi que la recherche et le développement d'armes de destruction massive ; 7. Le recel de tout moyen en rapport avec une l'une des infractions prévues aux articles 5 et 6 ci-après ; 8. Les infractions de blanchiment d'argent et les infractions à la législation monétaire et des changes et à la législation économique, en rapport avec une infraction terroriste »².

¹ MERLE et VITU, *Traité, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Paris Cujas, 5^{ème} éd., n° 155.

² La loi n° 2010-035 du 21 juillet 2010 abrogeant et remplaçant la loi n° 2005047 du 26 juillet 2005 relative à la lutte contre le terrorisme en Mauritanie.

Le mobile est par principe sans effet sur la responsabilité pénale¹. La maxime est bien connue, « voler pour aider les pauvres c'est voler ». Mais il peut être exigé dans certaines infractions pour des besoins de qualification. Il est alors caractérisé par le recours aux expressions telles que « dans le but de... », « Pour... », « En vue de... », « Dans l'intention de... » etc. Il est donc pris en considération dans l'infraction de terrorisme tel qu'il ressort de la loi mauritanienne.

Le constat de l'acharnement de la répression est donc saisissant dans toutes les législations des pays du Sahel, ce d'autant plus les moyens utilisés dans la commission de l'infraction sont indifférents pour la qualifier. Il est évident qu'au nom de la lutte contre le terrorisme, les législateurs des pays du Sahel ont été contraints de renforcer l'incrimination des actes terroristes. Cette situation est perceptible avec la création des pôles judiciaires spécialisés dotés de cabinet d'instruction spécialisé. La recherche et la poursuite des infractions terroristes à travers le Sahel se déroulent dans le cadre d'une coopération judiciaire dynamique appelée « Plate-forme sahélienne de la coopération judiciaire » avec des points focaux dans chaque pays membre. Cette coopération permet l'exécution rapide des commissions rogatoires et les demandes d'extradition des présumés terroristes.

Les législateurs des pays du Sahel oscillent entre la volonté de respecter les droits fondamentaux des citoyens et la volonté de combattre efficacement le phénomène au moyen d'instruments juridiques dérogatoires.

L'adoption des textes dérogatoires au droit commun constitue sans doute une atteinte au droit de l'homme et des libertés individuelles consacrés par les constitutions de nos pays. Cette atteinte se matérialise par des détentions préventives longues et par une instruction en charge

¹ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 16^{ème} éd., Cujas, 2011, n° 214.

qui constitue l'application de la théorie de la dangerosité, donc du droit pénal de l'ennemi. Il en découle une perversion du secret de l'instruction avec la médiatisation en outrance des affaires dites terroristes par ceux-là même qui sont chargés de garder ce secret.

B. La médiatisation des affaires dites terroristes

Il convient ici de se poser la question, comment renforcer la présomption d'innocence, mise-en mal par les violations du secret de l'instruction et le traitement médiatique de la vie judiciaire ? Le caractère secret de l'instruction implique donc nécessairement que la procédure ne soit pas publique et qu'en principe elle ne soit pas relatée par la presse ou sur les réseaux sociaux.

La violation du secret de l'instruction se manifeste de plusieurs manières dans nos pays. Le plus souvent les éléments des procès-verbaux de l'enquête préliminaire sont connus du public. Ils peuvent se trouver sur les réseaux sociaux. Par le même procédé le réquisitoire de l'instruction est publié ce qui est la conséquence de l'obtention par les tiers des procès-verbaux de l'instruction. La pression sociale qui découle de ces publications se transforme en présomption de culpabilité¹, d'autant plus que dans les affaires terroristes les avocats commis d'office rechignent à assister à l'instruction ou ne prennent connaissance du dossier qu'à l'audience. Ce faisant une entorse est faite à un des piliers du procès pénal à savoir le procès équitable.

Les dérives médiatiques sont d'abord nourries par la longueur excessive des instructions dans certains cas. D'où un secret de l'instruction théorique et des violations constantes. Tout le monde parle, y compris le juge d'instruction, lorsqu'il craint qu'on veuille étouffer une

¹ Entretien, Mr Boundy, juge d'instruction au Tribunal de grande instance de Niamey.

affaire en la lui retirant¹. Ainsi, en France « l'ébranlement social généralisé intervenu en mai 1968, est marquée par un double phénomène : la remise en cause du secret de l'instruction et la politisation du fait divers. Des juges d'instruction, souvent dans la crainte de se voir dessaisis d'une affaire sensible, du fait des pressions que le pouvoir en place pourrait exercer sur eux, s'efforcent de mobiliser l'opinion publique à travers les médias pour donner un cours irréversible à une instruction »².

Le secret de l'instruction entre en conflit avec la liberté d'information prônée par les journalistes. Il constitue à leurs yeux un obstacle à la libre circulation de l'information. Dans une démocratie, la libre circulation de l'information est une valeur qui permet à chaque citoyen, de prendre part à la recherche, à la découverte, à l'apprentissage et à la connaissance du monde. Et chacun, en devenant plus instruit, peut contribuer à l'instruction des autres, en les informant, et en les aidant ainsi à participer à l'effort intellectuel collectif³.

C'est pourquoi la liberté de circulation de l'information est protégée par le droit à la liberté d'expression. Ce droit fondamental consacre la liberté de manifester ses opinions, le droit d'informer, le droit de rechercher et de recevoir des informations. Il est notamment garanti par l'article 9 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁴, par

¹ Laurent *Cohen-Tanugi* « Comment « réformer la justice » ? » Gallimard, *Le Débat* 1997/5 n° 97, p. 108 à 113.

² Gérard *LEBLANC* Université de la Sorbonne Nouvelle-Paris 3, « Du modèle judiciaire aux procès médiatiques », article p. 2.

³ C. *DOUTRELEPONT*, « Les relations entre la justice et la presse », in X., *La justice en vérités*, Limal. Anthemis, 2011, p. 32.

⁴ Charte africaine des droits et des peuples. Article 9 : « Toute personne a droit à l'information. Toute personne a le droit d'exprimer et de diffuser ses opinions dans le cadre des lois et règlements ».

l'article 19 du pacte international relatif aux droits civils et politiques¹, par l'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.²

C'est au nom de l'exercice de ces droits que les médias prétendent servir avec la divulgation des secrets d'instruction. Ici, découle la conciliation presque impossible entre le secret de l'instruction et le devoir d'information. Pour justifier l'application du secret de l'instruction, le système judiciaire explique que la justice doit être sereine pour pouvoir rendre des jugements impartiaux. La presse répond « que la liberté et le devoir d'informer doivent prédominer et que la concurrence entre les médias empêche d'appliquer un secret contraire à la liberté d'expression ».³

Le journaliste peut avoir connaissance des faits qui sont tombés dans le domaine public : vols, violences, homicides volontaires ou involontaires, incendies et d'une façon générale de toutes infractions dont l'administration de la preuve matérielle est relativement facile. Il n'y a aucun inconvénient à en informer le public, de même l'arrestation et la mise en détention provisoire d'un individu ne doivent pas être cachées au public, l'ordonnance d'une autopsie ou d'une expertise, la délivrance d'une commission rogatoire... En revanche, la presse doit être prudente à l'égard d'infractions complexes, nécessitant la réunion de multiples éléments, des investigations, des réflexions et souvent des expertises techniques, comptables ou financières telle que le terrorisme.

Dans une affaire, la jurisprudence française a eu l'occasion de juger *que* « le fait qu'une partie des procès-verbaux [*de l'enquête*] ait été sortie du

¹ Signée à New York le 19 décembre 1966.

² Signée à Strasbourg le 12 décembre 2007, en vigueur le 1^{er} décembre 2009, *J.O.U.E.*, 26 octobre 2010, C 326, p. 391 à 407. 92.

³ Jordan PILLET, *Les relations Justice-Médias : La question du secret de l'instruction*, mémoire ISCPA, 2005-2006, p. 14.

secret de l'instruction n'enlève pas à ses propres agissements leur caractère délictueux, l'article 321-1 du Code pénal, conçu en termes généraux, atteignant tous ceux qui, par un moyen quelconque, bénéficient du produit d'un délit »¹ Autrement dit, la diffusion dans la presse écrite, de procès-verbaux couverts par le secret de l'instruction n'exclut pas la responsabilité de leurs auteurs.

La liberté prise par les médias avec le secret de l'instruction, outre ses conséquences sur la présomption d'innocence, présente plusieurs effets insidieux. Tout d'abord, il est un fait que le principe du secret de l'information judiciaire est mal vu, puisqu'on l'associe avec la défense de celui qu'il serait censé protéger. Il favorise une logique de « camps », là où la justice se veut précisément impartiale. Cet amalgame démontre bien tout le danger d'une violation du secret de l'instruction, qui insinue l'idée que la culpabilité est acquise.

La vérité judiciaire devient ainsi secondaire. Elle s'efface devant la vérité médiatique, puisque les débats ont débuté, et sont menés, dans une autre arène. De plus, la sensibilité politique de chaque média étant connue, il suffit que l'affaire soit politiquement marquée pour que la vérité ne soit plus simplement une vérité médiatique mais, aux yeux de beaucoup, une vérité politique. La diffusion d'informations sur une procédure en cours est alors perçue comme une tentative d'instrumentalisation idéologique, que les personnes poursuivies peuvent opportunément chercher à exploiter alors même que les faits seraient par ailleurs avérés.

Il serait naïf de croire que les pays du Sahel n'ont pas la même perception sur les conséquences de la diffusion par les médias des éléments d'une enquête portant sur une affaire terroriste. Par-là, ils trouvent la justification de la restriction portée à ce droit fondamental par

¹ Cass. crim., 12 juin 2007, n° 06-87.361.

le fait qu'ils sont, aujourd'hui, les plus concernés par le phénomène terroriste. C'est pourquoi, le Burkina Faso a révisé son Code pénal en durcissant les dispositions relatives aux divulgations des faits en lien avec la lutte contre le terrorisme.¹

Conclusion

En définitive, nous pouvons dire que le secret de l'instruction est maintenu dans son principe mais n'est pas véritablement respecté, surtout lorsque les médias s'emparent d'une affaire dite terroriste. Aussi, savons-nous que le secret de l'instruction protège le récit de la vérité judiciaire contre les altérations du fait des médias. De ce point de vue, il est un pilier du procès équitable.

Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, le droit pénal doit s'inscrire dans, et non en dehors, de l'État de droit partant du postulat du lien intime, pour ne pas dire fusionnel entre le droit pénal et les droits de l'homme². Cette évidence s'impose avec plus de force encore pour les défenseurs des droits de l'homme en un temps où la pénétration insidieuse du droit pénal de l'ennemi est devenue une réalité et le renouvellement constant de l'Etat d'urgence dans certains pays du Sahel signant le recul de la démocratie. Or, la médiatisation est inhérente à la

¹ Un nouvel article 721-15 du Code pénal stipule qu'on peut aller en prison si on « capte, enregistre, fabrique, publie, relaie sans autorisation, (...) des images ou sons relatifs à la destruction des équipements ou installations militaires ou de sécurité à la suite d'actes de terrorisme ».

² R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA* 1998. 106 ; J. ALIX, « La place de l'homme dans le droit pénal contemporain », *Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 73-74.

démocratie représentative qui institue des relais entre le peuple et des activités spécialisées : légiférer, gouverner, juger ou informer.

Dans ce contexte le maintien du secret de l'instruction se justifie. Car le secret de la phase initiale doit être effectif. Secret donc au début, lorsque l'honneur et la réputation des personnes peuvent être injustement et irrémédiablement atteints, transparence ensuite. Il paraît élémentaire de préserver l'honneur et la réputation d'une personne qui n'est même pas encore mise en examen. On sait les effets dévastateurs de l'annonce d'une mise en garde à vue, fût-il présumé terroriste.

Le terrorisme n'est pas un phénomène nouveau, mais sa présence permanente dans les journaux, son intrusion dans le quotidien et sa portée désormais mondiale soulignent plus que jamais le besoin de repenser le rôle des médias dans ce contexte particulier. Le professeur Yves Mayaud n'écrivait-il pas que: « La réponse du droit va de la disposition ponctuelle au dispositif consolidé » car « le terrorisme est un acte de guerre dans une société de paix, ce qui en rend la maîtrise difficile »¹.

¹ Catherine MENABE, « L'appréhension pénale du terrorisme », Université de Lorraine | « Civitas Europa » 2016/1 n° 36, p. 171 à 177 <https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2016-1-page-171.htm>

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- ALIX J., « La place de l'homme dans le droit pénal contemporain », *Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014.
- BACHELARD G., *Le nouvel esprit scientifique*, PUF, 17^e éd., 1987.
- BECCARIA, *Du traité des délits et des peines*, Paragraphe XII, De la question.
-*Dictionnaire Le Robert*
- HAURIU M., *Précis de droit administratif et droit public*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2002.
- JEAN L. et Ph. CONTE, *Procédure pénale : la juridiction pénale, le procès pénal*, mémentos Dalloz, 27^e éd.
-*Lexique des termes juridiques*, D. 2010.
- MERLE ET VITU, *Traité, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Paris Cujas, 5^{ème} éd., n° 155.
- PRADEL J., *Droit Pénal Général*, 19^e éd. , Cujas, 2012.
- PRADEL J., *Procédure pénale*, 16^{ème} éd., Cujas, 2011, n° 214.
- Précis de droit pénal et de procédure pénale* F. DEBOVE, F. FALLETTI, Th. JANVILLE, 4^e éd. Mise à jour, puf, 2011.
- Vocabulaire Henri Capitant*, 7^{ème} éd. 2006,
- VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, article des Crimes ou délits de temps ou de lieu, Œuvres complètes de VOLTAIRE, Tome VI.

Reuves

- AKAM AKAM A., « Libres propos sur l'adages « nul n'est censé ignorer la loi » », *R.A.S.J.*, Yaoundé II, vol. 4, n° 1, 2007.
- AUBERT S., « L'ennemi dans le livre IV du code pénal français : approches comparées », *Revue électronique de l'AIDP*, 2012.

- CASSUTO Thomas: « La fin du collège de l'instruction : Beaucoup de bruits pour rien ou la comédie des erreurs ? » dans *Dalloz actualité*, éd. du 15 janvier 2019.
- CHAVALLIER Jean Ives « Procédure pénale : secret de l'instruction/violation/art. 11 C.P.P/ et art. 378 C.pén. » publié dans la *Revue juridique de l'ouest*, année 1979,2.
- COHEN-TANUGI Laurent « Comment «réformer la justice»? » Gallimard, *Le Débat*, 1997/5 n° 97.
- DELAGE Geneviève, « Droit pénal de la dangerosité, Droit pénal de l'ennemi », Dalloz, *Revue de Sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2010 n° 1.
- DI ROCCO Lara, « Secrets et medias au cours de la phase préparatoire du procès pénal en France et en Italie », *Le Juripole de Lorraine, Serveur, d'Information Juridique*.
- DOUTRELEPONT C., "Les relations entre la justice et la presse", in X., *La justice en vérités*, Limal,Anthemis, 2011.
- DONINI M., « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme », *RSC*, 2009.
- EDIMO François, « L'incrimination du terrorisme en droit pénal camerounais », *Juridical Tribune*, Volume 6, Issue 1, June 2016.
- JAKOBS Günther, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009,
- KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *A.J.D.A.*, juillet-août 1998, n° spécial.
- LEBLANC Gérard Université de la Sorbonne Nouvelle-Paris 3, Du modèle judiciaire aux procès médiatiques, article P2. <https://www.cairn.info/revue>.

- MENABE Catherine, L'appréhension pénale du terrorisme, Université de Lorraine « Civitas Europa » 2016/1 N° 36 | pages 171 à 177 <https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2016-1-page-171.htm>
- NAUT POL. « Le secret de l'instruction ne doit pas être le secret de polichinelle », in *Revue juridique de l'Ouest* 1996-4.
- Schuld und Prävention*, Tübingen : J. C. B. MOHR, coll. « Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart », 1976.
- VANDERMEERSCH D., "La transparence et la loyauté des avocats envers le juge pénal", in X., *L'avocat et la transparence*, Actes du Congrès du 11 mars 2005 organisé par l'Ordre des barreaux francophones et germanophone et l'Ordre français du barreau de Bruxelles à l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2006, spéc.

Textes législatifs, chartes et conventions

- Code de procédure pénale du Mali.
- Code de procédure pénale de la France.
- Code de procédure pénale du Niger.
- Code de procédure pénale du Burkina.
- Code de procédure pénale du Tchad.
- Loi mauritanienne de lutte anti-terroriste* « Loi n° 2010-035 du 21 juillet 2010 abrogeant et remplaçant la loi n° 2005047 du 26 Juillet 2005 relative à la lutte contre le terrorisme ».
- Loi française du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse.
- Loi n° 2007-01 du 12 février 2007 modifiant le Code pénal du Sénégal.
- Loi n° 2016-30 du 8 novembre 2016 modifiant la loi n° 65-61 du 21 juillet 1965 portant code de procédure pénale au Sénégal.
- Loi n° 2016-008/AN-RM/du 17 mars 2016 portant loi uniforme IE III relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

-Loi n° 2010-035 du 21 juillet 2010 abrogeant et remplaçant la loi n° 2005047 du 26 juillet 2005 relative à la lutte contre le terrorisme en Mauritanie.

-La résolution 2178 du 24 septembre 2014 du Conseil de sécurité des Nations unies.

-Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

-Déclaration universelle des droits de l'homme de 1789.

Jurisprudence

-Cass. Crim., 13 mai 1991, n° 90-83.520.

-Cass. Crim., 26 oct. 1995, n° 94-84.858.

-Cass. crim., 12 juin 2007, n° 06-87.361.

LE GENRE EN DROIT CONSTITUTIONNEL : REFLEXION SUR UN OBJET DU CONSTITUTIONNALISME AFRICAIN

Serge François SOBZE,
agrégé des Facultés de droit
Université de Douala (Cameroun)

Résumé : La prise en compte des droits catégoriels dans l'espace constitutionnel contribue pertinemment à l'acceptation de l'identité comme objet du droit, à l'affirmation de la composition humaine des collectivités étatiques africaines et à la construction d'un Etat de droit à visage humain en Afrique. A ce titre, placer indéfiniment la focale sur le droit constitutionnel institutionnel et politique, plus précisément sur la théorie de la Constitution, la distribution des pouvoirs, la suprématie de la Constitution et la garde de la Constitution, c'est renseigner insuffisamment sur le caractère de plus en plus subjectif, relationnel et démotique du droit constitutionnel africain contemporain. Une autre voie mérite par conséquent d'être explorée : mobiliser les concepts de sexe, de population, de statut des épouses des chefs d'États, de peuple, d'exigence des composantes sociologiques, d'autochtonie, d'ethnie, de fraternité et de genre (concepts ou expressions souvent abordés en sociologie politique, en gouvernance et politiques publiques) dans la compréhension et la construction du « principe constitutionnel d'égalité », minoré par le constitutionalisme classique et célébré par le constitutionnalisme africain contemporain. La présente étude rend compte du démos, du substrat

humain qui est désormais le nouveau marqueur, l'identité profonde du constitutionnalisme africain contemporain.

Mots clés : Constitutionalisme contemporain – Démos – Genre - Composantes sociologiques - Discrimination positive - principe constitutionnel d'égalité - Etat de droit.

Abstract: The consideration of categorical rights in the constitutional space contributes pertinently to the acceptance of identity as an object of law, to the affirmation of the human composition of African state collectivities and to the construction of a rule of law with a human face in Africa. Hence, to focus indefinitely on institutional and political constitutional law and specifically on constitutional theory, the distribution of powers, the supremacy of the Constitution and the custody of the Constitution is to provide insufficient information on the increasingly subjective, relational, and demotic character of contemporary African constitutional law. Another avenue should therefore be explored: mobilizing the concepts of sex, population, the status of heads of state's wives, people, the demands of sociological components, autochthony, ethnicity, fraternity and gender (concepts or expressions often discussed in political sociology, governance and public policy) in the understanding and construction of the "constitutional principle of equality", which has been downplayed by classical constitutionalism and celebrated by contemporary African constitutionalism. The present study considers the demos, the human substratum that is now the new marker, the deep identity of the Contemporary African constitutionalism.

Key words: Contemporary constitutionalism - Demos - Gender - Sociological components – Positive Discrimination - Constitutional principle of equality - State of law.

Le droit constitutionnel africain est-il devenu essentiellement démotique ?¹ A la suite des remarques faites par le professeur Koffi Ahadzi Nonou² et du constat selon lequel de nombreux conflits politiques ou postélectorales résultent souvent de l'absence de véritable prise en compte de la composition humaine des collectivités étatiques africaines³, on réalise que le *demos*, le *substrat humain* énoncé dans les *Constitutions du renouveau démocratique africain*⁴ n'est plus simplement une question de droit, mais aussi une question de fait, *de jure* comme *de facto*. On en infère aussi avec Marcel Prélot que le droit constitutionnel africain « civique et

¹ S. PIERRE-CAPS, « La VI^{ème} République et la notion de Constitution démotique », in H. ROUSSILLON, *Demain la sixième république ?* [en ligne] Toulouse, *Presses Universitaires de Toulouse I, Capitole*, 2007 ; « Le conseil constitutionnel et la question du DEMOS », *Mélanges Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 387 et s. Lire aussi V. CONSTANTINESCO, S. PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, Paris, 7^{ème} éd., 2016, p. 301 et s.

² K. AHADZI NONOU, « Remarque sur la Constitution démotique en Afrique noire », in F. J. AIVO, J. du B. de GAUDUSSON, C. DESOUCHES et J. MAILA, (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie, Mél. en l'honneur du Président Robert Dossou*, L'Harmattan, 2020, p. 100-110.

³ A. ONDOUA, « La population en droit constitutionnel. Le cas des pays d'Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, n° 242, 2012, p. 87-97.

⁴ Th. HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée? Les Constitutions du renouveau démocratique dans les États de l'espace francophone: régimes juridiques et systèmes politiques », *RBSJA*, n° 16, 2006, p. 17-41.

démotique »¹ n'existe qu'inséré au cœur d'une société². *Ubi societas, ibi jus*³.

Sous le prisme de cette (r)évolution⁴, le droit public en général⁵ et « l'espace constitutionnel »⁶ en particulier, s'est considérablement enrichi de nouveaux objets⁷ tels que la lustration⁸, la nécessité⁹, l'animal¹⁰,

¹ L'expression « droit constitutionnel démotique » fut employée pour la première fois en 1963 par M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 1963, 3^e éd., p. 31.

² M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op.cit.* 11^{ème} éd. 1990, p. 8.

³ A chaque société, son droit. Le droit est inhérent à l'organisation sociale depuis l'origine des sociétés humaines.

⁴ K. PICARD, « La notion de révolution juridique à l'aune de la justice transitionnelle », *Les Cahiers Portalis*, 2021/ 1, n°8, p. 55-72 ; J.-P. ROSIER, « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie du droit », *RFDC*, 2005/ 2 n° 102, p. 391-404.

⁵ P. ARDANT, « L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle », in *La personne humaine, sujet de droit*, PUF, publication de la FDSS de Poitiers, 1994, p. 135.

⁶ P. PACTET, « Réflexions sur le droit constitutionnel et son enseignement », *RDP*, 2010, n° 1, p. 161.

⁷ S. MOUTON (dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 79 -121.

⁸ D. E. ADOUKI, « La lustration dans le Constitutionnalisme contemporain », *Revue française de droit constitutionnel*, 2022/1, n° 129, p. 1-17.

⁹ A. F. ONDOUA, « La nécessité en droit constitutionnel. Etude à partir de quelques expériences africaines », in M. ONDOA et P. E. ABANE ENGOLO, (dir.), *L'exception en droit, Mélanges en l'honneur de Joseph OWONA*, L'Harmattan, 2021, p. 57-81.

¹⁰ O. GOSSIOT, « L'animal, nouvel objet du droit constitutionnel », in H. ROUSSIGNOL, X. BIOY, S. MOUTON (dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, PUSS de Toulouse, 2006, p. 79-121 ; E. NGANGO YOUNBI,

l'ethnie¹, la population², le peuple³, la fraternité⁴, le drapeau⁵, les langues⁶ et aujourd'hui le genre⁷. Cette transformation contemporaine⁸ est bien déclinée par la doctrine⁹ qui confirme que la mutation¹des matières

« La protection constitutionnelle de l'animal en Afrique du Sud », *RDP*, n° 3-2018, p. 771.

¹ H. M. NTAH A MATSAH, « L'ethnie dans les Constitutions africaines : réflexion sur un objet du constitutionnalisme africain », *Annales Africaines, Nouvelle série*, Vol. 1, avril 2021 n° 14, p. 333-364.

² A. ONDOUA, « La population en droit constitutionnel... », *op. cit.*, p. 87- 97.

³S. KOUTSOUBINAS, *Le peuple dans la Constitution hellénique de 1975*, Presses Universitaire de Nancy, 1989, p. 5 ; M. DIAKHATE, « À la recherche du Peuple dans les systèmes constitutionnels de l'Afrique subsaharienne francophone », *Afrilex*, Juin 2021, 36 p.

⁴ Décision du Conseil constitutionnel français du 6 juillet 2018.

⁵ E. DERDRAELE, *Le drapeau tricolore, un symbole constitutionnel dans tous les Etats (du droit)*, Communication présentée au VIII^e congrès de l'Association française de droit constitutionnel, Nancy, les 17 et 18 juin 2011, Atelier n° 1 « *Droit constitutionnel et autres branches du droit* », 94 p.

⁶ A.-M. POURHIET, « Langues et Constitutions », in *Raisons Politiques*, 2001/2, n° 2, Colloque Université de Rennes I, 8 décembre 2000, p. 207-215.

⁷ R. NGANDO SANDJE, « La question du genre dans le droit électoral camerounais : d'une énonciation législative ambiguë à une nouvelle aventure pour le droit positif », *Revue juridique et politique des Etats francophone*, vol. 69-2, p. 176-195. Le genre n'est plus un objet isolé du droit électoral, il innerve tout le droit et en particulier le droit constitutionnel en tant que socle de construction d'égalité entre les citoyens ; P. VOUFFO, « La promotion du genre au Cameroun », *Juridis périodique*, n° 127, juillet-août-sept. 2021, p. 113-123.

⁸ M. ONDOA et P. E. ABANE (dir.) *Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, l'Harmattan, 2018, 146 p.

⁹ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et Constitution du droit », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 74-77. Sur la notion de doctrine et sa contribution dans la diffusion du droit, lire avec intérêt G. M. PEKASSA,

constitutionnelles² a complètement changé la donne en faisant du *substrat humain* le facteur essentiel d'enracinement du *démos*³ dans les démocraties africaines et du genre, le rempart de la consolidation du « principe constitutionnel d'égalité », le marqueur de *l'humanisme constitutionnel*⁴ africain. Les Constitutions africaines s'offrent ainsi un sens⁵

NDAM, « Doctrine et diffusion du droit dans l'espace africain francophone », in F. HOURQUEBIE, *La doctrine dans l'espace africain francophone (dir.)*, *Droits africains*, 2014, p. 273-300.

¹ A. A. W. BININGA, *Les mutations constitutionnelles en Afrique noire francophone*, Thèse de doctorat en droit public, Dakar, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, février 2016, 432 p.

² La mutation débute vers 1929 lorsque le doyen Maurice Hauriou en analysant le dédoublement de la loi fondamentale, défendait la thèse de l'existence de deux Constitutions, l'une politique et relative à l'organisation et au fonctionnement de l'Etat, l'autre sociale, marquée par la pénétration des droits et libertés et la protection du citoyen par la Constitution. V. M. HAURIOU, *Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd. Paris, Recueil, Sirey, 1929, p. 642 ; F.-J. AÏVO, « Contribution à l'étude de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. Retour sur vingt ans de jurisprudence constitutionnelle (trop active) au Bénin », *Afrilex, Revue électronique*, mai 2016, p. 1-31.

³ M. VERVIN, « La question du droit constitutionnel démotique, une question actuelle », *Civitas Europa*, vol. 10, n° 9, 2002, p. 147.

⁴ L'expression *humanisme constitutionnel* est déduite de « l'humanisme juridique » qui traduit le mouvement idéologique visant à la défense de la personne humaine dans ses droits et destinée à la recherche de son développement moral voire de son épanouissement. Lire utilement P. GILLI, « Humanisme juridique et science du droit au XV^e siècle. Tentations compétitives au sein des élites lettrées et réorganisation du champ politique », *Revue de synthèse*, tome 130, 6^e série, n° 4, p. 371-593.

⁵ F. HOURQUEBIE, « Le sens d'une Constitution vu de l'Afrique », septembre 2018, n° 1, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publication/titre/le-sens-d'une-Constitution-vu-de-l-afrique> (consulté le 14 mars 2021).

et une essence; elles servent à la régulation de la cité¹ comme l'aurait préconisé Pierre François Gonidec à travers ses propos ironiques². Ainsi se meut le *droit constitutionnel utilitaire* africain³.

En outre, il y a une vingtaine d'années, la doctrine relevait que les « questions de genre sont de celles qui suscitent le plus de controverses »⁴, ou qui ne participent pas du « domaine des objets consacrés et légitimes de la recherche en sciences sociales dans la plupart des pays d'Afrique noire »⁵. De nos jours, le genre connaît une biographie *socio-juridique*⁶ identifiable. A l'image de la Constitution, sa survivance⁷, sa résurrection¹

¹ S. F. SOBZE, « Vie politique et Constitution en Afrique francophone », *Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit (Politeia)*, n° 36, 2019, p. 71-102. M. DUVERGER, « La participation des femmes à la vie politique », Paris : UNESCO, 1955, p. 13.

² P.-F. GONIDEC, « À quoi servent les Constitutions africaines ? Réflexion sur le constitutionnalisme africain », *RJPIC*, n° 4, 1988, p. 849.

³ L'expression « droit constitutionnel utilitaire » est empruntée au professeur A. SOMA, *Traité de droit constitutionnel. Philosophie-Théorie-Ius positivum, Tome I : Théorie général du droit constitutionnel, Edition LIBES*, Février 2022, 756 p. ; Lire également J. MOUANGUE KOBILA, « Le préambule du texte constitutionnel du 18 janvier 1996 : De l'enseigne décorative à l'étalage utilitaire », *Lexlata*, n° spécial 23-24, 1996, p. 33-37.

⁴ L. DONFACK SOKENG, « Le sexe du droit au Cameroun (A propos de l'égalité juridique entre la femme et l'homme) », *Cahiers Juridiques et Politiques*, 2009, p. 171-172 (spéc. p. 171).

⁵ L. SINDJOUN, *La biographie sociale du sexe, Genre, société et politique au Cameroun*, Karthala, CODESIRA, Paris, Dakar, 2000, 334 p.

⁶ C'est le cas du Bénin où on assiste depuis 2021 à une promulgation excessive des lois en faveur de la femme et à une succession des décisions constitutionnelles motivées par la promotion du principe d'égalité.

⁷ G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de Constitution », in *L'évolution du droit public*, Paris, Sirey, 1956, p. 53.

ou sa revanche² ont révolutionné l'ordre constitutionnel des Etats³, en faisant de l'égalité une figure de l'Etat de droit⁴ et de la subjectivité⁵, une spécificité du constitutionalisme africain.

La comparaison entre les deux périodes -celle qui marque le constitutionalisme classique et le renouveau du constitutionalisme africain⁶ qui l'a suivi- donne la mesure du changement opéré et justifie que l'on entreprenne de revisiter une problématique qui mobilise une attention constante depuis l'origine de la doctrine juridique française⁷,

¹ D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1-1990, p. 5.

² P. AVRIL, « Une revanche du droit constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 49, 1989, p. 5.

³ O. NAREY, « L'ordre constitutionnel », in *Mélanges dédiés au doyen Francis V. Wodié*, F. M. DJEDJRO, M. BLEOU et F. KOMOIN (dir.), Toulouse, Presses de l'Université Toulouse I, Capitole, 2016, p. 399-421. P. SOGLOHOUN, « Le rétablissement de l'ordre constitutionnel dans les États africains en période de crise », in *Revue Burkinabé de droit*, n° 52, janvier-juin 2007, p. 207-245.

⁴ L. DONFACK SOKENG, « L'Etat de droit en Afrique », in *La revue du CERDIP*, Vol. 1, n° 2, juillet-décembre 2002, p. 87-125 ; voir également O. JOUANJAN (dir.), *Les figures de l'Etat de droit*, Institut de recherches Carré de Malberg, Coll. de l'université Robert Schumann, 2001, p. 6-52 ; J. F. WANDJI K., « L'Etat de droit en Afrique : L'arlésienne ? », *Revue Solon*, Vol. III, n° 8, août 2014, p. 93-140.

⁵ A. SOMA, *Traité de droit constitutionnel. op. cit.*, p. 351. Le droit constitutionnel subjectif s'oppose au droit constitutionnel objectif, et se résume en « obligations constitutionnelles personnelles ». p. 351.

⁶ Pour les temps forts de la rotation constitutionnelle en Afrique, lire A. CABANIS et M. MARTIN, *Le Constitutionalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Louvain-La Neuve, Bruylant, 2010, p. 25-28.

⁷ D. LOCHAK, « Droits des femmes, droits universels », *Hommes et libertés*, n° 167, 2014, p. 41-43.

mais aussi étrangère¹, y compris africaine². Il s'agit du genre, objet situé, mais en perpétuelle situation.

Le monème genre vient ainsi s'ajouter aux objets qui ont eu et continuent d'ailleurs à se frotter au droit attestant son caractère social et sociétal et, surtout sa nature de droit vivant³. Il s'agit du signe⁴, du sexe⁵, de la chance⁶, du doute⁷ et du temps⁸. Le genre bien qu'en apparence un invité indésirable⁹ du constitutionnalisme classique, est devenu un objet

¹ D. BORRILLO, « Le sexe et le droit : Grands enjeux du monde contemporain », in Anne BERBARD-GROUPEAU et Anne DAGICOUR, *Droit et grands enjeux du monde contemporain*, Ellipses, 2013, p. 79-84.

² J. DIFFO TCHUNKAM (dir.), *Genre, Leadership et participation politique au Cameroun (1931-2013). Le Cameroun sur le chemin de la parité*, 1^{ère} éd. Colorix, 2014.

³ La doctrine du droit vivant a été développée par la Cour constitutionnelle italienne dès les années cinquante (Cf. sa sentence n°3 de 1956). Lire G. ZAGREBELKY, *La doctrine du droit vivant*, AIDC, n° 2, 1986, p. 56-77.

⁴ J. P. GRIDEL, *Le signe et le droit. (Les bornes, les uniformes, la signalisation et autres)*. Paris, LGDJ, 1979, 339 p.

⁵ S. P. KOUAM, *Le sexe et le droit*, thèse de doctorat à l'Université de Yaoundé II, 2013, 595 p.

⁶ A. BENABENT, *La chance et le droit*. Paris, LGDJ 1973, 231p.

⁷ F. TERRE, (dir), *Le doute et le droit*. Paris, Dalloz, 1994, 125 p.

⁸ E. CHEVREAU, *Le Temps et le droit ; la réponse de Rome à l'approche du droit privé*. Thèse, Paris II, 2001, 434 p. ; F. OST, *Le temps du droit*, Paris, JACOB, 1999, p. 189 ; D. BARANGER, « Temps et Constitution », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n°30, 2000, p. 47.

⁹ Cette formule est empruntée à Jean Louis ATANGANA AMOUGOU, « L'éthique du Constitutionnalisme en Afrique », in F. J. AIVO, J. du B. de GAUDUSSON, C. DESOUCHES et J. MAILA, (dir.), *L'amphithéâtre et le*

incontournable¹ du nouveau constitutionalisme, un objet constitué au regard des nouvelles tendances² qui émergent ou qui inscrivent dans leur continuité³ la problématique de l'égalité entre l'homme et la femme. Ce « produit légal étatique »⁴ est aussi une ingénierie⁵ du juge.

A ce titre, par un revirement historique, la décision de la Cour suprême américaine des Etats-Unis du 24 juin 2022 vient de remettre en cause l'arrêt *Roe vs Wade* de 1973 rendu par la même juridiction qui gravait déjà sur les marbres le droit constitutionnel des femmes à l'avortement. Cette décision de la Haute juridiction est un « coup terrible porté aux droits des femmes et à l'égalité des genres » selon l'Organisation des Nations unies et une atteinte au droit de disposer de son corps selon la fédération internationale pour les droits humains⁶.

prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie, Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou, L'Harmattan, 2020, p. 203-2012.

¹ R. NGANDO SANDJE, « La question du genre dans le droit électoral camerounais : d'une énonciation législative ambiguë à une nouvelle aventure pour le droit positif », *RJPEF*, vol. 69-2, p. 176-195.

² K. AHADZI NONOU, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique*, vol. 1, juillet-décembre 2001, p. 35- 86.

³ D. ROUSSEAU, « Le droit constitutionnel continu », *RDP*, 2014, n° 6, p. 1517.

⁴ L'expression est empruntée à C. SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Etude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, éditions A. Pedone, 2001, p. 224 et s.

⁵ D. F. MELEDJE, *Ingénierie constitutionnelle*, Les éditions abc, 2020, 225 p.

⁶ Suite à la décision de la Cour suprême des Etats-Unis contre le droit à disposer de son corps, la FIDH exhorte les décideurs politiques à protéger les droits reproductifs et l'accès à l'avortement en Europe. *Source nl.fidh.org*.

Ce revirement inattendu contraste cependant avec les décisions « spectaculaires »¹ de 2002 et 2009 dites « polygamie »² et « adultère »³ rendues par la Cour constitutionnelle béninoise⁴. Ces décisions par lesquelles le juge fait de la protection du genre le nœud gordien de sa motivation en considérant la polygamie, l'adultère et tout récemment, l'illégalité entre l'homme et la femme dans les effets familiaux du nom⁵, comme des atteintes au principe constitutionnel de l'égalité⁶, sont des marqueurs pertinents de la reconnaissance constitutionnelle des *droits catégoriels*⁷ par le constitutionalisme africain contemporain.

Le genre n'est donc plus un objet isolé du droit électoral, ni une « fantaisie de plus »⁸ pour le constitutionnalisme africain, encore moins une expression du « politiquement correct constitutionnel »⁹. Il est au cœur des démocraties africaines et fait l'objet de nombreuses études en

¹ F.-J. AÏVO, « Contribution à l'étude de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. *op. cit.* p. 2-3.

² DCC 02-144 du 23 décembre 2002 de la Cour constitutionnelle béninoise.

³ DCC 09-081 du 30 juillet 2009 de la Cour constitutionnelle béninoise.

⁴ La Cour constitutionnelle béninoise, se prononçant sur la loi n° 2002/07 portant Code des personnes et de la famille, déclare l'article 74 inconstitutionnel en raison d'une discrimination fondée sur le sexe.

⁵ Décision de la Cour constitutionnelle béninoise n° 21-269 du 21 octobre 2021.

⁶ Article 26 de la Constitution béninoise de 1991.

⁷ Sur le concept, lire F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 4^{ème} éd. Puf, Paris, 1999, p. 140 ; F. FOKA, *Le contentieux africain des droits de l'homme et des peuples*, éditions 3ft, 2008, 179 p.

⁸ J. DJOGBENOU, « Le Contrôle de Constitutionnalité des décisions de justice : Une fantaisie de plus ? », *Afrilex, Revue électronique*, Avril, 2014, p. 1-27.

⁹ A. ONDOUA, *op.cit.* p. 87 ; A. L. ESSOMBA, « Le statut des épouses des Chefs d'États en Afrique noire : les cas du Cameroun, du Bénin et du Nigéria », *RADP*, vol. X, n°2024, supplément 2021, p. 93-121.

sociologie politique¹, en gouvernance² et politiques publiques³ et dans les phénomènes constitutionnels où il accompagne l'Etat dans le respect de ses engagements constitutionnels à savoir « assurer à tous l'égalité devant la loi sans distinction de sexe »⁴.

Il importe donc de fixer un contenu acceptable aux notions de genre et de constitutionnalisme dont l'importance n'est plus à démontrer dans la science constitutionnelle.

Le genre est un concept par essence polysémique. Du latin *genus* ou *generis*, il est appréhendé comme étant une division fondée sur un ou plusieurs caractères communs⁵. Il s'agit, selon les grammairiens, d'une catégorie grammaticale fondée sur la distinction naturelle des sexes ou sur une distinction conventionnelle, de la propriété qu'ont les noms d'être

¹ I. MOUICH, « Genre et commandement territorial au Cameroun », *Cahier d'études africaines* [en ligne]186/2007, le 31 mai 2010, URL : <http://étudesafricaines.Revues.org/745>, consulté le 20 juin 2022.

² F. J. MEDOU NGOA, « Le genre à l'épreuve de la représentation au Cameroun », *Revue Camerounaise de Droit et de Science Politique, Janus*, 9^{ème} année, n° 4, juin 2015, p. 39-72.

³ C. COQUERY-VIDROVITCH, « Des reines mères aux épouses de Président », *Politique africaine*, 2004/3, n° 95, p. 19-31 ; P. NKOLO ASSE, « Les femmes et l'accès aux positions de pouvoir au Cameroun », *Syllabus Review* 6 (2), 2015 : 1-21 ; J. PALMIERI, « Le genre institutionnalisé, une machine antipolitique ? Esquisses | Les Afriques dans le monde, 2018, Disponible à l'adresse : <https://elam.hypotheses.org/149>. Version PDF : 29 p.

⁴ Art. 26 al. 1 et 2 de la Constitution béninoise de 1991. Lire respectivement les articles 13 et 14 de la Constitution tchadienne du 14 décembre 2020 : « Les Tchadiens des deux sexes ont les mêmes droits et les mêmes devoirs » et « [...] sont égaux devant la loi ». « L'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale ».

⁵ Cf. *Le petit Larousse illustré*, 2014, p. 537 et s.

masculins, féminins ou neutres ou d'un style particulier d'une forme d'art que l'on différencie par sa structure, son contenu ou son style¹. Ainsi, le sexe et le genre se recourent mais ne se recouvrent pas. Le premier est généralement biologique et donc par nature (abstraction faite de la mutation de sexe avec le phénomène de transsexualisme), tandis que le genre est conçu pour désigner « le sexe social » et apparaît comme culturel².

Nous retiendrons cette approche doctrinale selon laquelle : « le mot genre renvoie aux rôles et aux comportements sociaux associés aux femmes et aux hommes, ainsi qu'aux attentes de la société envers eux »³. Il est de ce fait appréhendé comme un construit et, non un donné, un « sexe socialisé » et davantage constitué par le nouveau constitutionalisme.

Pour la notion de Constitution, on ne reviendra plus sur sa double appréhension matérielle⁴ et formelle¹ qui difficilement reflète ses réalités

¹ M. LESSARD et S. ZACCOUR, « Quel genre de droit ? Autopsie du séisme dans la langue juridique », *Revue de Droit de l'université de Sherbrooke*, n° 4, 2007, p. 255.

² D. LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges André Lajoie : le droit, une variable dépendante*, Québec, Thémis, 2008, p. 663 ; L. D. SOKENG, « Le sexe du droit ... », *op. cit.* Pour ce dernier, « si le sexe désigne principalement les composantes biologiques de la division sexuée de l'espèce humaine, le genre quant à lui porte sur les éléments culturels de cette distinction ».

³ M. ELIZABETH KING, D. ANDREW MASON, *Genre et développement économique. Vers l'égalité des sexes dans les droits, les ressources et la participation* (Rapport de la Banque mondiale sur les politiques de développement), Québec Editions Saint-Martin, 2003, p. 1.

⁴ Dans son sens matériel, la Constitution est considérée comme « un ensemble de règles écrites ou coutumières qui déterminent la forme de l'État (unitaire ou

actuelles essentiellement sociales ou sociétales². Ce qui importe, c'est le contenu et la finalité des « règles de procédure » et « règles de fond »³, qu'elle édicte dès lors que celles-ci ont pour vocation, d'une part, d'aménager l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics⁴ et, d'autre part, de garantir les droits et libertés des citoyens⁵. L'étude retiendra comme définition opératoire, cette formule de Gérard Conac,

fédéral), l'organisation de ses institutions, la dévolution et les conditions d'exercice du pouvoir (y compris le respect des droits fondamentaux) Cf. *Lexique des Termes Juridiques*, 23^e édition, in S. GUINCHARD et Th. DEBARD, (dir.), Dalloz, Paris, 2015, p. 265 et s.

¹ Dans son sens formel, la Constitution est « un acte juridique suprême de l'État consignant les règles constitutionnelles au sens matériel ». Cf. *Lexique des Termes Juridiques*, *op. cit.*, p. 266. Cette définition rend compte du mode d'élaboration et de modification de la Constitution. R. Carré de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, Paris, 1922, Tome 2, p. 571 et s.

² La Constitution est à la fois un produit politique et social. Politique, car elle est la transcription en droit d'un ensemble de revendications pertinentes et réalistes au regard de l'évolution de la société. Sociale, car le droit – et le droit constitutionnel particulièrement – a une fonction sociale. Lire utilement M. HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 614-735.

³ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDV*, 1928, t. 45^{ème}, p. 206.

⁴ P. PACTECT, F. MERLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, 35^{ème} éd. Sirey, 2017, p. 440-442.

⁵ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, *op. cit.* ; B.-R. GUIMDO, « Les Constitutions des Etats d'Afrique noire francophone à l'épreuve de la démocratie », *RADP*, vol. IV, n° 18bis, spécial, 1^{er} septembre 2020, p. 7-38.

selon laquelle « les Constitutions ne sont pas seulement des techniques de l'autorité. Elles sont aussi des techniques des libertés »¹.

Le constitutionnalisme qui est consubstantiel à la culture constitutionnaliste², est un mouvement insufflé par le droit constitutionnel³ et rappelle l'expression de l'idéologie juridique concevant l'encadrement du pouvoir politique par le droit⁴.

Il connaît en Afrique une évolution à la fois *consolidante* et *déconsolidante*⁵, cette dernière étant le reflet du mal-être du constitutionnalisme négro-africain. On parlera d'une part, du nouveau constitutionnalisme, du constitutionalisme démocratique et, d'autre part, du « constitutionnalisme rédhibitoire »⁶, du « reflux du

¹ G. CONAC, « Les Constitutions des États d'Afrique et leur effectivité », in *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris, Economica, 1980, p. 391.

² J. D. B. De GAUDUSSON, « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du Constitutionalisme », in : *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic, Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 333-348.

³ J.-M. DENQUIN définit le Constitutionalisme comme « un mouvement qui vise à mettre en œuvre un idéal par les moyens propres du droit constitutionnel », « Situation présente du Constitutionalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie du droit constitutionnel », *Jus politicum, RIDC*, n°1, 2008, [en ligne], p. 1.

⁴ A. SOMA, *Traité de droit constitutionnel. Philosophie-Théorie-Jus positivum*, Tome I : *op. cit.* p. 225.

⁵ Ces expressions « aux relents manichéens » sont empruntées au Professeur Ismaïla MADIOR FALL. *Les révisions constitutionnelles au Sénégal. Révisions consolidantes et révisions déconsolidantes de la démocratie sénégalaise*, Dakar, CREDILA, 2012, 218 p.

⁶ J. OWONA, « l'essor du constitutionnalisme rédhibitoire en Afrique noire : étude de quelques « Constitutions Janus », *Mélanges en l'honneur de Pierre François Gonidec*, LGDJ, 1985, p. 235-243.

constitutionnalisme »¹, du « constitutionalisme global »² ou du « déclin du constitutionnalisme »³.

Nolens volens, aborder la question du genre dans un ordre constitutionnel africain en pleine démocratisation conduit à se poser la question suivante: **quelle est la place du genre dans la compréhension et la construction du principe d'égalité dans le nouveau constitutionalisme africain ?** A l'analyse, le genre occupe une place mitigée dans le constitutionalisme africain en quête d'identité et d'originalité⁴. Bien que minoré par le constitutionalisme classique, il s'épanouit dans son essence contemporaine, dans la modernité constitutionnelle⁵. Une telle transformation revêt un double intérêt : théorique et pratique.

¹ J. MOUANGUE KOBILA, « Peut-on parler d'un reflux du constitutionnalisme au Cameroun ? », *Recht in Africa*, 2010, p. 38-82.

² L'expression est de Marie-claire PONTTHOREAU, « Global Constitutionalism », un discours doctrinal homogénéisant. L'apport du comparatisme critique », *Juspoliticum*, n°19, consulté le 12 mai 2022. Le "constitutionnalisme global" est cette tendance du Constitutionalisme selon laquelle les Constitutions des Etats ne sont plus suffisantes à réguler l'ensemble des activités du gouvernement et que la société internationale gagnerait à utiliser le concept de constitutionnalisme pour mieux organiser son activité.

³ M. AHANHANZO GLELE, « La Constitution ou loi fondamentale », in Encyclopédie juridique de l'Afrique, Abidjan Dakar-Lomé, Les nouvelles Éditions africaines, p. 33-34.

⁴ G. ROSSATANGA-RIGNAULT et F. ENONGOUE, *L'Afrique existe-t-elle ? A propos d'un malentendu persistant sur l'identité*, Edition Dianoïa, avril 2006, 127 p.

⁵ Si le Constitutionalisme classique se caractérise par la limitation des pouvoirs des gouvernants, le Constitutionalisme contemporain en revanche, met en relief les principes essentiels des démocraties libérales, le pluralisme politique et l'Etat

Au plan théorique, elle permet d'une part d'évaluer le niveau d'incrustation dans l'ordre constitutionnel africain du *substrat humain* sous le prisme du genre et d'autre part, de mettre à jour l'état de la doctrine constitutionnaliste et de la jurisprudence en rapport avec la question d'égalité dans cet espace juridique. Elle contribue à apprivoiser l'ambivalence qui caractérise l'égalité et l'exigence des composantes sociologiques¹ et à faire de la prise en compte du genre, la figure humaine de l'Etat de droit en Afrique². Par ailleurs, le constitutionnalisme africain semble trouver ses repères³ grâce, pour une grande part, à son *juridique jurisprudentiel*⁴. Il est dans une nouvelle dynamique, celle de la construction de *l'égalité constitutionnelle* et non exclusivement

de droit. G. CONAC, et ALII (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, actes du colloque, Paris, 12-13 décembre 1990, p. 28.

¹ A.- D. OLINGA, « L'exigence de la prise en compte des 'composantes sociologiques de la circonscription' en droit électoral camerounais », *Juridis Périodique*, n° 28, 1996, p. 67-72 ; J. MOUANGUE KOBILA, « Droit de la participation politique des minorités et des populations autochtones. L'application de l'exigence constitutionnelle de la prise en compte des composantes sociologiques de la circonscription dans la Constitution des listes électorales au Cameroun », *RFDC*, n° 75, 2008, p. 629-664.

² O. JOUANJOUAN, (dir.), *Les figures de l'Etat de droit*, Institut de recherches Carré de MALBERG, Coll. de l'université Robert Schumann, 2001, p. 6-52.

³ J.-J. RAYNAL, « Le renouveau démocratique béninois : modèle ou mirage », *Afrique contemporaine*, n° 160, 1991, p. 25. « A l'évidence l'Afrique cherche. L'Etat cherche ses institutions, la démocratie son expression, la justice son éthique, la société ses valeurs, l'économie sa croissance ; le peuple, lui, cherche sa survie ».

⁴ L'expression est de Y. MENY, « Révolution constitutionnelle et démocratie : chances et risques d'une nouvelle définition de la démocratie », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, hors-série -Colloque du Cinquantenaire, 3 novembre 2009, disponible sur le site du CC, <https://www.conseil-constitutionnel.fr>, p. 2.

conventionnelle¹, socle du constitutionalisme global² ou de construction d'un *principe constitutionnel de la diversité*³.

Au plan pratique, l'étude permet d'inscrire la question d'égalité entre l'homme et la femme au cœur de la conscience citoyenne en relevant ses tenants et ses aboutissants dans un continent où les femmes ne laissent plus faire et ne se laissent plus faire, comme en témoignent leur dynamisme actuel⁴. Elle contribue à une représentation matérialiste de l'égalité, en évoquant la protection particulière à accorder à certaines

¹ Sur l'égalité en droit, entre l'homme et la femme, lire les dispositions de l'article 1^{er} de la déclaration universelle des droits de l'homme : « tous les hommes naissent libres et égaux en dignité et en droits » et du préambule de la charte des Nations unies, signée à San Francisco, le 26 juin 1945.

² Sur l'évolution doctrinale du concept, lire S. PINON, « Les visages cachés du Constitutionalisme global », *Archives de philosophie du droit*, Tome 31, 1986, p. 64 et s. ; T. HOCHMANN, « Constitutionalisme global », *RFDC*, vol. 120 (4), 2019, p. 885-904 ; M-C. PONTTHOREAU « Global Constitutionalism », *op. cit.*

³ Expression que le professeur Alain Didier OLINGA qualifie de « principe constitutionnel premier », « La protection des minorités en droit public camerounais », *RADIC*, 1998, p. 285.

⁴ Au Bénin, la reconnaissance de la polygamie masculine a été paralysée par un recours en inconstitutionnalité exercé par la députée H. Rosine VIEYRA-SOGLO, pour non-conformité du projet de Code des personnes et de la famille avec le principe d'égalité homme-femme figurant à l'article 26, al. 2 de la Constitution. Il en est de même du grief soulevé par Eucharistie KOTOUNOU, en raison de la violation par les art. 6 et 12 du Code, de la Constitution en leurs dispositions consacrant l'égalité entre l'homme et la femme. V. J. DJOGBENOU, « Les personnes et la famille en République du Bénin : de la réalité sociale à l'actualité juridique », in *La personne, la famille et le droit en République du Bénin : Contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille*, éd. Juris Ouaniolo, fév. 2007, p. 13 ; G. BADET, « Avant-propos », in *La personne, la famille (...)*, *op. cit.*, p. 3. 10.

catégories telles la femme¹, la mère et l'enfant, les personnes handicapées et les personnes âgées². C'est l'amorce d'une égalité des conditions, d'une égalité des chances voire d'une égalité complète.

La prise en compte du genre évoque les limites de la « greffe »³ constitutionnelle des droits européens vers les droits africains⁴. Elle traduit une exclusion des solutions exogènes⁵ et une « endogénéisation des standards constitutionnels » en Afrique⁶. Il s'agit d'une expression de la

¹ La question est en débat. L. BERENI, E. LEPINARD, « Les femmes ne sont pas une catégorie, les stratégies de légitimation de la parité en France », *Revue française de science politique*, 2004/1 (Vol. 54), p. 71-98.

² J. P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historiques, sociologique et juridique*. Th. LGDJ 1993, p. 3.

³ F.-J. AÏVO, « La fracture constitutionnelle. Critique pure du procès en mimétisme », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glele*, Edition l'Harmattan, 2014, p. 744. 68.

⁴ J.-C. TCHEUWA, « Droit constitutionnel étranger », *RFDC*, 2011, n° 86, p. 1-29.

⁵ D. ABARCHI, « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Penant*, n° 842, 2013, p. 95.

⁶ L. SINDJOUN, « les nouvelles Constitutions africaines et la politique internationale : contribution à une économie internationale des biens politico-constitutionnels », in *Afrique 2000*, 21, avril-juin 1995, p. 46-69.

négarion des « emprunts étrangers »¹, ou du phénomène mimétique² à sens unique, pour l'affirmation de l'autonomie des droits africains³.

Dans la perspective d'apporter les éléments de réponse à l'interrogation formulée, l'approche du positivisme qui commande par principe une analyse reposant sur l'exégèse⁴, mais aussi de la « sociologie des normes »⁵ donnerait à l'analyse une part de sa complétude.

Les expériences tirées du Bénin, du Burkina Faso, d'Afrique du Sud et du Cameroun sont à cet égard illustratives⁶, car elles témoignent sous le

¹A.-D. OLINGA, « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples aux systèmes européens et interaméricain de garantie des droits de l'Homme », *RTDH*, n° 62, 2005, p. 501.

²J. du B. de GAUDUSSON, « Le mimétisme postcolonial, et après? », *Pouvoirs*, 2009, n° 129, p. 45-55.

³P.-F. GONIDEC, *Les droits africains*, Paris, *LGDJ*, 1976.

⁴H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1062 ; P. REMY, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au dix-neuvième siècle », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1985, n°2, p. 91-105 ; P. REMY, « Eloge de l'exégèse », *Droits*, 1985, n° 1, p. 115-123.

⁵J. CHEVALIER, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 281-297.

⁶ Une analyse cursive des Constitutions et des jurisprudences constitutionnelles des Etats considérés permet de comprendre la centralité de la place qu'occupe le genre dans leurs ordres constitutionnels.

prisme du genre, « le passage à la démocratie »¹ consociationnelle² ou consociative³ dans les Etats d'Afrique considérés.

A l'analyse, le genre n'est plus un tabou⁴, mais un objet du droit constitutionnel contemporain⁵ mu par l'objectif de consolidation du « principe constitutionnel d'égalité ». S'il est donc un objet minoré du constitutionalisme classique (I), il faut dire qu'il se trouve célébré par le constitutionalisme africain contemporain (II).

I. Le genre, un objet minoré par le constitutionalisme classique

Le genre s'incruste-t-il pertinemment dans les nouvelles tendances du constitutionalisme africain ?⁶ Sa prise en compte constitutionnelle, bien qu'encore lacunaire dans ses déclinaisons (A) et embryonnaire dans sa

¹ G. HERMET, *Le passage à la démocratie*, Paris, Presses de sciences Po. 1996, 127 p.

² A. LIJPHART, *Democracy in plural societies. A Comparative Exploration*, New Haven, Yale University Press, 1997, p. 7.

³ J. LACABANNE, *La démocratie consociative*, Les éditions Persée, 2015 ; D. SINARDET, « Le fédéralisme consociatif belge : vecteur d'instabilité ? », *Pouvoirs*, 2011/1, n° 136, p. 33.

⁴ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Les tabous du constitutionnalisme en Afrique. Introduction thématique », in *Afrique contemporaine*, Vol. 2, n° 242, 2012, p. 53-58.

⁵ L'étude se concentrera sur le Constitutionalisme des années 1990 et au-delà.

⁶ K. AHADZI-NONOU, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *La revue du CERDIP*, volume 1, n° 2, juillet-décembre 2002, p. 35 ; F.-J. AÍVO « Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique », *Revue du Conseil constitutionnel d'Algérie*, n° 4, 2014, p. 289-309.

portée (B), atteste de l'adaptation de l'ordre constitutionnel africain à l'utilitarisme¹ qu'impose le nouveau constitutionalisme.

A. Les déclinaisons constitutionnelles lacunaires

Malgré le vieux dogme républicain et son infaillibilité, la loi, en tant que source, pose au moins deux problèmes : elle peut être lacunaire, et parfois liberticide². Parlant du caractère lacunaire, les énoncés dans les Constitutions d'Afrique noire en général³ souffrent encore d'une certaine friabilité. En effet, en ce qui concerne la prise en compte constitutionnelle du genre, les Constitutions souffrent si ce n'est d'un vide juridique⁴, du moins d'une consécration avide inhérente à la clarté (1) observée d'une part et, au clair-obscur relevé d'autre part (2).

1. La clarté

Le silence est une caractéristique primordiale de l'œuvre originelle des constituants en Afrique noire⁵. Les expressions « clarté » ou encore « clair-

¹ S. STUART MILL, *L'utilitarisme*, 2^{ème} édition revue, Paris, 1889. Ce traité de John Stuart Mill a été publié en 1863. IL s'inspire de la morale de Jeremy Bentham, fondateur de l'utilitarisme à la toute fin du XVIII 2^{ème} siècle qui portait du principe que le plaisir est l'unique but de l'existence.

² F. ROUVILLOIS, *Libertés fondamentales*, 3^{ème} édition, 2019, p. 31.

³ M. KAMTO, « L'énoncé des droits dans les Constitutions des Etats africains francophones », *RJA*, n° 2-3, 1991, p. 7-24.

⁴ Sur la notion, Voir A.-M. HO DINH, « Le vide juridique et le besoin de loi. Pour un recours à l'hypothèse du non droit », in *L'année sociologique*, vol. 57, 2007/2, p. 419-453.

⁵ F. J. AÍVO, « Le silence des Constitutions en Afrique », Communication au colloque sur *L'Afrique et l'internationalisation du constitutionnalisme : actrice ou spectatrice ?*, Lomé, les 16 et 17 juin 2010, p. 1-29 ; A. S. ADOUA-MBONGO, « Le juge constitutionnel africain et le silence de la Constitution »,

obscur » employées dans la présente réflexion renvoient tantôt à une déclinaison claire, tantôt au silence ou au flou qu'organisent les constituants dans l'énoncé du genre dans leurs dispositifs normatifs. Si dans certains instruments juridiques, le genre est énoncé indirectement au travers des concepts tels que le sexe ou la distinction homme/femme, dans d'autres, l'énoncé est clair et expressif.

C'est dire que le genre connaît une consécration hybride, tantôt implicite tantôt explicite et même extensive en référence à la formule [*autre*] prévue dans certains discours juridiques pour marquer l'existence des sexes autres que masculin ou féminin.

Dans l'espace constitutionnel du Faso, le constituant va procéder à une prise en compte linéaire et extensive. Il faut dire que cette consécration est logée au préambule de la Constitution qui est la première séquence d'un texte constitutionnel et dont la valeur constitutionnelle est connue¹. Le préambule faut-il le rappeler, posé en en-tête de la Constitution, a pour objet de donner les grands principes juridiques, les grandes valeurs

Revue Africaine et Malgache des Recherches Scientifiques, n° spécial janvier 2021, p. 70-105.

¹ En Afrique (exclusion faite du Burkina Faso et de la Côte d'Ivoire), comme en France (1946-1958), la question de la valeur normative et positive du préambule de la Constitution a été âprement débattue. Sa valeur juridique du moment l'emporte sur des considérations symboliques, philosophiques et éthiques d'autrefois. Depuis la 5^{ème} République engagée par la Constitution du 4 octobre 1958 et à la faveur de la décision du 16 juillet 1971 portant sur la liberté d'association, le Conseil constitutionnel français va établir que le préambule à une valeur constitutionnelle. Les constituants africains utiliseront la formule suivante : le préambule fait partie intégrante de la Constitution. Cf. article 65 de la Constitution camerounaise de 1996 révisée en 2008.

éthiques et les grandes orientations philosophiques de l'Etat¹. L'exemple du Burkina Faso est à ce propos pédagogique, le préambule disposant que le peuple souverain du Faso reconnaît que « la promotion du genre est un facteur de réalisation de l'égalité de droit entre hommes et femmes au Burkina Faso ».²

Au Burkina Faso, la prise en compte du genre ou de la parité homme/femme occupe une place remarquable aussi bien dans les dispositifs constitutionnels que législatifs. A ce titre, de nombreuses interrogations qui se posent dans d'autres ordres juridiques y trouvent des solutions. Il s'agit de la sempiternelle question de l'égale répartition des sièges en termes de parité moitié hommes-moitié femmes³, de la gestion des quotas ou du seuil minimum dans le discours électoral, ou enfin, celle de la formation du couple titulaire-suppléant aux élections des députés à l'Assemblée nationale dans une répartition concurrentielle femme-homme⁴.

¹ A. SOMA, *Traité de droit constitutionnel. op. cit.* p. 351. Dans le préambule de la Constitution du Burkina Faso, on retrouve, en plus de l'énoncé des grandes valeurs éthiques telles que l'intégrité, la justice, la morale, la transparence, une énumération de grands principes juridiques qui doivent guider l'Etat, tels que l'Etat de droit, l'égalité, la protection du genre, la lutte contre toute forme de domination.

² Préambule de la Constitution du Burkina Faso *op. cit.*

³ D. TURPIN, « La question des minorités en France », in : *Territoires et libertés, Mél. Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 498 et s.

⁴ Cette dernière question que pose l'article 153 du Code électoral camerounais est au cœur du débat qu'insuffle la prise en compte du genre dans la Constitution des listes de candidats.

Le législateur burkinabé propose des réponses dans deux lois, l'une portant fixation de quotas aux élections législatives et municipales¹, l'autre portant fixation de quotas et modalités de positionnement des candidates et des candidats aux élections législatives et municipales². La philosophie générale est posée par le législateur en ces termes : « La fixation du quota est une mesure positive visant à permettre à l'un ou à l'autre sexe, sans discrimination aucune, de rendre part à la direction des affaires publiques par l'intermédiaire de représentants élus »³. C'est l'article 3 de cette loi qui tranche le problème en relevant que : « Toute liste de candidatures présentées par un parti politique ou regroupement de partis politiques, lors des élections législatives et municipales, doit comporter au moins 30 % de candidatures au profit de l'un et de l'autre sexe ».

Ces dispositions sont assorties de sanctions selon lesquelles tout parti ou groupement politique qui ne se conforme pas à la loi, perd 50 % du financement public pour les campagnes électorales⁴, tandis que celui qui aura atteint ou dépassé le résultat de 30 % d'élus de l'un et de l'autre sexe, bénéficie d'un financement public supplémentaire⁵.

Le législateur de 2020 se veut encore plus expressif lorsqu'il mentionne à son article 3 que : « les listes de candidatures présentées par chaque parti politique, ou regroupement de parti politiques [...] où il est en

¹ Cf. loi n° 010-2009/AN portant fixation de quotas aux élections législatives et municipales.

² Cf. loi n° 003-2020 /AN portant fixation de quotas et modalités de positionnement des candidates et des candidats aux élections législatives et municipales.

³ Article 2 de la loi n° 010-2009/AN portant fixation de quotas aux élections législatives et municipales.

⁴ Article 6 la loi n° 010-2009/AN, *op.cit.*

⁵ Article 6 la loi n° 010-2009/AN, *op.cit.*

compétition, comporte en tête de liste titulaire, au moins 30 % de l'un et de l'autre sexe »¹. Par ailleurs, « Chaque liste de candidatures présentées à l'occasion des élections législatives ou municipales doit être alternée femme-homme ou homme-femme »². Les dispositions de l'article 5 devraient être une source d'inspiration pour d'autres législateurs africains en quête d'alternance³. On peut y lire : « Le positionnement alterné s'applique aussi bien à la liste des titulaires qu'à celle des suppléants. En aucun cas la tête de liste des titulaires et celle des suppléants ne doit être du même sexe »⁴.

Par ailleurs, les mêmes précisions peuvent être tirées des dispositions de la Constitution sud-africaine de 1996. En effet, intitulé « Bill of Rights », le chapitre 2 de cette charte fondamentale prend en compte l'égalité et le genre. Aussi dispose-t-elle : « Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law ». « The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth ». Cette reconnaissance se veut plus explicite et extensive, en ce qu'elle procède à un mélange de genres en interdisant toute discrimination basée sur *le genre, le sexe et l'orientation sexuelle*.

La reconnaissance constitutionnelle du genre, tout comme celle des autres valeurs, trouve ainsi une place aménagée dans le

¹ Article 3 de la loi n° 003-2020 /AN, *op. cit.*

² Article 4 de la loi n° 003-2020 /AN, *op. cit.*

³ Une liste alternée est une liste sur laquelle le positionnement d'un candidat d'un sexe donné est immédiatement suivi du positionnement d'un candidat de l'autre sexe. Cf. art. 4 de la loi burkinabée de 2009.

⁴ Article 5 de la loi n° 003-2020 /AN, *op. cit.*

constitutionnalisme démocratique africaine¹. En revanche, dans certains ordres constitutionnels, le constituant procède par des formules sibyllines pour marquer la prise en compte dubitative du genre dans le dispositif constitutionnel. En clair, on assiste à une consécration en clair-obscur de la part du constituant africain où l'obscur flirte avec la clarté, certes, mais où la pénombre et le flou dominant.

2. *Le clair-obscur*

La prise en compte du genre, perçue ici comme un nouvel objet du nouveau constitutionalisme africain demeure un *impératif constitutionnel*² et nécessite, pour le besoin de la qualité du droit, une consécration explicite.

Cependant, le monème « genre » a connu une entrée timide dans l'univers du juriste, d'où la difficulté d'être classé parmi les catégories juridiques³. Ceci peut expliquer pourquoi en dépit de son énoncé par quelques Constitutions, il est resté et demeure en partie extérieure à la science juridique. De fait, on le chercherait en vain dans un dictionnaire juridique ou dans certains ouvrages de référence.

Cette reconnaissance fluctuante que l'on rencontre dans la majorité des Constitutions des Etats africains est inspirée des Constitutions françaises

¹ A.-D. OLINGA, « L'aménagement des droits et libertés dans la Constitution camerounaise révisée », *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1996, vol. 8, n° 4-7, p. 116-126.

² A. KPODAR, « L'impératif constitutionnel », *Revue Constitution et Consolidation*, n° spécial 001/semestre 1, Actes du colloque « La Cour constitutionnelle béninoise, rupture et continuité », 2019, p. 101-125.

³ M. VIRALLY, « Le phénomène juridique », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Vol. 82, 1996, p. 10.

et plus précisément de celle du 4 octobre 1958 qui, en son article 1^{er}, rend bien compte du principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi, mais ignore complètement la discrimination basée sur le sexe.

Le constituant français met bien en exergue les principes d'indivisibilité, d'unité² et d'égalité et, c'est pour s'opposer à toute politique discriminatoire que la France n'a ni pris en compte les peuples autochtones ni utilisé la dénomination³. Il est donc considéré qu'il ne peut y avoir en France qu'un seul « peuple français », seul souverain, l'Etat refusant ainsi de créer dans sa législation une différenciation entre les peuples et faisant échec d'emblée à la reconnaissance de la terminologie de « peuples autochtones »⁴. Le Conseil constitutionnel va, en 1991, censurer la référence au « peuple corse, composante du peuple français » et plus tard, reconnaître à l'expression « peuple français » une valeur constitutionnelle⁵ et un caractère unitaire au motif que la mention de « peuple corse » « est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le

¹ Cet article pose les principes selon lesquels, « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ».

² Dès la Révolution française de 1789, les principes d'indivisibilité et d'unité étaient associés. En 1791, l'article 1^{er} de la Constitution affirmait que le « Royaume de France est un et indivisible ».

³ S. F. SOBZE, « Autochtonie et gouvernance local : Réflexion à partir de l'exemple du Cameroun », *R.I.D.C.* 3-2022, p. 1-33.

⁴ CNCDH, Avis, « La place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français », 2017, p. 27.

⁵ Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, loi portant statut de la collectivité territoriale corse, *Journal officiel* du 14 mai 1991, p. 6350.

peuple français sans distinction d'origine, de race ou de religion »¹. D'où l'origine de la réserve émise par la France sur l'article 27 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques².

Cependant, pour ce qui est de la parité hommes-femmes, pour favoriser la place des femmes dans la vie politique, le législateur français va instaurer en 1982, un « quota » minimal de 25 % de femmes sur les listes pour les élections municipales. Cette mesure sera jugée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel car elle méconnaît le principe d'égalité qui s'applique tant aux électeurs qu'aux candidats³. C'est la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 qui viendra poser le principe de l'égal accès et renvoyer à la loi le soin de déterminer les moyens de le mettre en œuvre.

Par la suite, si dans l'espace constitutionnel béninois, le constituant procède de façon générique à la consécration du genre, « l'homme et la femme sont égaux en droit »⁴, il faut recourir à *l'esprit dahomeyen*⁵ et à la politique jurisprudentielle du juge constitutionnel pour comprendre que l'égalité est une valeur de civilisation culturelle, philosophique et spirituel, non sans être le fondement existentiel de la Constitution, le juge étant le garant. Le constituant camerounais lui emboîtera le pas.

¹ *Ibid.* Lire utilement F. LUCHAIRE, « La Corse et le Conseil constitutionnel : à propos de la décision du 17 janvier 2002 », *RDP*, n° 3-2002, p. 887 et s.

² C. CALEGOROPOULOS-STRATIS, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Bruxelles, Bruylant, 1973, p. 194.

³ Conseil constitutionnel français, Décision du 18 novembre 1982.

⁴ Article 26 de la Constitution béninoise de 1990.

⁵ Cet esprit est perceptible dès le préambule de la Constitution où on peut lire : « Affirmons notre volonté de coopérer dans la paix et l'amitié avec tous les peuples qui partagent nos idéaux de liberté, de justice, de solidarité humaine, sur la base d[u] principe d'égalité (...) ».

La Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 ne consacre pas *expressis verbis* le genre¹ mais, en tant que symbole d'un ordre juridique interne et placée au sommet de la pyramide² ou « cadre et mesure du droit »³, elle est appelée à travers sa suprématie à légitimer toutes les normes *infra constitutionnelles* visant à garantir le principe d'égalité⁴.

Le soin est laissé au Code électoral⁵ d'en préciser la clarté et, c'est précisément la loi n° 2012-001 portant Code électoral⁶ qui en son article 151-3, exige une prise en compte du genre dans la Constitution des listes

¹ Cependant, on peut lire au préambule de la Constitution du 18 janvier 1996 révisée en 2008 que « l'Etat garantit à tous les citoyens de l'un et de l'autre sexe, les droits et libertés énumérés au préambule de la Constitution ». Cf. préambule de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996.

² La pyramide des normes été développée par Hans KELSEN dans son ouvrage intitulé *Théorie pure du droit*. Elle permet de garantir l'ordre et la cohérence du droit positif en vigueur dans le cadre constitutionnel de l'Etat. *Théorie pure du droit*, trad. fr. 2^{ème} éd. de la *Reine Rechtslehre* par Ch. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1997.

³ C. STARCK, *La Constitution, Cadre et mesure du droit*, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1994, p. 195.

⁴ M. KAMTO, « La dynamique constitutionnelle du Cameroun indépendant », *RJA*, 1995, p. 7-49.

⁵ La question du genre est une exigence pour la validation des listes de candidatures aux élections plurinominales. En droit électoral camerounais, elle puise sa source dans la loi n° 2012-001 portant code électoral et précisément en ses articles 151-3 et 156. L'un exigeant la prise en compte du genre dans la constitution des listes de candidats, et l'autre proscrivant dans le même contexte, toute discrimination fondée sur le sexe.

⁶ Loi n° 2012/001 du 19 avril 2012 portant Code électoral, modifiée et complétée par la loi n° 2012 / 017 du 21 décembre 2012. Le texte a précisément été adopté le vendredi 13 avril 2012; il sera promulgué par le président de la République 6 jours plus tard, le jeudi 19 avril 2012.

de candidats et proscrit dans le même contexte en ses articles 156 et 175 toute discrimination fondée sur un élément spécifique tel que le sexe¹.

Cette consécration a fait l'objet des critiques car, pour un auteur contemporain, la prise en compte du genre déroge formellement au droit positif du moment où elle requiert une division catégorielle dans un contexte marqué par l'unité du corps politique².

Cette analyse, en dépit de sa pertinence garde une certaine fébrilité car la reconnaissance constitutionnelle du genre participe plutôt à la recherche de l'égalité voire de la parité dans la construction de l'unité du corps politique. Un corps politique unique et non inique qui respecte l'équité et la représentativité démocratique. Par exemple, la laïcité de la République, qui a été consacrée par la loi de séparation des Eglises et de l'Etat³, est aujourd'hui à rapprocher de « l'égalité de tous les citoyens sans distinction de religion » et du respect de « toutes les croyances » s'assimilant à la liberté de conscience.

Le Code pénal camerounais ainsi que le statut général de la fonction publique s'inscrivent aussi dans cette logique rationnelle d'extension du principe d'égalité de genre. On lira à l'article 1^{er} du Code pénal⁴ que « la loi pénale s'impose à tous », qui est l'expression pénaliste de l'adage « nul

¹ Les dispositions des articles 151-3, 171-3, 218-3 ou 246-1 du Code exigent *une prise en compte du genre dans la Constitution des listes de candidats*. Elles participent à la construction d'une *égalité électorale* au Cameroun.

² R. NGANDO SANDJE, « La question du genre dans le droit électoral camerounais », *op. cit.*, p. 176-195.

³ Promulguée le 9 décembre 1905, la loi concernant la séparation des Eglises et de l'Etat est l'aboutissement d'un long processus de laïcisation et de sécularisation engagé depuis la Révolution française.

⁴ Cf. loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant Code pénal camerounais.

n'est censé ignorer *la loi* » et toute discrimination fondée notamment sur le sexe, opérée par quiconque, l'expose à des peines pénales¹.

Le statut général de la fonction publique est aussi représentatif des textes réglementaires qui protègent l'égalité de genre. Il fait de l'égal accès à la fonction publique le fondement décisif des recrutements au sein de la fonction publique camerounaise². Il dispose à ce titre en son article 12 que la fonction publique est ouverte « sans discrimination aucune, à toute personne de nationalité camerounaise », d'où la formule laconique « tous les Camerounais des deux sexes »³ à laquelle recourent les autorités administratives au lancement des concours administratifs et dont la portée sociale demeure discutable. En raison de son ancrage constitutionnel à géométrie variable, le genre est un objet insaisissable des Constitutions africaines, héritières de la tradition constitutionnelle française inspirée de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789⁴. Il connaît une portée constitutionnelle à demi-teinte, tantôt généreuse, tantôt douteuse.

B. La portée constitutionnelle embryonnaire

L'optimisme constitutionnel du genre est encore porteur des vices parce que revêtu d'une certaine ambivalence. S'il contribue à travers sa dynamique normative à insuffler une certaine discrimination positive (1), il faut dire qu'il peine à faire de la prise en compte du genre une nécessité

¹ Article 242 du Code pénal précité.

² Décret n° 94/199 du 07 octobre 1994 portant statut général de la fonction publique de l'Etat modifié et complété par le décret n° 2000/287 du 12 octobre 2000.

³ P. VOUFFO, « La promotion du genre au Cameroun », *op. cit.*, p. 117.

⁴ Art.16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, (...) n'a point de Constitution ».

objective ou plus précisément un instrument d'*objectivation* du constitutionalisme africain en nette (r)évolution¹⁽²⁾.

1. *La normation généreuse de la discrimination positive*

Le genre occupe une place importante dans « l'échelle de normativité »² constitutionnelle en ce qu'il participe au renforcement de la suprématie du droit constitutionnel relationnel ou subjectif. Sa *normation*³ selon l'heureuse expression du professeur Abdoulaye Soma est généreuse en ce qu'elle facilite l'insertion de la *discrimination positive* dans l'espace juridique et plus précisément constitutionnel.

La discrimination positive, cette notion d'emprunt au discours *droit-de-l'hommiste*⁴ est prise ici comme une mesure étatique permettant de mettre en œuvre le principe d'égalité garantie par la Constitution ou de mieux l'aménager⁵. Ces aménagements supposent l'adoption des mesures compensatoires visant certaines couches spécifiques de la société.

¹ Le Constitutionalisme révolutionnaire ayant pour but de « donner forme normative à la nation ». L'expression est de J. HUMMEL, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, Michel HOUDIARD, 2010, p. 46.

² A. KPODAR, « L'échelle de normativité du droit international public », in F. Merlin-SOUCRAMANIEN (dir.), *Espaces du service public, Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, tome I, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, p. 379- 402.

³ A. SOMA, « L'utilité comme critère normatif du droit », *Revue CADI*, n° 018/ décembre, 2021, p. 1-32.

⁴ Relatif au *droit- de-l'hommisme*, c'est-à-dire à l'attitude bien-pensante qui invoque de manière excessive et parfois déclamatoire la défense des droits de l'homme.

⁵ A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 11, 2004, *La discrimination positive*, p. 55 et s. (spéc. p. 69).

Les mesures compensatoires des inégalités contribuent au maintien d'une certaine cohérence et de l'harmonie parmi les citoyens, en dépit des revendications au traitement égalitaire¹. L'Etat est de ce fait, tenu de recourir à ce que les Français appellent la discrimination positive² et les Américains *l'affirmative action*³. Par exemple, aux Etats-Unis d'Amérique, en dépit de l'existence d'une clause dite de la protection égale dans le 14^{ème} amendement, la Cour suprême rendra des arrêts permettant la mise en œuvre de « l'affirmative action », c'est-à-dire d'une politique de préférence à l'égard des individus ressortissant des groupes (qui ont été historiquement opprimés ou qui se sont vus refusés l'égalité d'opportunité) en vue de l'affirmation de la diversité⁴. En revanche, elle rejettera l'utilisation des quotas raciaux dans des arrêts restés célèbres⁵. Avec le système américain, la protection du principe d'égalité rend

¹ B. M. METOU, « Autodétermination et principes d'unité et d'indivisibilité de l'Etat en droit constitutionnel des Etats africains francophone », *RRJ*, 2011-2, p. 1013.

² C. GWENAELE, *La discrimination positive*, Paris, PUF, *QSJ*, 2004, p. 7-57.

³ D. GINGRAS, « L'autodétermination des peuples comme principe juridique », *Laval théologique et philosophique*, 53, 2, (juin 1997, p. 365-367). L'expression « affirmative action » désigne aux Etats-Unis un programme obligatoire de distribution préférentielle d'un bien ou d'une prestation (emploi public, marché public ; place d'université, etc.) aux membres d'une minorité ou d'un groupe social défavorisé en vue de compenser l'inégalité sociale existante. (Cf. G. CALVES, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, LGDJ, 1998).

⁴ L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine, Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 596 p. (spec. p. 433).

⁵ Arrêts *Meredith v. Jefferson County Board of Education* du 28 juin 2007 et *Gratz v. Bollinger* du 23 juin 2003.

compte de la promotion de la discrimination positive créant ainsi l'égalité d'opportunités¹.

Les discriminatives positives² relèvent donc « d'une volonté de corriger une situation sociale jugée inégale au départ »³. Le Conseil d'Etat français le confirmait en ces termes : « l'état actuel de notre société montre que l'égalité des droits ne suffit pas à réaliser l'égalité des chances »⁴ et la doctrine de renchérir : « l'égalité purement formelle ne peut satisfaire le juriste. Il faut une égalité "réelle" ». Si la notion de discrimination positive constitue cependant « un des meilleurs exemples de ces expressions qui, bien qu'utilisées couramment, n'ont jamais fait l'objet d'un effort de définition »⁵, il faut dire qu'elle s'identifie selon la doctrine, à un véritable « serpent de mer juridique tentant de louvoyer entre les différentes

¹ J. BOUGRAB, *Les discriminations positives*, Paris, Dalloz, 2007, citée par L. SINDJOUN, *op. cit.*, p. 433.

² Encore appelée « action positive », « affirmative action » (Etats Unis), « azioni positive » (Italie), « inégalité compensatrice », « promotion positive » (Etats Unis), (Suisse), « mesures spéciales et concrètes », « non discrimination active », « prise en compte des composantes sociologiques », la discrimination positive se rapproche de l'« équilibre régionale », cristallisée par l'al. 4 de l'article 57 de la Constitution camerounaise du 18 janv. 1996. J. M. KOBILA, *La protection des minorités et des peuples autochtones au Cameroun. Entre reconnaissance interne contrastée et Consécration universelle réaffirmée*, Paris, Dianioa 2009, 295 p.

³ M. DEMEUSE, « La politique de discrimination positive en communauté française de Belgique : une méthode d'attribution des moyens supplémentaires basée sur des indicateurs objectifs », *Cahiers du service de pédagogie expérimentale, Université de liège*, 01. 2001. p. 115.

⁴ Conseil d'Etat, *Rapport public*, 1996 sur *l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 84. Lire également P. ROSANVALLON, *Le nouvel âge des inégalités*, Seuil, 1996, p. 75.

⁵ L. INGBER, « De l'égalité à la dignité en droit : de la forme au contenu », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 1984.

conceptions égalitaires »¹. Elle contribue, en dépit de nombreuses controverses² dont elles font l'objet, à l'effritement des inégalités de droit et à l'enracinement d'une égalité dans les faits³.

De la constitutionnalité du principe d'égalité⁴ se dégage implicitement une égalité de genre. L'égalité qui suppose « l'existence d'un système juridique comportant des normes générales énonçant des distinctions autorisées et celles discriminatoires »⁵, est devenue la pierre angulaire de la jurisprudence constitutionnelle des Etats d'Afrique. Elle concourt à apporter aux victimes d'inégalités naturelles, un traitement compensatoire⁶ et temporaire⁷.

¹ D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Thèse de doctorat, Université de Limoges, novembre 2006, 622 p. (spéc. p. 4).

² F. STASSE, « Pour les discriminations positives », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 119 ; A.-G. SLAMA, « Contre la discrimination positive. La liberté insupportable », *Pouvoirs*, n° 111, 2004.

³ F. MERLIN-SOUCRAMANIEN, « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité du territoire », *RFDA*, 1997, p. 911.

⁴ F. MICLO, « Le principe d'égalité et la Constitutionnalité des lois », *AJDA*, 1982, p. 115.

⁵ T. ATANGANA MALONGUE, « Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 58, n° 3, 2006, p. 835.

⁶ Cf. *Arret Regent of University of California v. Bakke* dans lequel la Cour suprême des Etats-Unis admettait, en 1974, la Constitutionnalité des mesures compensatrices au profit des femmes.

⁷ Cette temporalité est cristallisée par l'article 1§4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations sociales de 1979. Il s'agit des « mesures spéciales prises à seules fin d'assurer [...] le progrès de certains groupes sociaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection [...] dans les conditions d'égalité et ne sont pas considérées comme

Par ailleurs, la discrimination positive contribue à assurer à la femme béninoise une protection et une promotion remarquable et remarquée. A ce sujet, la législation béninoise connaît une densification perceptible. On peut citer la promulgation en décembre 2021 de la loi modifiant et complétant la loi relative à la santé sexuelle et à la reproduction et, la loi portant dispositions spéciales de répression des infractions commises à raison du sexe des personnes et de protection de la femme en République du Bénin¹.

En dépit de leurs diversités, ces ensembles normatifs participent bien que timidement, à la rationalisation ce que le juge constitutionnel malgache a appelé « *les nécessités objectives de l'ordre social* »².

2. *L'objectivation douteuse du genre dans le nouveau constitutionalisme*

En dépit des monographies existantes sur la question, le genre contribue encore timidement et de façon équivoque à la restauration de l'égalité.

des mesures de discrimination sociale, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien des droits distincts pour les groupes sociaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient ».

¹ Cependant avec la coutume africaine en générale et béninoise en particulièrement dominée par le règne du patriarcat, comment confronter ces potentielles discriminations positives avec les réformes constitutionnelles et législatives qui s'en suivent ? Ces évolutions n'ouvrent –elles pas une nouvelle boîte de pandore qui est celle du renforcement de la stigmatisation de la couche féminine ou de la féminisation de l'espace social?

² Selon la Haute Cour constitutionnelle malgache, « la légitimité de la transition est fondée sur les nécessités objectives de l'ordre social ». *Avis n° 02-HCC/AV du 31 juillet 2009 sur l'interprétation de l'article 53 de la Constitution.*

Comme toute science du droit qui a pour mission de contribuer à la construction de ce qu'elle étudie¹, la présente étude se propose d'interroger les mécanismes juridiques et *a-juridiques* permettant de rendre l'égalité de genre saisissable² et stable³. Aussi s'interroge-t-elle sur la pertinence des fondements juridiques visant à garantir cette égalité dans les ordres constitutionnels⁴ considérés comme le creuset mieux le « réceptacle »⁵ d'expression du principe constitutionnel d'égalité. Tout comme la biographie sociale, la biographie *juridique* du genre peut désormais être comprise comme une entreprise de construction de la parité mise en échec par la domination masculine⁶.

Dès lors, il faut partir du postulat selon lequel le principe d'égalité est consacré dans la plupart des Constitutions africaines⁷ qui ne procèdent

¹ C. ATLAS, *Epistémologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 88.

² P. ARDANT, « L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle », *op. cit.* p. 135.

³ P. VOUFFO, « La promotion juridique du genre au Cameroun », *op. cit.* p. 115.

⁴ S. P. KOUAM, « Comprendre les fondements juridiques et historiques de l'égalité de genre et de la participation politique des femmes », in Justine DIFFO TCHUNKAM (dir.), *Genre, Leadership et participation politique au Cameroun (1931-2013). Le Cameroun sur le chemin de la Parité*, 1^{ère} éd. Colorix, 2014, p. 89-107.

⁵ « Réceptacle de la transcendance politique, la loi fondamentale demeure le texte qui parvient à traduire le lien qui unit les citoyens, par-delà les particularismes sociaux, à des valeurs communes par lesquelles ils se reconnaissent et s'identifient (...) ». J. HUMMEL, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, M. HOUDIARD Editeur, 2010, p. 32.

⁶ L. SINDJOUN, *La biographie sociale du sexe... op. cit.*

⁷ Le préambule de la Constitution camerounaise dispose que : « Tous les hommes sont égaux en droits et en devoirs » et en son article 1(2), que la République du Cameroun « assure l'égalité de tous les citoyens devant la loi ». On retrouvera les

aucunement de la distinction qu'opérait Hans Kelsen entre l'égalité devant la loi et l'égalité dans la loi¹. C'est un principe général qui « prescrit la forme la plus générale selon laquelle doit s'établir les rapports réciproques entre l'Etat et la société civile »². La consécration du principe d'égalité vise donc à éliminer toute forme de discrimination dont peut être victime une communauté bien identifiée dans un Etat et empêche la stigmatisation des couches de population vulnérables³.

mêmes dispositions dans les articles 29 de la Constitution algérienne, 26 de la Constitution béninoise, 1^{er} de la Constitution du Burkina Faso, 11 de la Constitution de la République du Congo, 7 de la Constitution sénégalaise, 2 de la Constitution malienne et 21 de la Constitution togolaise.

¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, trad. Eisenmann, 1962, p. 190. Pour l'auteur, par « égalité devant la loi », on entend que « les organes d'application du droit ont le droit de prendre en considération que les distinctions qui sont faites dans les lois à appliquer elles-mêmes, ce qui revient à affirmer tout simplement le principe de la régularité de l'application du droit en générale, principe qui est immanent à tout ordre juridique » et l'« égalité dans la loi » s'adresse au législateur et vise le contenu même de la loi en interdisant de « fonder une différence de traitement sur certaines distinctions très déterminées telles que celles qui ont trait à la race, à la religion, à la classe sociale ou à la fortune ».

² O. JOUANJOUAN, « Egalité », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 585-589, (spec. p. 585) ; G. VEDEL, « Egalité », cité par A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 11, 2004, *La discrimination positive*, p. 55 et s. (spec. p. 69).

³ B. M. METOU, « Autodétermination et principes d'unité et d'indivisibilité de l'Etat en droit constitutionnel des Etats africains francophones », *RRJ*, 2011-2, p. 1003-1031, (spec. p. 1013).

En revanche, l'ancrage constitutionnel du principe d'égalité fait l'objet de nombreuses interrogations, il peine à objectiver l'égalité souhaitée. Il a une vertu et des vices.

Tout d'abord, l'objectivation du genre dans l'ordre social questionne et se questionne à l'aune des problématiques liées à la mutation ou à la transformation sexuelle en Afrique¹ et ailleurs. La détermination du statut juridique d'une transsexuelle opérée et passée d'un sexe masculin au sexe féminin reste un objet pertinent. A ce titre, la Cour européenne des droits de l'homme dans *l'affaire Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, constatera que la non-reconnaissance juridique d'une nouvelle identité sexuelle et du statut juridique des transsexuels à la requérante² qui a subi une conversion sexuelle est une atteinte au principe d'égalité, une violation du droit à la différence et une atteinte à sa dignité humaine³. En clair, il y a violation de ses droits dans *les domaines de l'emploi, de la sécurité sociale et conjugale*.

Ensuite, la jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme relative à la coalition des lesbiennes africaines marque une étape

¹ En Afrique, la pratique n'est pas encore généralisée et relève encore de la marge nationale d'appréciation.

² Ressortissante britannique née en 1973, Christine Goodwin, est une transsexuelle opérée passée du sexe masculin au sexe féminin.

³ Arrêt de grande chambre dans *l'affaire Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, rendu à Strasbourg le 11 juillet 2002 par la CEDH. Selon la Cour, il y a eu violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 12 (droit de se marier et fonder une famille) de la convention européenne des droits de l'homme. La Cour estime qu'on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elles au prix de grandes souffrances. L'Etat défendeur ne peut plus invoquer sa marge d'appréciation en la matière.

supplémentaire dans l'entreprise d'objectivation de la société africaine sous le prisme du genre¹. La coalition en question se présente comme un réseau d'organisations engagées pour l'égalité des lesbiennes en Afrique, le but de ses actions étant de contribuer à la transformation de l'Afrique en un continent dans lequel les femmes, dans toutes leurs diversités, y compris les lesbiennes, jouissent de l'ensemble des droits humains et sont reconnues comme citoyennes à part entière.

Malgré la reconnaissance internationale de leurs actions, la Cour déboutera le Centre et la Coalition dans leurs prétentions, motifs pris de ce que même s'ils sont des organisations africaines au sens de l'article 4(1) du protocole à la Cour africaine², ils ne remplissent pas la deuxième condition nécessaire édictée par cette disposition comme fondement d'une compétence de la Cour, à savoir « être reconnues par l'Union africaine ». Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité, s'opposera à l'avis consultatif qui lui a été demandé³.

Il faut rappeler que si l'organisation puise son fondement juridique de la Constitution sud-africaine⁴, elle s'inspire aussi des précédents

¹ Cour africaine des droits de l'homme, Demande d'avis consultatif introduite par le centre des droits de l'homme de l'Université de Pretoria (CHR) et la coalition des Lesbiennes africaines, 28 septembre 2017.

² Article 4 (1) du protocole relatif à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Ledit article énumère quatre catégories d'entités ayant qualité pour saisir la Cour d'une demande d'avis consultatif, à savoir : *les Etats membres, l'Union africaine, tout organe de l'Union africaine et* « toute organisation africaine reconnue par l'Union africaine ».

³ Cf. paragraphes 57 et 58 de la décision.

⁴ La coalition a été créée en 2003 et enregistrée en Afrique du Sud en tant qu'organisation non gouvernementale dont le secrétariat est basé à Johannesburg. Elle puise son fondement juridique des dispositions du chapitre 2 de la

jurisprudentiels et plus précisément des arrêts de 2005 par lesquels le juge constitutionnel sud-africain invalidait d'une part, la définition hétérosexuelle du mariage et de la famille et procédait à la reconnaissance du droit des homosexuels au mariage¹. D'autre part, dans *l'arrêt Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Others*, le Juge Albie Sachs, dans une décision unanime de la Cour constitutionnelle sud-africaine, déclarait la non-conformité, à la Constitution, de la loi et de la *common law* qui méconnaissent le principe de l'égalité et le droit à l'orientation sexuelle².

Enfin, la plupart des Constitutions des Etats africains consacrent le principe de participation de tous les citoyens aux charges publiques, en « fonction des capacités contributive de chacun »³. Ce principe découle de celui d'égalité des citoyens dont les subtilités de la mise en œuvre ont amené le constituant à nuancer fortement pour prendre en compte la situation sociale et économique de chacun⁴. Mais la recherche effrénée de cette concession manque d'objectivité et peut aussi entraîner l'exhumation

Constitution sud-africaine intitulé « Bill of Rights ». Selon la Constitution, “The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, (...), sexual orientation (...)”.

¹ *Arrêt de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 1^{er} déc. 2005*. Le juge constitutionnel se pose comme un juge des droits de l'homme dans le cadre de l'application des dispositions pertinentes de la Constitution.

² Cour constitutionnelle sud-africaine, *arrêt Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Others* du 11 décembre 2005. D. E. ADOUKI, « Le pouvoir normatif des juridictions constitutionnelles en Afrique », in M. ONDOA et P. E. ABANE (dir.), *Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, *op. cit.*, p. 100.

³ Cf. préambule de la Constitution camerounaise précité.

⁴ B. M. METOU, « Autodétermination et principes d'unité et d'indivisibilité de l'Etat... », *op. cit.*, p. 1013.

de la vieille lune qu'est l'égalité censitaire¹ et donc occasionner une *fracture juridique*² et même sociétale.

La réalisation de cette égalité reste donc un vœu pieux car l'hétérogénéité qui caractérise le couple homme/femme vient fragiliser l'homogénéité souhaitée sous le prisme du genre³. Au bord de cette cosmogonie, la prise en compte enthousiasmée du genre qu'incarne le constitutionalisme contemporain africain fait figure d'interface entre le constitutionalisme démocratique ou démotique et les limbes du droit.

II. Le genre, un objet célébré par le constitutionalisme contemporain

Le genre est au constitutionalisme contemporain ce qu'est le numérique au droit, c'est-à-dire, un objet à ancrage matériel légèrement éprouvé⁴ (A) mais qui connaît un ancrage organique quasiment approuvé (B).

¹ A l'image du *suffrage censitaire*, ou du *vote censitaire* dont l'éligibilité était acquise après paiement du cens, l'égalité censitaire que nous soulignons ici créerait plutôt une hiérarchie et non une égalité entre les citoyens.

² L'expression est du doyen F.-J. AÏVO prenant le contrepied du mimétisme constitutionnel en Afrique. F.-J. AÏVO, in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de M. AHANHANZO-GLELE* Paris, L'Harmattan, 2014, p. 33-46.

³ S. PIERRE-CAPS, « Le conseil constitutionnel et la question du DEMOS », *Mélanges Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 387. Selon l'auteur, et parlant de l'indivisibilité de la souveraineté de l'Etat, « à l'homogénéité d'un peuple politique érigé en principe intangible de la légitimité politique s'oppose l'hétérogénéité d'un peuple sociétal ».

⁴ Décision n°008/CC/22 du 29 août 2022 déclarant contraire à l'article 49 de la Constitution du 30 mars 2016 et nuls les actes de l'exécutif organisant la vente de la nationalité, du sol et du sous-sol centrafricains dans le cadre de l'exécution de la loi n° 22004 du 22 avril 2022 régissant la cryptomonnaie en République

A. L'ancrage matériel éprouvé

Si le genre dans le constitutionnalisme africain contemporain est encore mis à l'épreuve de la modernité, c'est parce qu'il puise son fondement des expressions dont le contenu n'a pas été explicitement décliné par le législateur à l'exemple de la prise en compte des composantes sociologiques d'une part (1), et du réalisme dont souffre encore « le principe constitutionnel d'égalité », d'autre part (2).

1. L'affirmation ambiguë de la prise en compte des composantes sociologiques

L'exigence des composantes sociologiques s'illustre aujourd'hui comme la dorsale normative du contentieux électoral camerounais¹. Son ambiguïté s'explique par le fait qu'en dépit des exigences d'intelligibilité et d'accessibilité² qu'imposent la qualité du droit¹ et la confection de la

Centrafricaine. Par un communiqué de presse du 30 août 2022, le président de la République, tient à rassurer que le projet *Sango* dont le texte de base est conforme à la Constitution reste et demeure la nouvelle structure économique qui ouvre la voie à un avenir numérique, à travers une cryptomonnaie commune et un marché des capitaux intégré.

¹ A.-D. OLINGA, « L'exigence de la prise en compte des composantes sociologiques de la circonscription en droit électoral camerounais », *Juridis Périodique*, n°28, octobre-décembre 1996, p. 67-72.

² *Décision de la Haute cour constitutionnelle malgache de 2015* qui fait du principe d'intelligibilité un objectif de valeur constitutionnel imposable au juge et au législateur, *Décision du 20 juillet 2021 de la cour constitutionnelle sénégalaise* qui fait du principe d'intelligibilité, un objectif de valeur constitutionnelle et une composante de la sécurité juridique. En droit français, l'intelligibilité et l'accessibilité de la norme sont déduites des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration française des droits de l'homme de 1789. Cf. *Décision du*

loi², l'exigence des composantes sociologiques fait encore partie des notions que Jean-Louis Bergel qualifie de *notion à contenu variable, flou, indéterminé*³, ou *d'arme redoutable entre les mains [du juge constitutionnel]*⁴.

En effet, si au regard de certaines décisions, le juge constitutionnel faisant office d'interprétation restrictive⁵ a considéré que l'identité féminine était le criterium nécessaire de validation d'une liste électorale, la question des minorités telles que les handicapés, celle des identités ethniques, linguistiques, culturelles et même cultuelles qui sont aussi des composantes sociologiques, demeure. Il s'agit d'un vrai *casse-tête* pour le juge électoral⁶.

Conseil constitutionnel du 16 décembre 1999 et Décision de la CEDH du 26 avril 1979, Sunday time c. Royaume-Uni.

¹ P. E. ABANE ENGOLO, « La notion de qualité du droit », *RADSP*, vol. 1, 2013, p. 87-110.

² L. A. BOUVIER, *Le Conseil d'Etat et la confection de la loi*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, 148 p ; R. DRAGO, (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005.

³ J.-L. BERGEL, *Méthodes du droit, Théorie général du droit*, 2^{ème} éd. Dalloz, Paris, 1989, p. 109.

⁴ B.-R. GUIMDO, *Le juge administratif camerounais et l'urgence. Recherches sur la place de l'urgence dans le contentieux administratif camerounais*, Thèse en droit public, Université de Yaoundé II, 2004, p. 316.

⁵ Le juge constitutionnel considère cette méthode comme une voie opportune pour combler les lacunes de la Constitution et assurer la continuité de l'Etat. Lire B. KANTE, « Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », in F. Merlin-Soucramanien (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2001, p. 156.

⁶ A. NJIKAM NJIFOTHE, « La notion de composantes sociologiques en droit électoral camerounais », *RADP*, vol. IX, n° 18, 2020, p. 316 ; J. F. KANKEU, « Cameroun-Genre et composantes sociologiques : un casse-tête pour les juges de la Cour suprême », *Le Messager*, Douala, 2013.

Par ailleurs, la notion de composantes sociologiques illustre, dans la loi électorale ce que la doctrine camerounaise qualifie de « sociation affective »¹. Le ton a été donné par la loi n° 91/020 du 16 décembre 1991 fixant les conditions d'élection des députés à l'Assemblée nationale qui dispose à son article 5 alinéa 4 que : « la constitution de chaque liste doit tenir compte des différentes composantes sociologiques de la circonscription »². Cette formule sera reprise par le constituant de 1996 qui aux termes des dispositions de l'article 57 (2) martèle que : « Le Conseil régional doit refléter les différentes composantes sociologiques de la région ... »³.

Cette disposition bien qu'apportant une solution aux nombreuses discriminations dont sont victimes les couches fragilisées et précisément les femmes, a été critiquée par la doctrine togolaise du fait de sa limitation à la seule administration territoriale⁴. Le constituant aurait pu, selon le

¹A. D. OLINGA, *La Constitution de la République du Cameroun*, Yaoundé, PUCAC/TA, 2006, p. 298-299.

² Cf. article 5 alinéa 4 de la loi n° 91/020 du 16 décembre 1991 fixant les conditions d'élection des députés à l'Assemblée nationale. Elle sera modifiée et complétée par les lois n° 97/13 du 19 mars 1997 et n° 2006/009 du 29 décembre 2006 ; n° 92/002 du 14 août 1992 fixant les conditions d'élection des Conseillers municipaux, modifiée et complétée par la loi n° 2006/010 du 19 décembre 2006 ; n° 2006/004 du 14 juillet 2006 fixant le mode d'élection des conseillers régionaux ou encore n° 2006/006 du 14 juillet 2006 fixant les conditions d'élection des sénateurs.

³ Cf. article 57 (2) de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996.

⁴K. AHADZI NONOU, « Remarques sur la Constitution démotique en Afrique noire », in F. J. AÍVO, J. du B. de GAUDUSSON, C. DESOUCHES et J. MAILA, (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie, Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, L'Harmattan, 2020, p. 101-110.

professeur Koffi Ahadzi Nonou, l'étendre aux institutions nationales telles que le gouvernement, le parlement, l'administration générale etc.¹

En outre, même si au regard de l'article 151-3 du Code électoral camerounais, on peut en déduire que l'exigence de la prise en compte *des composantes sociologiques* trouve une certaine sécurité juridique ou tout simplement son « lit de justice »², il faut dire que pour la doctrine camerounaise, « la disposition [relative à la prise en compte des différentes composantes sociologiques dans la constitution des listes de candidats] est complexe et susceptible de poser de sérieux problèmes de mise en œuvre [...] »³.

Son effectuation au plan juridictionnel, cause enfin quelques ambiguïtés d'où la timidité et l'audace qui habitent le juge camerounais. En effet, saisi pour connaître de la non-conformité des listes à l'exigence de la prise en compte des composantes sociologiques dans *l'affaire*

¹ *Ibidem*, p. 107.

² La théorie du « lit de justice » est systématisée par le doyen Vedel et sous-tend l'idée selon laquelle la possibilité d'une révision constitutionnelle peut contrebalancer une censure et servir de caution à l'existence d'un contrôle de Constitutionnalité des lois. G. VEDEL, « Schengen et Maastricht. A propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 », *RFDA*, 1992, p. 173. « Si le juge ne gouverne pas, [dit l'auteur], c'est parce que à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts ».

³ A.-D. OLINGA, *La Constitution de la République du Cameroun*, Yaoundé, PUCAC/TA, 2006, p. 253 et s. ; Du même auteur, « L'exigence de la prise en compte des "composantes sociologiques de la circonscription" en droit électoral camerounais », *Juridis Périodique*, n° 28, oct.-nov.-déc. 1996. Lire utilement D. BISAY BI SOL, *Les difficultés liées à la notion de composantes sociologiques des listes électorales dans les élections locales en droit camerounais*, Mémoire de Master 2, Université de Yaoundé II, 2020, 88 p.

*Enandjoum Bwanga et autres c/ État du Cameroun (MINAT)*¹, le juge dira que la liste du Social Democratic Front (SDF) ne se conforme pas à l'exigence ; que « toutes les tribus ne sont pas représentées notamment les Banéka alors que l'ensemble de la commune a pour ressort territorial la zone rurale du canton banéka ». Par la suite, il se déclarera incompétent pour vice de procédure². Ce manque d'audace se poursuivra dans les *affaires Epale Roger Delore*³, *Ngueyong Moussa*⁴ ou encore *SDF et autres c/ Etat du Cameroun*⁵.

Il faut attendre l'année 2007 pour voir le juge se débarrasser de sa camisole défensive et devenir un véritable gardien de la démocratie électorale au Cameroun. En s'inspirant des dispositions de l'article 189 du Code électoral⁶ selon lesquelles le contentieux des listes ressortit désormais, directement, de la compétence du juge, ce dernier disqualifiera dans *l'affaire Ngoh Ajong Dobgima*⁷, la liste SDF dans laquelle aucun membre de la communauté Bamiléké (Bawocks) ne figurait parmi les 33 conseillers municipaux en compétition. Le juge sous le prisme du principe constitutionnel d'égalité, procède selon la doctrine camerounaise, à la

¹ Jugement n° 39/95-96/CS-CA, 9 mai 1996.

² Il sera évoqué ici le non-respect des dispositions de l'art. 12-2 de la loi du 14 août 1992 fixant les conditions d'élection des conseillers municipaux qui requiert en matière du contentieux des listes, la saisine préalable de la commission communale de supervision des élections.

³ Jugement n° 59/95-96/CS-CA du 18 juillet 1996.

⁴ Jugement n° 60/95-96/CS-CA du 18 juillet 1996.

⁵ Arrêt n° 29/CE du 17 juillet 2002.

⁶ Il y est écrit : « La décision d'acceptation ou de rejet d'une liste de candidats peut faire l'objet d'un recours devant la juridiction administrative compétence par un candidat, le mandataire de la liste intéressée ou de tout autre liste et par tout électeur inscrit sur une liste électorale de la commune concernée ».

⁷ Jugement n° 026/06-07/CE, 12th June 2007.

prise en compte de toutes les communautés nationales dans la constitution des listes y compris celles considérées comme numériquement importantes¹.

2. *La construction continue du « principe constitutionnel d'égalité »*

Le principe constitutionnel d'égalité est par essence constitutionnel² et l'égalité de tous devant la loi sans distinction de sexe est un droit justiciable³.

Les Constitutions africaines en général l'ont confirmé lorsqu'elles assurent l'égalité de tous les citoyens devant la loi⁴. C'est dire qu'au nom de l'égalité, « tous les hommes doivent être équitablement traités par la loi et dans l'application de celle-ci »⁵, ce qui implique qu'ils aient les mêmes droits et les mêmes obligations et pas nécessairement les mêmes devoirs. Le constituant procédera à une consécration duale, c'est-à-dire à une « consécration-énumération ou institution » et, à une « consécration-adhésion ou réception ».

¹ J. MOUANGUE KOBILA, « Droit de la participation politique des minorités et des populations autochtones au Cameroun. L'application de l'exigence constitutionnelle de la prise en compte des composantes sociologiques de la circonscription dans la Constitution des listes de candidats aux élections au Cameroun », *RFDC*, n° 75, 2008, p. 642.

² F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Economica, 1987, p. 221.

³ Décision du Conseil constitutionnel du Sénégal de 2007, *Affaire n°1/C/2007, Mme Aminata Mbengue Ndiaye et autres; requêtes tendant à faire déclarer inconstitutionnelle la loi n°23 /2007 du 27 mars 2007*.

⁴ Article 1(2) de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 révisée.

⁵ A. N. GBAGUIDI, « Égalité des époux, Égalité des enfants et le projet de code de la famille et des personnes du Bénin », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n° spécial, octobre 1995, p. 3.

S'agissant de la *consécration-énumération*, le constituant béninois procède à une construction extensive marquant ainsi une entrée remarquable des droits catégoriels dans le jargon constitutionnel.

En effet, aux termes de l'article 26 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, on peut lire : « L'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale. L'homme et la femme sont égaux en droit ». Cette consécration est assortie d'une discrimination positive en faveur des couches vulnérables tels la femme, l'enfant, les handicapés et les personnes âgées. Aussi précise-t-il : « Toutefois, la loi peut fixer des dispositions spéciales d'amélioration de la représentation du peuple par les femmes. L'Etat protège la famille et particulièrement la mère et l'enfant. Il veille sur les handicapés et les personnes âgées ».

Cette disposition rappelle l'ambivalence qui caractérise le principe d'égalité tel que consacré par le constituant. Ce dernier garantit l'égalité formelle de tous devant la loi et dans la loi et, consacre par la même disposition une discrimination potentielle, manifestation d'une différenciation, d'un traitement inégalitaire même si on peut la ranger dans ce que la doctrine a qualifié de discrimination positive. Ce reflet de l'égalité dans l'absolu réaffirmé entre l'homme et la femme est une manifestation de la représentation matérialiste de l'égalité. Le genre se trouve ainsi sanctuarisé et même sacralisé dans les ordres constitutionnels africains en quête de démocratie participative.

Pour ce qui est de la *consécration-réception*, le principe de l'égalité entre l'homme et la femme se pose et s'impose dans les instruments internationaux¹, régionaux¹ et même communautaires² de protection des droits fondamentaux³.

¹ On se réfère à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations sociales de 1979 qui selon la doctrine camerounaise,

présente l'avantage de démontrer que « les droits préférentiels n'équivalent pas à des privilèges, de confiner la possibilité des différenciations dans ou par la loi dans certaines limites [et de rappeler enfin que] dès que les limites sont franchies, la différenciation devient discriminatoire ». A. MINKOA SHE, « La Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 et la garantie du droit à la différence », in *Organisation internationale de la Francophonie/ The Commonwealth*, Yaoundé, 24-26 janvier 2000, p. 111-121 (spéc. p. 115).

¹ Préambule de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée à Nairobi au Kenya en juin 1981 : les Etats réaffirment « l'engagement qu'ils ont solennellement pris à l'article 2 de la charte, d'éliminer sous toutes ses formes le colonialisme de l'Afrique [...] ». V. articles 2 et 3 du protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme adopté à Maputo en 2003 qui parle de l'« élimination de la discrimination à l'égard des femmes » et du « droit [de la femme] à la dignité humaine ».

² Pour ce qui est de l'encadrement communautaire du principe d'égalité entre les Etats, Le traité CEMAC, dispose en ses articles 4, 5 et 22 que : « Le Etats membres apportent leurs concours à la réalisation des objectifs de la communauté en adoptant toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité » ; Art. 5. « Les Etats membres se consultent en vue de prendre en commun les dispositions nécessaires (...) » ; Art. 22 : « La présidence du Comité Ministérielle est tournante (...) ». Cette égalité est aussi perceptible dans les articles 6 à 8 du Traité modifié de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine. En effet, l'article 6 dispose que « Les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du présent traité [...] sont appliqués dans chaque Etat membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure ».

³ Dans les préambules des Constitutions africaines, il sera courant de retrouver les formules suivantes : « [le peuple] proclame solennellement son attachement aux idéaux, aux droits de l'homme proclamés par la DUDH et dans les différentes conventions relatives aux droits de l'homme régulièrement ratifiées ». Cf. préambule de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 révisée ou encore : « souscrivant à la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948

Cette reconnaissance qui prend naissance dans la charte des Nations unies, notamment en son préambule où le peuple des nations proclame sa foi « dans l'égalité des hommes et des femmes », sera entérinée par les pactes des Nations unies de 1966. Il s'agit de l'article 26 du pacte des Nations unies relatifs aux droits civils et politiques qui dispose que : « (...) A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination, et garantir à toutes les personnes une protection égale contre toute discrimination, notamment (...) de sexe (...) », et du pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui en ses articles 2 al. 2, et 3 prescrit aux Etats de garantir, d'une part, l'exercice des droits y énoncés, « sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe (...) et, d'autre part, « à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels ».

Elle se consolide par le biais de la déclaration universelle des droits de l'homme, reprise par les Constitutions considérées qui disposent que : « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit... ». Il en est de même des dispositions des articles 2 et 3 où on peut lire respectivement : « chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment (...) de sexe » ; « toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi ».

Au plan régional, la charte africaine des droits de l'homme et des peuples énonce, en son article 3 que « toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi » et « (...) ont droit à une égale protection de la loi ». L'article 18, alinéa 3, de la même charte rappelle que « l'État a le devoir de veiller à l'élimination de toutes discriminations contre la

et aux instruments internationaux traitant des problèmes économiques, politiques, sociaux et culturels ». Cf. préambule de la Constitution du Burkina Faso.

femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulé dans les déclarations et conventions internationales ». Elle sera suivie par son protocole et autres instruments connexes.

Le protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes qui s'inspire de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes de 1996, prescrit en son article 2 al. 1 aux Etats « [d'] inscrire dans leur constitution et textes législatifs, si cela n'est pas encore fait, le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, et [d'] en assurer l'application effective ». Cette mesure contribue non seulement à la restauration de l'égalité, mais surtout à la sauvegarde de la dignité humaine de la femme que promeut le protocole en son article 3¹.

Il en est de même de la déclaration solennelle sur l'égalité entre les hommes et les femmes de 2004 dans laquelle les Etats réaffirment leur engagement au principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, tel qu'énoncé dans l'article 4 (1) de l'acte constitutif de l'Union africaine². La charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance adoptée en 2003 se veut plus explicite lorsqu'elle dispose que : « Les Etats parties reconnaissent le rôle vital des femmes dans la promotion et le renforcement de la démocratie », qu'ils « créent les conditions nécessaires pour assurer la participation pleine et entière des femmes aux processus et structures de prise de décision à tous les niveaux, en tant qu'élément essentiel de la promotion et de la protection d'une culture démocratique » ou qu'ils « prennent les mesures susceptibles d'encourager la pleine participation des femmes dans le processus électoral et l'équilibre entre

¹ S. F. SOBZE, *La dignité humaine dans l'ordre juridique africain*, Thèse de doctorat, Université de Yaoundé, 2013, 559 p.

² Préambule de la déclaration solennelle sur l'égalité entre les hommes et les femmes de 2004.

l'homme et la femme dans la représentation à tous les niveaux, y compris au niveau des corps législatifs »¹.

Le constat est simple, au principe d'égalité énoncé de manière générale et disparate dans les textes internationaux sans précision aucune sur le genre, et donc au bénéfice de tous, se conjugue l'égalité du genre explicitement et spécifiquement affirmée². C'est dire que les énoncés qu'ils portent sur le sexe, le genre, ou sur la dichotomie homme/femme renvoient à la même réalité qui est celle de la promotion de l'égalité à travers l'interdiction de toute forme de discrimination. Tout comme le genre, on assistera tantôt à une expression négative du principe d'égalité au travers de l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe, tantôt à une précision de l'égalité entre « l'homme et la femme » dans plusieurs domaines. Cette extension du genre au-delà de l'espace constitutionnel lui accorde une certaine légitimité internationale³ et une justiciabilité interne certaine⁴.

¹ Article 29 al. 1 et 2 de la charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance.

² P. VOUFFO, « La promotion juridique du genre au Cameroun », *op. cit.* p. 116.

³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie générale de l'Etat est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus politicum*, n° 8. 10 ; D. LOCHACK, « Droit des femmes, droits universels », *Hommes et Libertés*, n° 167, 2014, p. 41-43.

⁴ Cour Africaine des droits de l'homme, *Affaire Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa contre l'Etat malien* de 2018. L. BOURGORGUE-LARSEN et G. F. NTWARI, « Chronique de jurisprudence de la cour africaine des droits de l'homme et des peuples (2018) », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 120, 2019, p. 878.

B. L'ancrage organique approuvé

Si l'objet de la constitutionnalisation du genre est de consacrer un élément objectif et matériel garantissant l'égalité, il faut préciser que d'autres organes participent aussi à sa rationalisation. Il s'agit des dispositifs *a-juridictionnels* (1) et juridictionnels (2) qui interviennent tant pour soutenir l'ordre constitutionnel-seul légitime- que pour assurer à l'égalité de genre une garantie juridictionnelle¹.

1. L'institution des organes a-juridictionnels de promotion du genre

L'espace constitutionnel africain est un cadre de promotion de l'égalité de genre. Les institutions juridictionnelles ne pouvant toutes seules assurer une protection efficiente des droits et libertés fondamentaux, l'institutionnalisation des organes « a-juridictionnels »² s'avérait judicieux. Ces organes bien que dépourvus de force contraignante, contribuent, à la promotion, c'est-à-dire à la sensibilisation, à la vulgarisation et non à la vulgarité des instruments garantissant les droits fondamentaux et, donc le principe d'égalité ou l'interdiction des discriminations notamment celles fondées sur le sexe. Ils sont dotés d'une personnalité juridique et jouissent d'une autotomie financière. On peut citer en général le rôle actif joué par les administrations³ et, pour ce qui est du Cameroun, la place de la

¹ M.-J. REDOR, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *Centre de recherche sur les Droits Fondamentaux*, n°2002, p. 93.

² L'expression est empruntée à L. ROULET, « Pratique du tri et de la collégialité dans le cadre des référés-libertés « Covid-19 » : l'écueil d'une « a-justice » administrative ? », *Revue du droit public* - n° 3, 2022, p. 757.

³ Cf. avant-projet de texte portant régime de l'intégration du genre dans les politiques nationales de croissance et de l'emploi qui met l'accent sur les acteurs de la mise en œuvre de l'institutionnalisation du genre et sur la promotion du genre dans l'accès à l'éducation, la formation professionnelle, l'emploi et la santé au Cameroun.

Commission des Droits de l'homme¹ et du *Public Independent Conciliator* dans la construction de l'égalité, considérée par ce dernier comme un instrument de *paix-sociale*.

La Commission a pour fonction principale la promotion et la protection des droits de l'homme et contribue selon les dispositions de l'article 4 de la loi portant création, au développement d'une culture des droits de l'homme fondée sur les idéaux de paix, d'égalité en droit et en devoir. Elle reçoit toute dénonciation portant sur les droits et diligente des requêtes y relatives. A ce titre, elle sensibilise la société sur les problématiques sensibles telles que l'égalité de genre, la surpopulation carcérale et le droit de tous à l'éducation et à la santé. Ses missions s'apparentent mais ne se confondent pas à celles du Défenseur des droits en France², du Médiateur de la république du Sénégal³ ou du Médiateur du Faso⁴ qualifié par le constituant burkinabé d'organe intercesseur gracieux entre l'administration publique et les citoyens⁵. Les décisions prises par ces institutions sont de nature plurielle, certaines ayant un

¹ Née des cendres de la Commission nationale des droits de l'homme et des libertés issue de la loi n° 2004 /16 du 22 juillet 2004, la Commission des droits de l'homme est créée par la loi n° 2019/014 du 19 juillet 2019.

² H. ROSE, « Le défenseur des droits et la protection sociale », *Regards*, vol. 1, n° 47, p. 138.

³ Le 4 octobre 2021, est entré en fonction le nouveau médiateur de la République du Sénégal.

⁴ Cf. Titre XIV bis, de la Constitution du Faso du 2 juin 1991 (loi n° 033-2012/AN du 11 juin 2012-art. 1^{er}). Contrairement aux médiateurs dont la mission est de chercher et de proposer des solutions aux parties, le *Public Independant Conciliator* a pour fonction de concilier les parties en les amenant à trouver de commun accord une solution à leur différend, il est davantage un éclaireur, un aiguilleur. B.-R. GUIMDO DONGMO *op. cit.* p. 98.

⁵ Art. 160-1 de la Constitution du Burkina Faso du 2 juin 1991.

caractère décisive (délibérations), et d'autres, un caractère non décisives (avis et recommandations).

Le *Public Independent Conciliator*¹ dont le champ d'expression est circonscrit aux régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest du Cameroun en raison du régime spécial² qu'elles bénéficient³, est une innovation de la réforme du droit des collectivités territoriales décentralisées⁴ chargé d'examiner et de régler à l'amiable les litiges opposant les usagers à l'administration régionale et communale. Il a pour mission de défendre les droits et libertés dans le cadre des relations entre les citoyens et la région ou les communes de la région.

Il s'agit donc d'une autorité politique en charge de régulation de la société et plus précisément de construction de l'égalité et de lutte contre

¹ Article E367 du Code général des collectivités territoriales décentralisées du Cameroun : « Il est institué auprès des Régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest un Public Independent Conciliator ».

² R. NGANDO S., *L'indivisibilité de l'Etat et revendications identitaires au Cameroun*, Mémoire de DEA de droit public, FSJP/UD, 2005/2006, 158 p. Selon l'auteur, « la reconnaissance d'un statut spécial à certaines régions du Cameroun est née du fait que l'unité nationale était en proie à de nombreuses turbulences ».

³ Art. 62 (2) alinéa 2 de la Constitution du 18 janvier 1996 : « sans préjudice des dispositions prévues au présent titre, la loi peut tenir compte des spécificités de certaines régions dans leurs organisations et leur fonctionnement ». V. aussi l'Article 366 du Code précité où on peut lire : « Les règles relatives à l'administration régionale, conformément aux dispositions des articles 323 et 324 (...), s'appliquent aux régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest. Mais c'est lors du Grand dialogue national (GDN) tenu en 2019, que les recommandations ont été faites relativement à l'instauration d'un statut spécial pour certaines régions notamment celles de la partie anglophone.

⁴ S. ALIYOU, « La réforme du droit des collectivités territoriales décentralisées au Cameroun », *Revue Africaine et Malgache de Recherches Scientifiques*, n° 2 juillet 2020, p. 122.

les discriminations au sein de la population anglophone¹. Il est tenu « de concevoir et de mettre en œuvre les mesures de prévention et de lutte contre les discriminations, directes ou indirectes dont pourraient être victimes les usagers des services régionaux et communaux »². A ce titre, il peut être saisi par toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte, prohibée par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par le Cameroun. Il n'est pas un organe détenteur d'un pouvoir de décision³ mais davantage un *aiguilleur*⁴.

Les organes *a-juridictionnels* de protection des droits de l'homme ne prennent pas des actes décisifs, mais leurs recommandations peuvent positivement influencer les autorités politiques et judiciaires dans leur prise de décisions. Ils sont bien garants de l'égalité ou de l'interdiction de toutes formes de discrimination même celles portant sur le sexe.

Dès lors, en attendant de devenir les gardiens de la promesse d'égalité entre l'homme et la femme, les juges constitutionnels sont des garants de l'enracinement progressif du genre dans les ordres constitutionnels africains. C'est dans cette tension entre les consécutions constitutionnelles latentes du droit à l'égalité et la montée en puissance

¹ A.-D. OLINGA, « La « question anglophone » dans le Cameroun d'aujourd'hui », *RJPIC*, n° 3, octobre-décembre, 1994, p. 292-308.

² *Ibid.* Article E367 (3).

³ B.-R. GUIMDO DONGMO « La région en droit public camerounais : Quel « janus » juridique ? », *Juridis périodique*, n°129, janvier-février-mars 2022, p. 90-98.

⁴ L'expression est empruntée à L. FAVOREU, « Le pouvoir constituant et le juge constitutionnel », *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 135.

du rôle du juge dans l'espace constitutionnel que se justifie la consolidation décisive et non de *Sisyphé*¹ du genre.

2. *L'émancipation des organes juridictionnels de protection du genre*

« L'impact du pouvoir exercé par les juges constitutionnels n'a rien d'automatique. Il découle d'efforts, parfois de haute lutte, de leur part ».² la garantie juridictionnelle de l'égalité de genre dans l'espace constitutionnel africain en est une illustration parfaite, elle est l'œuvre de l'office offensif des juges constitutionnels africains.

La doctrine se veut plus explicite lorsqu'elle rappelle que : « la protection de l'égalité et de la non-discrimination par le juge constitutionnel recouvre plusieurs matières : tantôt, il s'agit de protéger l'égalité contre la parité, tantôt il s'agit de protéger l'égalité en refusant les discriminations faites aux homosexuels, tantôt il s'agit de protéger l'égal accès des citoyens au juge »³.

A ce titre, l'ordre juridictionnel béninois se présente comme le terrain de prédilection et même de prédication⁴ en raison des décisions audacieuses dégagées par son juge constitutionnel. Cette (r)évolution judiciaire est l'œuvre de la conférence des forces de la Nation, sorte

¹ Tirée de la mythologie grecque, *le mythe de Sisyphé* est un essai d'Albert CAMUS faisant partie du « cycle de l'absurde ».

² G. TUSSEAU, « Le pouvoir des juges constitutionnels », i, M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 3, *Suprématie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p. 108.

³ L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, *op. cit.*, p. 430.

⁴ En effet, la célébration de la liberté, de l'égalité avait imprégné les travaux de la conférence nationale comme un mouvement de fond auquel le vaudou béninois n'a pu rester indifférent.

« d'états généraux de la démocratie »¹ convoquée en février 1990 pour guérir le Bénin de près de deux décennies de négation des droits humains². Sa participation à la recherche de l'égalité ou à la conservation des acquis constitutionnels³ justifie sa qualification par la doctrine africaniste et d' « élève au-dessus de la moyenne »⁴, de juge qui en fait trop ou qui est en « distanciation [...] avec la constitution »⁵ ou, et plus grave encore, qui peut être passible d'un « excès de pouvoir juridictionnel »⁶.

¹ A. BOURGI, « Les Etats généraux de la démocratie, *Jeune Afrique*, n° 1591 du 26 juillet 1991, p. 26-27.

² F.-J. AÍVO, « Contribution à l'étude de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. *op. cit.* p. 9.

³ D. KOKOROKO, « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques. Les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », *RBSJA*, n° 18, 2007, p. 98.

⁴ A. B. FALL, « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du Constitutionalisme africain ? », in *La Constitution béninoise du 11 déc. 1990 : un modèle pour l'Afrique? Mélanges en l'honneur de M. Ahanhanzo-Glele* Paris, L'Harmattan, 2014, p. 717-728 et J. L. ATANGANA AMOUGOU, « La Cour constitutionnelle du Bénin comme modèle de justice constitutionnelle en Afrique ? » in *La Constitution béninoise du 11 dec. 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur A-Glele, op. cit.* p. 647-660.

⁵ D. GNAMOU, « La cour constitutionnelle en fait-elle trop ? », in *La Constitution béninoise du 11 déc. 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de M. A. Glélé, op. cit.* p. 704-714. Pour la doctrine française sur la question, lire P. BLACHER, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, 2003/2, n° 105, 37 p ; R. BADINTER, « L'exception française de trop », *Le monde*, 2021, p. 9-17.

⁶ F.-J. AÍVO « Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois, Paris, L'Harmattan, 2012, 420 p ; C. MONEMBOU, « De "l'excès de pouvoir juridictionnel" en Afrique noire francophone. Réflexion à

Les décisions qu'il importe de présenter dans cette étude attestent de ce que l'Etat de droit judiciaire a vu son état¹ amélioré dans l'ordre constitutionnel béninois, ou tout au moins, démit de l'arlésien² qui le caractérisait. Elles participent à « l'émancipation de la femme béninoise [par le canal du juge constitutionnel] »³.

En effet, saisie d'une requête contestant l'ouverture du test de recrutement à la douane aux seuls agents du ministère des finances, la Cour conclura que : « la limitation aux seuls agents en service dans un département ministériel de l'accès à un test de recrutement dans la fonction publique est une mesure discriminatoire »⁴. La condamnation de tout acte discriminatoire deviendra par la suite un objectif de sa politique jurisprudentielle.

Dans l'affaire de la radiation des élèves agents des forces de sécurité publique, le juge rappelle que « l'égalité résultant des dispositions de l'article 26 alinéa 1^{er} de la Constitution doit s'analyser comme une règle selon laquelle les personnes relevant de la même catégorie doivent être soumises au même traitement sans discrimination »⁵. Dans la décision

partir des décisions récentes des juridictions constitutionnelles du Gabon et de Madagascar », in F. J. AIVO, J. du B. de GAUDUSSON, C. DESOUCHES et J. MAILA, (dir.), *Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, op. cit. p. 716-810.

¹ E. KENFACK TEMFACK, « L'état du droit en Afrique : maux et mots de la Constitution », *RASJ*, n° 2, 2016, p. 267- 301.

² J. F. WANDJI. K. « L'Etat de droit en Afrique : l'arlésien ? », *Revue de la recherche juridique Droit prospectif, (RRJ)*, AIX-Marseille, *Puam*, 2013, n°2, p. 1001-1036.

³ S. BOLLE, « L'émancipation de la femme béninoise par la Constitution ? », *La Voix de l'intégration juridique et judiciaire africaine*, 2005, nos 5 & 6, p. 6.

⁴ *Décision DCC 18-94 du 03 juin 1994.*

⁵ *Décision DCC 96 -025 du 2 mai 1996.*

DCC 0001-058 du 27 juin 2001, la Cour soutiendra que la décision du ministre de l'Education nationale d'accorder à un fonctionnaire l'autorisation de concourir en refusant cette autorisation à un autre fonctionnaire, alors que les deux appartiennent à la même catégorie professionnelle doit être considérée comme discriminatoire. En revanche, l'omission du nom d'une requérante par le secrétaire général du ministre du Cadre de vie et du Développement durable au titre du reversement des agents contractuels de l'Etat dans le cadre du processus engagé en 2008 ne constitue pas un traitement discriminatoire¹.

Il faut par ailleurs observer que loin de promouvoir l'égalité, le juge constitutionnel béninois à travers sa fonction de régulation², s'est érigé en gardien incontesté de l'approche genre. C'est ce que nous révèlent les décisions « polygamie »³ du 23 décembre 2002 et « adultère »⁴ du 30 juillet 2009.

Le juge se livre à une motivation provoquante pour la protection du genre. En effet, en opérant le contrôle de constitutionnalité du Code des

¹ *Décision DCC 22-232 du 24 juin 2022*. Le dossier de Mme Brigitte Séna DJOSSA relève des cas d'omission qui seront examinés en commission. Il n'y a donc pas selon la Cour violation de l'article 26 de la Constitution.

² R. DOSSOU, « La fonction régulatrice des juridictions constitutionnelles africaines, le cas du Bénin », in *Mélanges en l'honneur de M. A. Glélé, op. cit.* p ; N. MEDE, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Année 2008, 23-2007, p. 45-66.

³ *Décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002*. Pour la doctrine, il s'agit d'une « déclaration d'inconstitutionnalité la plus spectaculaire [qui] frappe la polygamie, déclarée contraire à l'égalité entre l'homme et la femme » S. BOLLE, « L'émancipation de la femme béninoise par la Constitution ? », *La Voix de l'intégration juridique et judiciaire africaine*, 2005, nos 5 & 6, p. 1).

⁴ *Décision DCC 09-081 du 30 juillet 2009*.

personnes et de la famille, la Cour, sur le fondement de l'article 26 de la Constitution¹, rappelle aux parlementaires ce qui suit : « il y a traitement inégal entre l'homme et la femme en ce que l'option prévue au 5^{ème} tiret de l'article 74 permet à l'homme d'être polygame, alors que la femme ne peut être que monogame [...] il découle de tout ce qui précède que l'article 74 sous examen est contraire à la Constitution ». Cette décision fera l'objet de sévères critiques de la part de la doctrine conservatrice qui pense que bien que concourant à la préservation des principes constitutionnalisés, la décision de la Cour se trouve en décalage avec les us et coutumes des béninois, « elle sonne comme une provocation du juge, un gros pavé jeté dans le jardin non pas seulement des parlementaires, mais aussi d'une société renvoyée à ses paradoxes »².

Le juge enfoncera le clou en 2009 dans la décision « adultère » par laquelle elle censure les articles 336³ et 339⁴ du Code pénal réprimant l'adultère et l'abandon du domicile conjugal.

¹ Art. 26 de la Constitution : « L'homme et la femme sont égaux en droit. L'Etat protège la famille et particulièrement la mère et l'enfant. Il veille sur les handicapés et les personnes âgées ».

² F.-J. AÍVO, « Contribution à l'étude de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. *op. cit.* p. 15.

³ « L'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari ; cette faculté même cessera s'il est dans le cas prévu par l'article 339 ».

⁴ « Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme sera puni d'une amende de 24000 francs à 480 000 francs. Toutefois, en cas de mariage célébré selon la coutume locale, les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux citoyens ayant conservé leur statut particulier à l'exception de ceux d'entre eux qui auront renoncé à la polygamie coutumière, soit par un acte spécial, soit à l'occasion de leur mariage lorsque celui-ci aura été célébré selon le code civil ».

Il poursuivra cette audace au besoin par un revirement de sa propre jurisprudence rendue en 2004¹, en luttant contre les inégalités entre l'homme et la femme dans les effets familiaux du nom par une décision relative au recours en inconstitutionnalité contre les articles 6 et 12 de la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille en République du Bénin². La requérante reprochait à l'article 6 du Code suscité de rompre l'égalité entre les sexes, par le fait que l'homme et la femme, placés dans les mêmes situations, n'avaient pas les mêmes facultés en matière de transmission du nom de famille³. D'autre part, elle critiquait l'article 12 du même Code, pour rupture de l'égalité entre l'homme et la femme, du fait de l'instauration du port du nom conjugal à l'endroit de l'épouse, mais non de l'époux ou à la charge réciproque des époux⁴. Les dispositions similaires existent dans le Code des personnes et de la famille des Etats africains⁵.

¹ *DCC n° 04-083 du 20 août 2004*. La Cour constitutionnelle béninoise revient sur la constitutionnalité d'une loi qu'elle a préalablement déclarée conforme.

² A. DABO, « L'inégalité entre l'homme et la femme dans les effets familiaux du nom récusée par la Cour constitutionnelle béninoise. *Décision de la Cour constitutionnelle n° 21-269 du 21 octobre 2021* », *Afrilex*, 2022, 23 p, <http://afrilex.u-bordeaux.fr>, consulté le 5 novembre 2021.

³ Selon le texte, « La femme mariée garde son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari. Il en va de même pour la veuve jusqu'à son mariage.

⁴ En droit français le port bilatéral du nom conjugal est consacré depuis 2004 par les lois n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce (art. 264 du Code civil français) et n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (art. 225-1 du même code).

⁵ Le Code des personnes et de la famille burkinabé de 1990 conserve des dispositions contradictoires aux valeurs constitutionnelles (l'option de polygamie [art. 257], le principe de la dévolution du nom du père à l'enfant [art. 36 sq], la priorité de l'homme dans le choix du domicile conjugal [art. 294].

Le recours y relatif a été accueilli par la Cour constitutionnelle béninoise, au nom du « même droit de contracter mariage » pour l'homme et la femme¹. C'est donc l'inégalité des sexes dans la transmission du nom familial à l'enfant qui constitue l'un des motifs ayant conduit à la saisine du juge. La Cour constitutionnelle conclura à l'inconstitutionnalité de l'inégalité des sexes dans la transmission du nom parental, de même qu'à celle de leur inégalité dans le port du nom conjugal², d'où la révision de la législation incriminée³.

Le juge constitutionnel béninois s'inscrit à travers cette main ferme, en défenseur engagé contre les inégalités et les traitements inhumains et dégradants⁴. C'est presque le même raisonnement de la part de la Cour constitutionnelle sud-africaine qui, dans l'arrêt du 4 mars 2004, *Khosa and Another v. Minister of Social Development and Others, Malhaute and another v. Minister of Social Development*, décidait d'étendre aux étrangers, résidents permanents en République sud-africaine, les prestations sociales accordées aux citoyens sud-africains, sur le fondement du principe d'égalité. Et, dans l'arrêt du 19 février 2009, *Hassan v. Jacobs Ns and Others*, la Cour constitutionnelle choisissait de légaliser la polygamie au motif que la loi doit être lue comme visant aussi bien l'époux que les épouses.

Ces décisions en dépit de leurs célébrités, seront contrariées par la Cour suprême des Etats-Unis dans sa décision du 24 juin 2022. Ce dernier,

¹ G. BADET, « Avant-propos », *op. cit.*, p. 4.

² A. DABO, « L'inégalité entre l'homme et la femme dans les effets familiaux du nom (...) », *op. cit.* p. 5.

³ Lire conjointement la décision de la Cour constitutionnelle (DCC) n° 21-269 du 21 oct. 2021 et la loi n° 2021-13 du 21 octobre 2021 modifiant et complétant la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille en République du Bénin.

⁴ Décisions DCC 98-100 du 23 déc. 1998 ; DCC 02-014 du 19 fév. 2002 ; DCC 04-013 du 8 janv. 2004.

par un revirement historique, va annuler l'arrêt *Roe vs Wade*¹ relatif au droit constitutionnel de la femme à l'avortement, ouvrant ainsi la voie à des Etats individuels pour interdire ou restreindre sévèrement la possibilité pour les femmes enceintes de se faire avorter².

Ces décisions deux poids deux mesures, remettent sous les feux du projecteur la problématique de l'universalité des droits subjectifs³, celle de son caractère obligatoire et surtout le sort réservé à l'*effet cliquet*⁴ comme mécanisme constitutionnel de sauvegarde des droits acquis⁵. La Constitution ayant surtout pour fonction la protection des individus contre une intervention arbitraire de l'Etat qui aurait pour conséquence une modification défavorable de sa situation juridique, de restreindre les

¹ Il s'agit d'une décision historique rendue par la Cour suprême des Etats-Unis en 1973 sur la question de la Constitutionnalité des lois qui criminalisent ou restreignent l'accès à l'avortement.

² Dans l'affaire *Roe vs Wade*, la Cour avait statué que les femmes enceintes avaient droit à un avortement pendant les trois premiers mois de leur grossesse, tout en autorisant des restrictions et des interdictions légales au cours des deuxièmes et troisièmes trimestres

³ S. SOBZE, « Les usages du droit en Afrique à l'épreuve de l'universalité des droits fondamentaux », RASJ, n° 1/2016, l'Harmattan, p. 297-327.

⁴ L'effet cliquet ou effet de cliquet est un phénomène ou procédé énoncé par James Duesenberry dans *Income, Saving and the Theory Consumer Behavior* (1949), qui empêche le retour en arrière d'un processus une fois un certain stade dépassé.

⁵ P. TULEJA et K. WOJTYCEK, « La protection des droits acquis élément constitutif de l'Etat de droit ? Remarques sur la jurisprudence constitutionnelle polonaise », *RIDC*, 1995, 47-3, p. 737-762. Selon les auteurs, à travers le principe de protection des droits acquis, le législateur ainsi que les autres pouvoirs publics ne peuvent pas retirer ou limiter arbitrairement un droit subjectif de l'individu ou une « *expectative* » de droit. p. 737 ; P. A. COTE, *Le juge et les droits acquis en droit public canadien*, *Les Cahiers de droit*, vol. 30 n°2, 1989, 437 p.

possibilités du retrait ou de la limitation d'un droit subjectif qu'il soit acquis *in concreto* ou *in abstracto*.

Sous le prisme du genre, le contentieux constitutionnel africain s'offre ainsi un nouveau visage¹, un passage du formalisme au réalisme², puis à l'effectivité³. Le juge constitutionnel sénégalais est parvenu à la même conclusion lorsqu'il énonce que « la qualité de citoyen [...] est indivisible [...], la loi qui impose une distinction entre candidats en raison de leur sexe est contraire à la Constitution⁴ ». En rejoignant le juge constitutionnel français dans une vieille décision de 1982⁵, il rappelle que toute

¹ G. DRAGO, « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel », *RFDC*, Vol. 84 (4), 2010, p. 751-760.

² Sur la théorie, lire M. TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Le droit et la nécessité*, PUF, coll. « Léviathan », 2011, p. 189. La théorie réaliste, écrit de même Michel TROPER, consiste en une description du « droit tel qu'il est "réellement" », c'est-à-dire le produit non des énoncés textuels, mais des différentes interprétations qu'en font les « acteurs du système juridique ». Lire utilement Élisabeth ZOLLER, « Le réalisme dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des Etats-Unis », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 22-2007, p. 185. (Dossier : le réalisme en droit constitutionnel) - Juin 2007.

² J.-Chr. Le COUSTUMER, « TROPER Michel », in O. CAYLA et al. (dir.) : *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz,

³ A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, n° 52, 2003. 26 p.

⁴ Décision SEN-7/2007 du 27 avril 2007 relative à l'inconstitutionnalité de la loi n° 23/2007 du 27 mars 2007 modifiant l'article L 146 du Code électoral et instituant la parité dans la Constitution des listes au scrutin de représentation proportionnelle pour les élections législatives (*Cons.* 5).

⁵ Décision du Conseil constitutionnel, n°82-146 du 18 nov. 1982 dans laquelle le juge déclarait contraires à la Constitution, les dispositions de l'article L260 bis du code électoral parce qu'elles constituent une distinction entre candidats en raison

discrimination fondée sur le sexe constitue une dérogation au principe à valeur constitutionnelle d'égal accès au pouvoir et aux emplois publics.

On en infère que « pas à pas, petit à petit, par touches successives, lentement mais sûrement, discrètement voire subrepticement »¹, la prise en compte du genre s'inscrit dans le réalisme qu'incarne le nouveau constitutionalisme africain. Et la doctrine de le confirmer : « L'idée fondamentale qui [...] constitue le socle [du réalisme juridique] est que les décisions des juges [...], ne sont pas le résultat d'opérations de pure logique, mais le produit des « leçons de l'expérience » [...], le produit des nécessités pressantes du moment »².

Conclusion

La Constitution n'est certainement pas une « tente dressée pour le sommeil » comme le ravisait Royer Collard³. La réflexion relative au genre aurait permis de « jauger les constitutions »⁴ africaines sur leur adaptabilité à la société moderne en quête de parité et d'équité et sur leur

de leur sexe alors que les catégories d'électeurs et d'éligibles ne sont pas divisibles. Lire L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle*, *op.cit.* p. 432.

¹ M. A. COHE NDET, « La collégialité des juridictions, Un principe en voie de disparition ? » *RFDC*, 2006/4 n°68, p. 713-735.

² É. ZOLLER « Le réalisme dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 22-2007, p. 216.

³ Cité par J. WALINE, « Les révisions de la Constitution de 1958 », in *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant*, Paris, 1999, p. 235.

⁴M. BLEOU, « La Constitution et les crises en Afrique : la Constitution jaugée », in A. SALL et I. M. FALL, *Actualités du droit public et de la science politique en Afrique, Mélanges en l'honneur de Babacar Kanté*, Dakar, L'Harmattan, 2017, p. 59-72.

conformité au « principe constitutionnel d'égalité » qui insuffle au droit constitutionnel sa dynamique. Elle permet de mesurer la capacité et même la résilience de la doctrine et des juges constitutionnels africains à inventer le réel¹, à mettre en œuvre la « dialectique de l'instituant et de l'institué »². Le genre n'est donc plus un mot qui sent la poudre ni un artifice mouillé³, mais un stimulateur des facteurs tels que l'égalité, le respect de l'intimité et des normes de genre⁴, la justice et la parité qui sont des « instruments privilégiés de l'édification de l'Etat de droit »⁵. Il est donc plus que nécessaire d'adapter les Constitutions africaines aux transformations de la société, aux exigences de la modernité constitutionnelle, car ne pas changer la Constitution sous prétexte de conserver sa sacralité, c'est affirmer sa *myopie constitutionnelle*⁶, et « [s'] engager à n'être plus un homme »⁷. La Constitution qu'elle soit matérielle ou

¹ B. EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel*, Paris, Ed. Hermann, coll. « Le Bel Aujourd'hui », 2007, p. 96.

² F. OST, *op.cit.* p.180.

³ R. PONSARD, « Question de principe sur "l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel": normativité et pragmatisme », *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2010, p. 43.

⁴ F. HERGON, « Contrôle de l'intimité et normes de genre : la qualification d'un comportement suspect et sa contestation dans le cadre de perquisitions et d'assignations à résidence pendant l'état d'urgence », *Genre, sexualité & société* [En ligne], 26 | Automne 2021, consulté le 23 août 2022, 20 p.

⁵ Th. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », in *Pouvoirs* n° 129, 2009, p.101-114 ; Lire utilement J. RIVERO, « Etat de droit et état de droit », in *Mélange BRAIBANT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 609.

⁶ A. ONDOUA, « La population en droit constitutionnel. Le cas des pays d'Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, n° 242, 2012, p. 87- 97.

⁷ J. GOTTLIEB FICHTE, *Considérations [...] sur la Révolution française*, 1794. On se souvient de cette formule sibylline et riche de l'auteur prononcée en 1794 :

formelle n'est plus qu'un ensemble de règles qui organisent la vie en société, elle est davantage une politique qui a réussie. L'étude sur le genre s'inscrit dans cette dynamique, elle contribue à donner corps et sens à l'égalisation des sexes en matière juridique et à la protection de l'intégrité physique de la femme¹.

Le genre est au constitutionalisme africain ce qu'est le peuple à la représentation démocratique, c'est-à-dire un [objet] impérieux et insaisissable². Plongeant donc ses racines dans le terreau du mythe, *le principe constitutionnel d'égalité de genre* en retire son aura sacrée. Sa prise en compte postule l'existence d'un discours et d'une pensée mythique situées au fondement de l'ordre juridique³ et de l'institution étatique. Son étude aurait permis de se départir d'une *égalité naturée* encore introuvable, pour une *égalité juridique* plus saisissable et propulsée par les nécessités du droit. Ce n'est qu'à cette condition que le genre peut contribuer à une meilleure compréhension des rapports qu'entretient le droit avec les faits

« Dire je m'engage à ne jamais rien changer ni laisser changer dans cette Constitution politique, reviendrait à dire : je m'engage à n'être plus un homme ».

¹ B.-R. GUIMDO et A.-D. OLINGA, « L'Afrique et la lutte contre les pratiques traditionnelles relatives à l'intégrité physique de la femme et de l'enfant », in *Cahier n°7 de l'institut de Droit européen des droits de l'homme, Université de Montpellier I*, 1999, p. 58-77 ; A. RAULIN, *Femme en cause. Mutilation sexuelle des fillettes africaine en France aujourd'hui*, Collection Recherches, Centre Fédéral, Paris, 1987, 231 p.

² P. ROSANVALLON, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, 1998, p. 12. L'auteur disait : « Le peuple est un maître qui est à la fois impérieux et insaisissable ».

³ S. GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridiques*, Paris, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 1992, p. 371.

et que le droit constitutionnel contemporain peut participer à « façonner des identités "genrées" malgré son apparente neutralité »¹.

¹ C. ACHIN, L. BERENI, (dir.), *Dictionnaire genre & sciences politiques - concepts, objets, problèmes*, Presses de Sciences Po, 2013.

**LE MARRONNAGE DES TRAVAILLEURS ENGAGÉS DANS LES
ANCIENNES COLONIES FRANÇAISES (1850-1900)**

**Abdramane TRAORÉ,
docteur en histoire du droit et des institutions
attaché temporaire d'enseignement et de recherche
Université Sorbonne Paris Nord
chercheur associé au laboratoire d'études et de recherche en
droit, décentralisation et développement local (USJPB)**

Depuis quelques années, de plus en plus de chercheurs de tous horizons ont réalisé des études sur l'engagisme (*coolie-trade* en anglais). Ces recherches se sont, cependant, rarement intéressées -de façon précise- à la question du marronnage des engagés¹. Pourtant, comme pour les

¹ Pour l'étude du marronnage des engagés voir Martine FABRE, « Le juge et la « désertion » de l'engagé en Indochine « Accommodez-vous de moi. Je ne m'accommode pas de vous ! », *Le juge et l'outre-mer, (tome 4), Le royaume d'Aiétès produire de l'ordre*, Bernard DURAND, Martine FABRE (dir.), Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2008, p. 95-124 ; Dominique TAURISSON-MOURET, « Du bulletin de police criminelle à la réalité du travail en Indochine (1870-1930) : fuite et rapports de force », *Actes du colloque : L'engagisme dans les colonies européennes. Résistances et mémoire(s), XIX^e-XXI^e siècles, 20-21 octobre 2016* (à paraître) ; Céline FLORY, *De l'esclavage à la liberté forcée*,

esclaves, le marronnage (acte de fuite) a été largement pratiqué, surtout durant le second empire colonial (XIX^e-XX^e siècles), par les travailleurs engagés. Si le phénomène est fréquemment dénoncé par les planteurs indochinois, au XX^e siècle¹, dans les anciennes colonies, c'est surtout entre 1850 et 1900 qu'il a suscité de nombreuses réactions de la part des propriétaires et de l'administration².

histoire des travailleurs africains engagés dans la Caraïbe française au XIX^e siècle, Paris, Karthala-Société des Africanistes, 2015, p. 313-347.

¹ Voir à ce propos Eric PANTHOU, *Les plantations Michelin au Viêt-Nam*, Vertaizon, éd. la Galipote, 2013, p. 288.

² En 1857, dans une lettre adressée au ministre de la marine et des colonies, le gouverneur de la Guyane française se montre très préoccupé par des fréquentes évasions troublant l'ordre public dans la colonie (ANOM GUY 52/10 : Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre de la marine et des colonies, Cayenne 17 avril 1857). En Guadeloupe, en 1859, le commissaire de l'immigration fait état de l'arrestation par la gendarmerie d'un grand nombre d'engagés indiens en état de marronnage pour le seul mois de mai (ANOM GUA 180/1116 : Rapport du commissaire de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur, Pointe-à-Pitre, 7 juin 1859). En 1862, le commissaire de l'immigration de la Martinique écrit dans son rapport que le marronnage, qui est commun aux trois catégories d'immigrants (Africains, Chinois et Indiens), est la plaie de l'immigration (ANOM MAR130/1170 : Rapport du Commissaire de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur sur le 1^{er} trimestre 1862). La même année, à la Réunion, on dénombre 114 marrons pour 12 450 engagés employés dans 244 établissements. Enfin, en 1866, à Saint-Paul, c'est 2,8% de l'effectif des immigrants qui est concerné par le marronnage (Michèle MARIMOUTOU, *Les engagés du sucre*, La réunion, Éditions du Tramail, 1989, p. 146-147). Ces quelques indications suffisent à donner une idée sur l'importance du marronnage chez les travailleurs engagés dans les colonies de plantation entre 1850 et 1900.

L'expression marron dérive de « cimarrón », signifiant en espagnol le retour à la vie sauvage des animaux domestiqués¹. Aux temps de l'esclavage, suivant Delabarre de Nanteuil, on désigne par le terme marron l'esclave qui abandonne l'atelier de son maître pour se cacher dans les bois ou dans les montagnes ; souvent il change simplement de commune². Le mot marronnage sera également employé pour désigner la fuite des travailleurs engagés dans les colonies de plantation (Guadeloupe, Guyane, Martinique et la Réunion). Pour ces derniers, on utilisera aussi les expressions évasion, désertion, voire vagabondage.

Les travailleurs engagés ou « coolies » sont des individus venus principalement d'Afrique et d'Asie et qui, sur la base d'un contrat d'engagement, signé avant l'embarquement, louent leur force de travail pendant un temps bien déterminé (trois, cinq ou sept ans généralement). Ce contrat, qui les lie à leur engageur, prévoit des droits et des obligations réciproques. Très déséquilibré en faveur de l'engageur, il est aussi un moyen pour ce dernier de tromper l'engagé, considéré comme naïf.

La nécessité de faire appel massivement aux engagés s'est ressentie à la suite de la suppression de la traite et de l'émancipation des esclaves qui ont posé, avec acuité, la question de la main-d'œuvre. Pour apporter une solution à cette question, vitale dans le cadre d'un système d'exploitation coloniale, les colonisateurs anglais, français, hollandais, portugais, mettent en place le système d'engagisme³ qui succède ainsi à l'esclavagisme¹.

¹ Rafael LUCAS, « Makandal : personnage historique haïtien, entre mythe et histoire », *Revue d'histoire haïtienne*, n° 1, p. 15- 27, p. 16, note 1.

² Auguste DELABARRE DE NANTEUIL, *Législation de l'île de la Réunion*, tome 3, Paris, Pennaud éd, 1861-1863, p. 500

³ Voir Virginie CHAILLOU-ATROUS, « L'engagisme dans les colonies européennes au XIX^e siècle », *Encyclopédie d'histoire numérique de l'Europe*,

Dans les anciennes colonies françaises, la cloison entre les engagés et ceux qu'ils remplacent, c'est-à-dire les esclaves, n'est pas, cependant, étanche². D'une part, la législation élaborée pour régir l'engagement des migrants les place dans un très grand lien de subordination par rapport aux engagistes. Selon le décret du 13 février 1852, qui organise le droit du travail à la Réunion, en Martinique, en Guadeloupe, et en Guyane, « l'engagé subira, pour chaque jour d'absence ou de cessation de travail sans motif légitime, indépendamment de la privation de salaire pour cette journée, la retenue d'une seconde journée de salaire à titre de dommages-intérêts. ». S'il fait l'objet de retenue trois fois au cours de trois mois, il est

mis en ligne le 22/06/20 : <https://ehne.fr/fr/encyclopedie/thematiques/l'europe-et-le-monde/travail-et-migrations-forcés-dans-les-colonies-européennes/l'engagisme-dans-les-colonies-européennes-au-xixe-siècle>, consulté le 31/07/2022.

¹ Il importe de préciser cependant que l'engagisme, qui n'a pas fonctionné de la même façon dans toutes les colonies françaises, n'est pas apparu après l'abolition de l'esclavage, il est par exemple présent dès le début de la colonisation des Mascareignes (Maurice, Réunion et Rodrigues). On y recourait énormément pour l'artisanat (des artisans) et pour des activités bien précises (ouvriers spécialisés). On y recourait aussi pour les plantations, mais à un degré moindre. C'est à partir du XVII^e-XVIII^e siècle, lorsque l'esclavage devient le socle de l'économie des îles que le nombre des engagés décline. Ho Hai Quang, *Esclavagisme et engagisme à la Réunion*, Maurice, Poisson rouge, 2016, p. 139.

² Jean-Régis RAMSAMY, « L'esclavagisme et l'engagisme indien : les deux faces d'une même pièce ? », *Travaux & documents* n° 56, *Différences et similitude entre engagisme et esclavagisme dans les anciennes colonies de l'océan indien*, Université de la Réunion, Faculté des Lettres et des Sciences humaines, 2021, p. 83-90, p. 85.

puni d'une amende de police et en cas de récidives répétées, d'une peine d'emprisonnement (art. 7 du décret du 13 février 1852)¹.

Les engagés ne peuvent pas rompre leur contrat sous peine d'être considérés comme des vagabonds. Il résulte de l'article 120 du décret du 13 juin 1887 relatif à la réglementation de l'immigration à la Guyane que « tout immigrant qui ne justifie pas d'un engagement régulier ou d'une dispense d'engagement est réputé être en état de vagabondage². » Ils n'ont même pas le droit de quitter provisoirement leur commune de résidence, d'après l'article 107, que munis d'une autorisation signée de leur engagiste³. Ainsi, bien que libres de condition les engagés ne sont pas traités comme tels. Ils se retrouvent, sous certains aspects, dans la même situation que les esclaves ; comme eux, ils ne peuvent se déplacer sans l'autorisation de leurs patrons. Des dispositions similaires existent dans les autres colonies de plantation⁴. Nul besoin de préciser qu'il s'agit d'une législation d'exception qui n'a pas d'équivalent en métropole.

D'autre part, les propriétaires d'exploitation, habitués à la main-d'œuvre servile, gardent le même état d'esprit. Leur façon de se

¹ Voir le décret du 13 février 1852 relatif à l'immigration des travailleurs dans les colonies, aux engagements de travail et aux obligations des travailleurs et ceux qui les emploient, à la police rurale et à la répression du vagabondage, *La main-d'œuvre aux colonies, documents officiels sur le contrat de travail et le louage d'ouvrage aux colonies*, T1, Paris, Armand Colin et c^{ie}, 1895, p. 89 (début du texte).

² Rapport au président de la République française suivi d'un décret relatif à la réglementation de l'immigration à la Guyane du 30 juin 1890, *La main-d'œuvre aux colonies, documents officiels sur le contrat de travail op.cit.*, p. 329 (début du texte).

³ *Ibid.*

⁴ Voir le décret relatif à la réglementation de l'immigration à la Réunion du 14 juin 1887 ; décret du 30 juin 1890 réglementant l'immigration en Guadeloupe.

comporter vis-à-vis des engagés pousse certains auteurs à faire des rapprochements entre l'engagisme et l'esclavagisme. Ainsi pour Arthur Girault, bien que le mot esclavage n'ait plus été prononcé, on retrouve des combinaisons qui font de l'engagisme un succédané de l'esclavagisme¹. Hugh Tinker rejoint cette idée et la démontre dans son ouvrage intitulé *A new system of slavery*². Partant, Samuel Fuma propose de parler plutôt de « servilisme »³. Cette confusion des statuts entre engagés et esclaves est confirmée par Sully Santa Govindin dans un récent article⁴.

Mis dans des conditions de quasi-servitude pendant trois ans, cinq ans ou plus, les engagés résistent par plusieurs moyens. La première forme de résistance, ainsi que l'a souligné Eric Panthou, à propos des engagés des plantations d'hévéas d'Indochine⁵, est la fuite, c'est-à-dire le marronnage. Cependant, la question du marronnage ne saurait se résumer aux seuls aspects de la résistance des travailleurs engagés. D'abord, le marronnage

¹ Arthur GIRAULT, cité par Paul GUIRAL, *L'immigration réglementée aux Antilles françaises et à la Réunion*, Thèse, Paris, 1911, p. 8.

² Hugh TINKER, *A new system of slavery: the export of Indian labour overseas, 1830-1920*, London, Oxford university press, 1974.

³ Samuel FUMA, cité par Virginie CHAILOU, « L'engagisme africain à la Réunion : entre rupture et résurgences d'un système condamné », *Les traites négrières coloniales, Histoire d'un crime*, Paris, Edition Cercle d'Art, 2009, p. 127-139.

⁴ Sully GOVINDIN, « Confusion entre esclavagisme et engagisme à la Réunion ou quelques aspects de la répression à l'encontre des engagés indiens dans la société coloniale réunionnaise au XIX^e siècle. », *Travaux & documents* n° 56, 2021, p. 101-114.

⁵ Eric PANTHOU, « Les formes de résistance des travailleurs des plantations d'hévéas d'Indochine (années 1920-années 1930) et les mémoires du coolie Tràn Tú Binh », *Le travail colonial, Engagés et autres mains-d'œuvre migrantes dans les empires 1850-1950*, Paris, Riveneuve éditions, 2016, p. 463-488, p. 469.

peut être source de désordre, par exemple lorsque certains engagés, en fuyant, volent (canots, récoltes, argent, etc.), tandis que d'autres se vengent (incendie des habitations et des champs, dévastation des propriétés, assassinat, etc.). C'est donc pour l'administration une question d'ordre public.

Ensuite, le marronnage entraîne le manque de bras pour les colonies. Dans son discours du 5 juillet 1886, le gouverneur par intérim, Dufour Brinet, le cite parmi les causes majeures du manque de bras pour l'agriculture¹. Il est donc nuisible aux intérêts coloniaux puisque les colonies de plantation dépendent énormément des travailleurs, surtout agricoles et exceptionnellement industriels. Le gouverneur de la Guyane ne s'en cache d'ailleurs pas. S'adressant au ministre de la Marine et des Colonies dans une lettre en date du 14 novembre 1856, il souligne qu'« il est important de faire donner une prompte solution à cette question. Ce serait la ruine de notre pauvre colonie, ajoute-t-il, si nous ne parvenions à arrêter dès le début cette facilité pour les Africains de se soustraire à leur engagement². » Enfin, le marronnage des travailleurs engagés soulève la question des rapports entre puissances coloniales, car tout ce qui touche l'immigration a un caractère international. La question de l'extradition des engagés évadés dans les colonies étrangères constitue notamment une source de tensions diplomatiques.

Les recherches menées aux Archives nationales d'Outre-Mer ainsi que l'examen des travaux universitaires nous permettent d'entrevoir les

¹ Session extraordinaire du Conseil général de Île de la Réunion, 5 juillet 1886, disponible sur [gallica.bnf.fr : https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5727087b/f6.item.r=marronnage%20engagés%20engagistes](https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5727087b/f6.item.r=marronnage%20engagés%20engagistes).

² ANOM GUY 52/10 : Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre marine et des colonies, Cayenne le 14 novembre 1856.

causes réelles du marronnage des travailleurs engagés dans les anciennes colonies françaises (I), de connaître le parcours des déserteurs (II) et d'analyser les moyens mis en place pour réprimer le phénomène (III).

I. Les causes du marronnage des travailleurs engagés

Les causes du marronnage des travailleurs engagés dans les anciennes colonies sont multiples. L'on peut distinguer les justifications données par les engagés eux-mêmes (A) de celles avancées par l'administration (B).

A. Les justifications données par les engagés

« Il ne faut pas douter que ces immigrants donnaient pour motif de leurs évasions des mauvais traitements, des retards dans le paiement des salaires, etc.¹ ».

1. Violences physiques et psychologiques

La principale cause de la fuite avancée par les engagés est le mauvais traitement. Les propriétaires d'exploitation, « qui ont gardé une mentalité esclavagiste² », traitent les engagés comme des esclaves. L'on peut observer dans les relevés analytiques des condamnations prononcées en matière civile et de simple police de la Réunion, des demandes relatives à la rupture de contrat pour mauvais traitement ou pour non-paiement de salaire³. Les plaintes des immigrants relatives aux sévices odieux exercés sur eux sont nombreux. On en retrouve un grand nombre dans les rapports du commissaire de l'immigration. Les violences physiques et

¹ ANOM GUY 52/F2 (07) : Lettre du gouverneur de la Guyane à monsieur le ministre de la marine et des colonies, le 17 février 1857.

² Virginie CHAILOU, *op. cit.*, p. 2017.

³ REU 379 3204 : Relevés analytiques des condamnations prononcées en matière civile et de simple police depuis le 1 janvier 1876.

psychologiques constituent les motifs généralement avancés par les engagés fuyards repris.

En Guadeloupe les engagés sont tellement maltraités que les résidents sur l'archipel adressent, en 1884, une pétition au gouverneur de Madras, au conseil britannique à Pondichery ainsi qu'à tous les philanthropes, etc. Cette pétition fait état de toutes sortes de violences physique et psychologique. Les engagistes sont accusés de faire constamment travailler les engagés sans se préoccuper « de la chaleur du soleil, de la pluie, des orages et de la rosée » ; de ne payer que la moitié, voire le quart de ce qui devait leur revenir ; et de ne pas distribuer les vivres en quantité suffisante ou avec peu de soin. On leur reproche également de retenir dans ces conditions, « pour un temps qui n'est pas moindre de 6, 7, 8 et même 10 ans », les engagés qui parviennent à l'expiration de leur contrat d'engagement¹. Les violences physiques et psychologiques existent dans toutes les colonies de plantation et le lien entre ces pratiques et le marronnage est très évident. Il suffit, pour s'en convaincre, de se référer à ce rapport du commissaire de l'immigration, en date du 8 novembre 1860, dans lequel on explique que l'amélioration sensible dans la façon de faire de messieurs Danjoy et Bonnefon a eu pour effet la cessation complète des marronnages si fréquents pourtant dans leurs propriétés².

¹ ANOM GUA 56/398 : Pétition des habitants de l'Inde résidents en Guadeloupe adressée au gouverneur de Madras, au conseil britannique à Pondichery, à tous les philanthropes, etc., Basse-Terre, le 17 octobre 1884, p. 5.

² ANOM GUA 56/398 : Rapport du commissaire de l'immigration au directeur de l'intérieur, Pointe-à-Pitre, le 8 novembre 1860.

2. Non-respect des engagements contractuels par rapport à la nature du travail

Astreindre les engagés à un autre travail que celui pour lequel ils ont signé constitue aussi un motif de fuite. Il en est ainsi dans le cas de ce travailleur indien qui s'est enfui sur une autre habitation après que son employeur l'a affecté à un nouvel emploi. Arrêté par les gendarmes, il est reconduit chez son employeur. Mais ne voulant toujours pas exécuter le nouvel emploi auquel il a été astreint, il multiplie les moyens pour mettre du désordre dans l'atelier de son engageur¹. Cette situation n'est pas un cas isolé. Dans une lettre adressée au ministre de la Marine et des colonies le 27 février 1857, par le gouverneur de la Guyane française, il est question de la plainte de sept ou huit engagés originaires de la Sierra-Léone qui affirment avoir été trompés sur la nature du travail. Ils n'auraient pas eu pleine connaissance de l'engagement qu'on leur a fait contracter. À leur arrivée, on a exigé d'eux toutes sortes de travaux alors qu'on leur aurait promis le travail de garçons de magasins. Après vérification du bureau de l'immigration, on s'aperçoit que certains contrats portent la mention « lequel ne sait pas lire et a fait sa croix » alors qu'ils savent parfaitement lire et écrire². Il s'agit donc d'une tromperie savamment orchestrée par le recruteur qui, confronté à la concurrence d'autres recruteurs, promet bien des choses qu'il ne peut pas satisfaire. Dans une lettre en date du 4 novembre 1856, le gouverneur de la Guyane française reconnaît que les engagements se font peut-être un peu

¹ ANOM GUA 56/398 : Lettre du commissaire de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur, Pointe-à-Pitre, le 8 juillet 1859.

² ANOM GUY 52/F2 (07) : Lettre du gouverneur de la Guyane à monsieur le ministre de la marine et des colonies, le 17 février 1857.

légèrement¹. De façon générale, les recruteurs et les engagistes ont très souvent profité de l'ignorance et la naïveté des travailleurs engagés. Christian Schnakenbourg explique très bien, dans sa thèse, comment les recruteurs bernent leurs interlocuteurs sur la nature du travail et les conditions de vie dans les colonies de plantation².

3. *L'inutilité des procédures administratives et judiciaires*

Le marronnage des travailleurs engagés est aussi dû à l'absence de justice, à l'inefficacité des procédures administratives et judiciaires³. Un nombre important de désertions survient après que les intéressés n'ont pas eu gain de cause⁴. En effet, pour porter plainte contre leurs engagistes, les engagés doivent faire parvenir leurs plaintes aux syndicats qui décident seuls s'il y a lieu d'intenter une action en justice. Mais les syndicats ne remplissent pas leur rôle. Inactifs et moins vigilants, ils n'assurent qu'une légère protection aux immigrants. En plus, ils sont accusés d'être partiaux ainsi que le montre ce passage extrait de la pétition des habitants de l'Inde résidents en Guadeloupe, cité plus haut :

« Les agents de l'autorité, appelés syndicats, qui sont nommés pour administrer la justice parmi eux et les protéger, sont de la même classe d'homme que les Français qui sont nos maîtres ; ils sont, soit leurs parents ou leurs amis intimes. Les syndicats exercent toujours leur partialité envers les habitants européens des colonies, mais pas envers les coolies. (...) S'il arrive à un coolie d'aller trouver un syndic de déposer auprès de lui une plainte... contre son maître et qu'il la prouve par un témoignage

¹ ANOM GUY 52/10 : Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre, Cayenne le 4 novembre 1856.

² Voir Christian SCHNAKENBOURG, *op. cit.*, Partie 2, p. 443 et s.

³ Céline FLORY, *De l'esclavage à la liberté forcée...*, *op. cit.*, p. 320.

⁴ *Ibid.*

conforme, cela n'empêche pas qu'il sera traité de menteur injustement reconnu coupable et condamné à une punition sévère. Si tous les coolies d'un jardin ou habitation vont en masse trouver le syndic et déposent, auprès de lui, une plainte contre leur maître, tous sont non seulement punis, mais encore enchaînés, comme s'ils étaient des prisonniers, et les mains liées derrière le dos, reconduits à leur maître pour travailler sur l'habitation, sans qu'il soit fait attention à leur plainte¹. »

La mauvaise foi des syndics est attestée par le commissaire de l'immigration de la Guadeloupe qui affirme en 1860 que les rapports des syndics sur l'habitation Proujol sont « au-dessous de la vérité² ». Il s'en est rendu compte lorsqu'il a visité l'habitation en question. Pour ces raisons, les engagés ne font pas confiance aux syndics. En 1878, le directeur de l'intérieur de la Guadeloupe témoigne que « les syndics, placés dans les localités éloignées du contrôle efficace de l'administration ne remplissaient pas leurs obligations, à tel point que les immigrants, au lieu de s'adresser aux syndics résidant sur les lieux, aimaient mieux aller jusqu'à Pointe-à-Pitre porter leurs doléances au commissaire de l'immigration³. » L'arrêté du 1^{er} juin 1878, fait disparaître les défauts reprochés aux syndics en réorganisant le service. Il substitue aux syndics des inspecteurs et sous-inspecteurs et oblige ces derniers à être constamment en tournée comme en Martinique et en Guyane où il n'existe pas de syndic mais des inspecteurs et une commission mobile qui

¹ Pétition des habitants de l'Inde résidents en Guadeloupe adressée au gouverneur de Madras, *op. cit.*

² ANOM GUA 56/398 : Rapport du commissaire de l'immigration au directeur de l'intérieur, Pointe-à-Pitre, le 8 novembre 1860.

³ Directeur de l'intérieur : ANOM GUA 56/398 : Extrait du procès-verbal de la 3^e séance du 11 novembre 1878 du Conseil général de la Guadeloupe et dépendances.

se déplacent régulièrement dans les habitations¹. Dans toutes les colonies de plantation, on essaie plusieurs modes de protection². Cette recherche constante du meilleur système de protection des engagés est avant tout due à la pression exercée par l'Angleterre qui demande que « ses sujets ne soient pas opprimés et que les contrats soient exécutés³ ».

Une fois l'obstacle des syndics franchi, les immigrants se heurtent à une autre barrière, celle de la justice. Dans leur pétition, les immigrants indiens de la Guadeloupe affirment qu'aucune justice ne leur est rendue⁴. À cause de la composition des Cours d'assises, les engagés perdent presque systématiquement les procès. À ce propos, Sully Govindin indique, pour la Réunion, que la plupart des procès intentés par les travailleurs engagés contre leur engagistes se sont soldés soit par des

¹ Directeur de l'intérieur Eggimann : ANOM GUA 56/398 : Extrait du procès-verbal de la 7^e séance du 14 novembre 1878 du conseil général de la Guadeloupe et dépendances.

² En Martinique, le gouverneur, conformément à l'article 36 du décret du 27 mars 1852, garde le pouvoir de protection des immigrants jusqu'en 1866. L'article 3 du sénatus-consulte du 4 juillet 1866 donne ce droit aux Conseil général. L'arrêté du gouverneur du 15 janvier 1861 va constituer le syndicat. Attaqué depuis 1865, le syndicat est supprimé par l'arrêté du 7 juin 1875. La protection des immigrants est alors confiée aux commissaires de police. Le syndicat est rétabli, par un arrêté du 17 janvier 1885. Ce texte crée un syndicat protecteur (composé du procureur de la République, d'un avocat et d'un conseiller municipale) des immigrants au chef-lieu de chaque arrondissement. Voir MAR 13/125 : Rapport à M. le directeur de l'intérieur au sujet de la réorganisation du service du protectorat de l'immigration, 9 mars 1880 ; ANOM MAR 13/127 : Arrêté du 17 janvier 1885 sur le régime des immigrants 1885 (voir article 15 et s.).

³ ANOM GUA 56/398 : Extrait du procès-verbal de la 3^e séance du 11 novembre 1878 du Conseil général de la Guadeloupe et dépendances.

⁴ Pétition des habitants de l'Inde résidents en Guadeloupe adressée au gouverneur de Madras... 17 octobre 1884, *op. cit.* p. 6.

acquittements, soit par des condamnations légères¹. Dans les colonies de plantation, de façon générale, l'impartialité des tribunaux est remise en cause aussi bien dans les affaires criminelles que dans les cas relatifs aux rapports entre engagiste et engagé. Cependant, grâce à la pression exercée par le gouvernement britannique, l'administration coloniale française s'efforce d'assurer un minimum de justice aux engagés dans les affaires là où les tribunaux se montrent partiaux². Au demeurant, si l'administration admet quelques fois les motifs avancés par les engagés, elle avance ses propres explications au phénomène du marronnage.

B. Les motifs avancés par l'administration

L'administration coloniale avance trois principaux motifs au marronnage des travailleurs engagés :

1. La défectuosité du recrutement : l'argument du profil inadapté

Le premier motif avancé par l'administration que l'on peut citer est la défectuosité du recrutement. Les recruteurs, qui disposent d'une très

¹ Sully GOVINDIN, *op. cit.*, p. 106.

² L'affaire Dupuy illustre parfaitement cet état de fait. Dans cette affaire, l'administration oblige le directeur de l'usine à licencier monsieur Dupuy qui avait reconnu, devant la Cour d'assises qui l'avait acquitté, avoir frappé le travailleur engagé Moutoussamy dont la mort est survenue peu de temps après. Dans une lettre envoyée au ministre de l'Algérie et des Colonies, le gouverneur de la Guadeloupe explique qu'« en présence des réclamations si fréquentes formulées par le gouvernement britannique en faveur de ses sujets indiens, l'administration ne pouvait, sans s'exposer à engager gravement sa responsabilité, se désintéresser de la situation qu'avait créé à l'usine Clugny la poursuite dirigée contre le sieur Dupuy. » ANOM GUA 56/398 : Affaire Dupuy : Lettre du gouverneur de la Guadeloupe à monsieur le ministre de l'Algérie et des Colonies, Basse-terre, le 10 janvier 1884.

grande latitude, ne mettent pas de soins dans le choix des travailleurs. Ils s'adressent soit aux chefs de villages qui leur fournissent des travailleurs ou directement aux travailleurs motivés par l'appât du gain¹. Ceux qui s'engagent ne sont pas toujours renseignés sur la nature, la quantité et les difficultés des tâches qui les attendent. S'ils s'engagent de leur propre volonté, ils ne sont pas toujours renseignés sur les conditions auxquelles ils doivent être employés. Il s'ensuit que de nombreux engagés n'ont pas le profil adapté aux travaux pénibles qu'exigent les colonies de plantation.

En 1858, le commissaire général de l'immigration de la Martinique indique que le recrutement des premiers engagés « s'est opéré dans les conditions les plus déplorables². » Il en est ainsi avec Edouard Samuel et Thom William, engagés sur l'habitation Fonds Nicolas au Robert, arrêtés le lendemain de leur évasion vers la colonie anglaise de Dominique. Le premier est originaire d'Antigues, colonie britannique. Avant de débarquer en Martinique, il avait voyagé plusieurs fois comme matelot sur les navires de commerce et les caboteurs de son pays. Le second, quant à lui, est considéré comme « une espèce de vagabond ramassé sur les pavés de Sierra-Léone³. » Pour le commissaire de l'immigration, il n'est dès lors pas étonnant que « des gens de cette catégorie qui s'engagent pour travailler la terre cherchent ensuite par tous les moyens possibles à se soustraire à leur engagement⁴. »

En 1862, le commissaire général de l'immigration fait le même constat sur certains engagés chinois. La raison de la désertion fréquente de ces derniers, d'après lui, est qu'ils « s'habituent mal aux travaux de culture et

¹ Paul GUIRAL, *op. cit.*, p. 21.

² ANOM, MAR 130/1170 : Rapport du commissaire général de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur, Fort de France, le 24 février 1858.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

réussissent peu comme domestiques, mais ils ont de l'aptitude comme garçons de boutique ; s'ils étaient libres d'engagement, ils s'adonneraient tous au commerce. » S'il admet qu'il ne faut pas généraliser ce constat, il conseille toutefois de recruter dans la population agricole de l'empire chinois afin de parvenir à de meilleurs résultats¹.

En Guadeloupe, le même motif est également mis en avant. Le commissaire de l'immigration de cette colonie pense que les tentatives d'évasion de certains immigrants africains sont liées au manque de rigueur lors des recrutements². On recrute beaucoup parmi les populations proches des établissements anglais sur la côte nord-africaine. Or, ces individus, « plus ou moins infestés par le contact des Européens³ », sont tout sauf soumis. Il en vient à la conclusion qu'il faut favoriser l'engagement par voie de rachat d'esclave⁴. En effet, la loi du 4 mars 1831 relative à la répression de la traite des « Noirs » ne s'applique qu'à la traite maritime et le décret du 27 avril 1848 qui abolit l'esclavage ne vise que les citoyens français, car ne prévoyant d'autre pénalité que celle de la déchéance de cette qualité. Ces textes ne concernent donc pas, en droit strict, l'esclavage pratiqué par les indigènes à l'intérieur du continent africain.⁵

¹ ANOM, MAR 130/1170 : Rapport du commissaire de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur sur le 1^{er} trimestre 1862, Fort de France, le 9 mai 1862.

² ANOM, MAR 130/1170 : Rapport du commissaire général de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur, Fort de France, le 24 février 1858.

³ ANOM, MAR 130/1170 : Rapport trimestriel du commissaire de l'immigration à monsieur le directeur, Fort-de-France, le 26 juillet 1858.

⁴ ANOM MAR 13/1170 : Rapport du commissaire de l'immigration à Monsieur le Directeur de l'Intérieur, avril 1858.

⁵ Abdramane Traoré, *Les coutumes et la justice indigène au Soudan français (1892-1846)*, Thèse, Montpellier, 2021, p. 126.

L'une des stratégies utilisée par l'administration coloniale française consiste donc à racheter les esclaves à leurs propriétaires indigènes en les déclarant libres et en leur faisant contracter immédiatement un contrat d'engagement. L'article 4 du traité du 27 mars 1857 relatif à l'introduction de 20 000 engagés africains à la Martinique et à la Guadeloupe autorise par exemple Régis, négociant à Marseille, « à faire racheter des captifs soit en remettant à leurs maîtres, soit en avançant aux captifs eux-mêmes les sommes nécessaires à leur libération¹. » Mais ce procédé, dont l'origine remonte à Napoléon III², est contraire aux principes humanitaires puisqu'il encourage la traite et l'esclavage, interdits par la France. Les populations à l'intérieur du continent africain, en sachant qu'il y a un débouché, vont continuer à pratiquer la traite. La question du rachat a fait l'objet de vifs débats entre la France et la Grande-Bretagne³.

La fainéantise est également un argument mis en avant par l'administration coloniale. En 1862, le commissaire de l'immigration de la Martinique écrit dans son rapport que la cause principale des évasions fréquentes dans la colonie doit être attribuée « à la fainéantise innée chez l'Asiatique et l'Africain, car les freins et le bien-être ne leur manquent pas sur les propriétés et le travail est ménagé d'après le degré de force des travailleurs⁴. » On retrouve ici le vieux stéréotype de l'homme africain et asiatique paresseux et réfractaire à tout type de travail. On oublie

¹ ANOM GEN 118/1020 : Le traité du 27 mars 1857 pour l'introduction de 20 000 engagés africains à la Martinique et à la Guadeloupe.

² En effet, c'est Napoléon III qui, pressé par les propriétaires, après la suppression de la traite des « Noirs » dans l'empire français, a décidé, en 1857, d'autoriser le recrutement des esclaves par rachat. Cf. Virginie Chaillou, *op. cit.*, p. 129.

³ Voir à ce propos Céline FLORY, *op. cit.*, p. 45 et s.

⁴ ANOM MAR130/1170 : Rapport du Commissaire de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur sur le 1^{er} trimestre 1862.

justement que c'est pour gagner leur vie à la sueur de leur front qu'ils se sont engagés dans les colonies.

2. *Le penchant pour le déplacement*

Certains déserteurs, plus précisément les Krouman de la Sierra-Léone sont considérés par l'administration comme ayant un penchant pour le déplacement. Cet argument est particulièrement employé par le gouverneur de la Guyane. Dans une lettre en date du 18 février 1857, celui-ci affirme que l'évasion de quatorze immigrants africains appartenant à l'habitation de M. Couy (Alexandre), une des seules habitations où les engagés sont admirablement soignés, logés et nourris, n'a d'autres explications que l'esprit de changement qui anime cette population¹. Dans une seconde lettre en date du 17 avril 1857, il revient sur le même raisonnement. En effet, dans la nuit du 13 au 14 février 1857, seize immigrants africains d'origine Krouman quittent, dans deux pirogues, leur habitation avec l'intention de se rendre dans une colonie anglaise. Mais suite à un incident avec un chef indien, ils périssent tous.

Le gouverneur de la Guyane en rendant compte de cette affaire au ministre de la marine et des colonies explique que leur évasion n'était certainement motivée ni par les mauvais traitements ni par le manque des soins, car rien ne leur manquait, mais plutôt par le goût du déplacement qui est inné chez eux². Le gouverneur souligne qu'il n'est jamais parvenu à engager les Krouman plus d'un an après avoir passé dix ans à les

¹ ANOM GUY 52/10 : Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre de la marine et des colonies, Cayenne 18 février 1857.

² Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre de la marine et des colonies, Cayenne 17 avril 1857, *op. cit.*

côtoyer sur la côte africaine¹. Ils ont un instinct naturel, affirme-t-il, « qui lorsqu'ils sont restés six mois dans un village les pousse à vouloir changer de place et à aller s'établir ailleurs² ». Hormis ce défaut, l'administration convient que les Krouman sont travailleurs et faciles à conduire. Cependant, le marronnage ne concerne pas que les Krouman, il concerne toutes les populations immigrées, ce qui pourrait remettre en cause cet argument.

En ne mettant l'accent que sur ses motifs, en négligeant les arguments avancés par les engagés, l'administration coloniale a diminué sa chance d'endiguer le phénomène du marronnage. On observe durant toute la période étudiée, la fuite régulière des engagés vers des endroits variés.

II. Itinéraire des engagés en état de marronnage

Pour échapper à son engageur, l'engagé a deux moyens : rester à l'intérieur de la colonie en se cachant dans les bois, dans les montagnes et dans les villes éloignées de son habitation (A) ou aller à l'étranger dans une colonie anglaise ou hollandaise (B).

A. Les évasions à l'intérieur des colonies

Comme les esclaves marrons aux temps de l'esclavage, certains travailleurs engagés, en rupture de contrat, se réfugient dans les montagnes où ils meurent souvent de froid et d'inanition³. D'autres privilégient les bois. Il résulte de l'analyse des rapports du service de l'immigration que le choix pour ces zones difficiles d'accès est typique

¹ ANOM GUY 52/10 : Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre de la marine et des colonies, Cayenne 17 avril 1857.

² ANOM GUY 52/10: Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre de la marine et des colonies, Cayenne 15 novembre 1857.

³ Michèle MARIMOUTOU, *Les engagés du sucre*, op. cit., p. 148.

aux engagés d'origine africaine. L'argument mis en avant est que l'environnement naturel dans lequel ils évoluent les a habitués à ce mode de vie. Ils ont une facilité pour vivre dans les halliers. Dans son rapport en date du 8 novembre 1860, le commissaire de l'immigration de la Guadeloupe affirme que contrairement à l'Indien qui se cache toujours dans les villes, la « nature sauvage » de l'Africain le porte à se retirer « dans les bois d'où il ne sort que la nuit pour marauder¹ ». On met ainsi en avant la sauvagerie des Africains pour expliquer le choix de leur destination, cependant, les immigrants africains, qui abandonnent leurs engagistes, se rendent aussi dans les villes pour se mélanger à la population locale, également d'origine africaine². Inversement les engagés indiens s'enfuient également dans les bois et dans les montagnes.

Par ailleurs, il importe de préciser que, contrairement à ce que l'on pourrait imaginer, le marronnage dans les bois ne concerne pas que les hommes, les femmes engagées le pratiquent aussi. Dans son rapport du 9 septembre 1859, le commissaire de l'immigration de la Guadeloupe parle de trois femmes qui se sont retranchées dans les bois³. Ces cas rares sont la preuve que les femmes engagées réagissent aux conditions de travail déplorables de la même façon que les hommes. Les trois femmes, arrêtées trois jours après, ont avancé comme motif à leur fuite la dureté du travail exigé⁴.

Optant pour la même destination que l'esclave marron, l'engagé adopte également le même comportement. Il vit du maraudage et sème la

¹ ANOM GUA 56/398 : Rapport du commissaire de l'immigration au directeur de l'intérieur, Pointe-à-Pitre, le 8 novembre 1860.

² Paul GUIRAL, *op. cit.*, p. 141.

³ GUA 180/1116 : Rapport du commissaire de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur, Pointe-à-pitre, le 9 septembre 1859.

⁴ *Ibid.*

terreur et la désolation parmi les populations. Partout où les engagés s'évadent dans les bois, ils représentent un danger constant pour les populations riveraines souvent disséminés dans les habitations. Il faut noter, cependant, que les récits des populations sur les engagés marrons cachés dans les bois sont souvent exagérés. Le commissaire de l'immigration de la Guadeloupe souligne, dans son rapport du 8 juin 1859, que « l'exagération est telle dans ce pays que pour deux ou trois Africains rencontrés divaguant on en parle immédiatement [et on ramène] le chiffre à 50 en leur attribuant des faits de nature à jeter l'effroi parmi les populations¹. » Citons, à titre d'exemple, cette affaire que s'est déroulée en Guadeloupe, en 1859. En effet, un engagé africain réfugié dans les bois se rapproche d'un bourg à 5 heures du matin dans le but de trouver de quoi manger. Il tombe sur un enfant qui, effrayé, s'enfuit dans la chambre de sa mère. Celle-ci, croyant qu'il cherchait s'emparer de son fils pour le manger se barricade avant d'alerter les voisins. L'engagé marron ne cherchait en réalité qu'à manger. Il réussit d'ailleurs à s'emparer d'un cabri qu'il s'en va manger dans les bois². Il sera arrêté le lendemain et mis en surveillance sur l'habitation de son engagiste.

Victimes du maraudage des engagés marrons, les habitants se défendent par tous les moyens et leurs réactions peuvent être extrêmes. Céline Flory cite un certain nombre de cas où les immigrants en état de marronnage, soupçonnés de dévaliser champs et jardins, sont tués. Ces réactions s'expliquent aussi par la crainte de la dangerosité des immigrants marrons³. Qualifiées de légitime défense, elles ne sont pas

¹ GUA 180/1116 : Rapport du commissaire de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur, Pointe-à-pitre, le 8 juin 1859.

² ANOM GUA 180/1116 : Rapport du commissaire de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur, Pointe-à-pitre, le 8 juillet 1859.

³ Céline FLORY, *De l'esclavage à la liberté forcée, histoire...*, *op. cit.*, p. 342.

punies par la justice, comme si on cherche à indiquer aux engagés les risques qu'ils encourent en s'évadant dans les bois¹.

Les individus engagés dans les bois sont souvent difficiles à arrêter. Le 11 juin 1861, le gouverneur de la Guyane fait état de l'arrestation de l'immigrant africain qui avait réussi à déjouer toutes les mesures prises à son encontre jusqu'alors. Il fut arrêté, le 6 juin 1861 par un cultivateur et un autre immigrant africain, dans une petite habitation où il tentait de voler des volailles².

Aussi, a-t-on pris l'habitude d'organiser des groupes de chasse, comme au temps de l'esclavage, pour aller se saisir des engagés déserteurs ou marrons cachés dans les bois ou dans les montagnes. Ces groupes sont généralement composés d'engagés énergiques et réputés féroces qui, armés de bâtons et escortés par des chiens dressés, se rendent dans les endroits où ils croient rencontrer les déserteurs et les traquent comme des animaux. Ces expéditions aboutissent souvent à des crimes ou délits graves dont la plupart restent impunis ou moyennement punis. Ainsi par exemple, la chasse organisée dans l'habitation Couturier, ayant entraîné un mort et de nombreux blessés, n'a donné lieu qu'à une condamnation de deux ans³.

Si certains travailleurs engagés se cachent dans les bois, d'autres souhaitant mettre un terme à leur désarroi, se réfugient dans les villes. Ils cherchent à se rendre dans les villes aussi éloignées que possible dans le but de brouiller les pistes de recherches. En 1878, le directeur de l'intérieur de la Guadeloupe souligne que « l'indien qui abandonne la

¹ Céline Flory, *op. cit.*, p. 343.

² ANOM GUY 52/10: Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre, Cayenne 11 juin 1861.

³ ANOM RU 380/3229 : Extrait du rapport du président de la Cour d'assises de Saint-Pierre, Saint-Denis, 10 avril 1867.

propriété à laquelle il est attaché ne va pas dans le bourg voisin ; il s'éloigne, il cherche à se perdre dans les villes¹. » Généralement, ils y trouvent refuge chez des personnes qui les font échapper à toute poursuite en échange de quelques services². Ces personnes sont des anciens engagés qui ont pu ouvrir un petit commerce dans la colonie au terme de leur contrat d'engagement. Ils « appellent et reçoivent, sous leur garantie, des engagés fictifs quelques fois en grand nombre » qui se livrent à toute sorte d'industrie³. Michèle Marimoutou affirme, pour la Réunion, que très peu d'engagés en état de marronnage dans les villes, sont arrêtés car en complicité avec un faux engagiste, ils se promènent presque toujours avec un contrat de travail frauduleux qui, à défaut d'un livret visé, peut être présenté à la police. Pour Jean-Régis Ramsamy, « les désertions sont l'antichambre des engagements fictifs⁴ ». Ainsi, en 1887, 8 000 engagés déserteurs sont employés fictivement. Le faux engagiste, généralement un indien libéré de tout engagement ou un habitant de condition modeste, y trouve son compte puisqu'il est payé soit en espèce ou en nature⁵. Il encourt bien évidemment l'amende ou une peine

¹ Le directeur de l'intérieur : ANOM GUA 56/398 : Extrait du procès-verbal de la 4^e séance du Conseil général de la Guadeloupe et dépendances, le 12 novembre 1878.

² ANOM GUA 59/411 : Rapport du chef de service de l'immigration au directeur de l'intérieur Basse-Terre, le 27 janvier 1890.

³ ANOM REU 380/3231 : Lettre du directeur de l'intérieur à monsieur le commissaire de police Saint-Denis, le 12 mai 1872.

⁴ Jean-Régis RAMSAMY, *Les travailleurs indiens sous contrat à la Réunion (1848-1948) : entre le retour programmé et le début des intégrations*, Thèse, histoire, Université de la Réunion, 2012, 127.

⁵ Michèle MARIMOUTOU, *Les engagés du sucre*, *op. cit.*, p. 151.

d'emprisonnement¹. Mais encore faut-il qu'il soit découvert, car les engagements fictifs sont très souvent insaisissables.

Par ailleurs, certains engagés déserteurs trouvent refuge chez d'autres planteurs, désireux d'avoir de la main-d'œuvre et qui se montrent bienveillants à leur égard. En Guadeloupe, un grand nombre d'engagés fuyards s'établissent dans les communes montagneuses où ils proposent leur service aux planteurs qui acceptent de les employer en tant que « cultivateurs » libres, tout en fermant les yeux sur leur fuite. Les fuyards mènent leur vie comme bon leur semble après services rendus. Ce phénomène est favorisé par la crise de la main-d'œuvre dans les colonies de plantation. Le besoin des travailleurs pour la culture de la terre est tel que les propriétaires recourent aux services d'embaucheurs clandestins ou facilitateurs des évasions des engagés².

Si certains engagés s'évadent à l'intérieur de la colonie, d'autres (convaincus par les récits des immigrants engagés dans les navires comme membres d'équipage, sur les conditions de travail dans les Îles voisines³), préfèrent s'orienter vers les colonies étrangères.

¹ Selon l'article 14 du décret du 13 février 1852, « quiconque aura sciemment engagé à son service des travailleurs qui ne seraient pas libres de tout engagement sera puni de l'amende, et selon les circonstances, de l'emprisonnement prononcés par les articles 475, 476 et 478 du Code pénal colonial. », *op. cit.*, p. 94.

² Christian SCHNAKENBOURG, *op. cit.*, p. 1006.

³ Les informations données par les immigrants, engagés en tant que membres d'équipage dans les navires, sur les conditions de travail favorables dans les colonies étrangères, va inciter les autres immigrants à s'y rendre. Ils faisaient régulièrement le récit de leurs camarades travaillant à l'étranger dans les secteurs de leur choix et percevant un bon salaire. En Guyane, pour rendre difficile l'embauchage des engagés français dans les colonies étrangères, on décide de faire débarquer tous les immigrants qui travaillaient dans les navires comme

B. Les évasions dans les colonies étrangères, sources de tensions entre nations coloniales

Dès le départ, les travailleurs engagés ont pris l'habitude de s'évader, par la mer, dans les Îles voisines. Si certains, comme les Krouman d'Afrique, sont habitués à la mer, il en est autrement pour les autres engagés fuyards qui prennent énormément de risque avec une telle entreprise. Le manque d'expérience combiné aux conditions de navigations très difficiles aboutit souvent au drame.

L'évasion des engagés vers les colonies étrangères a généralement lieu à l'aide des canots enlevés aux propriétaires en prévoyant d'apporter des vivres. Il importe de rappeler ici que cette pratique était courante chez les esclaves marrons. Le vol des canots dans le but de fuir est devenu tellement fréquent chez les engagés que les propriétaires réclament en 1858 à l'administration de remettre en vigueur les arrêtés sur la police des embarcations tombés en désuétude par l'abolition de l'esclavage. Ces arrêtés, d'après eux, sont les seuls à rendre moins facile les enlèvements des canots¹. Cependant, le ministre de la marine et des colonies rejette l'idée². Il importe de souligner aussi que les embarquements se font aussi dans des canots de pêcheurs³ ou à bord des navires de commerce.

Les immigrants engagés dans les colonies françaises, conscients qu'ils trouveraient à s'employer dans les colonies étrangères à des prix

complément d'équipage. GEN 118/1028 : Lettre du ministre de la marine et des colonies au ministre des affaires étrangères, Paris, le 11 avril 1857.

¹ ANOM, MAR 130/1170 : Rapport trimestriel, commissaire de l'immigration à monsieur le directeur, Fort de France, le 26 juillet 1858.

² Céline FLORY, *op. cit.*, p.339.

³ ANOM GUA 56/339 : Rapport du commissaire de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur, troisième trimestre 1862, Pointe-à-pitre, 6 octobre 1862.

avantageux¹, ne manquent pas de s'y transporter chaque fois qu'ils jugent leur situation contractuelle désavantageuse. En 1856, onze immigrants déserteurs, réfugiés dans la colonie anglaise de Barbade, déclarent avoir quitté la Guyane française parce qu'ils étaient maltraités et peu payés. Ils sont venus dans cette colonie dans l'espoir de trouver du travail bien payé afin de retourner dans leur pays. Bien évidemment, le gouverneur de la Guyane va indiquer « qu'il n'y a pas un mot de vrai dans cette déclaration² ».

Les travailleurs engagés ont très vite compris que les autorités anglaises et hollandaises sont de leur côté. Les évadés dans ces territoires deviennent de facto « libre » de tout engagement, et il n'est guère question de les extraditer. Cette question de la non extradition devient vite un point de tensions entre la France d'une part, l'Angleterre et la Hollande d'autre part.

Par exemple, en octobre 1856, trois engagés africains de la Guyane française s'enfuient en se cachant dans le bateau à vapeur Vénézuélien l'Orinoco. À l'arrivée de ce bâtiment à Démémery, le capitaine s'étant aperçu de leur présence à bord décide de les mettre aux fers avec l'intention de les remmener à Cayenne. Cependant, l'un des engagés déserteurs s'échappe dans la nuit pour prévenir la police locale qui fait débarquer les deux autres. Dès que le gouverneur de la Guyane française

¹ Dans une lettre adressée au ministre de la Marine et des Colonies au sujet de l'évasion de trois immigrants africains à Démémery, le gouverneur de la Guyane française fait pressentir que « les salaires élevés que ces hommes peuvent trouver dans cette colonie en décideraient probablement un grand nombre à suivre l'exemple. » ANOM GUY 52/10 : Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre marine et des colonies, Cayenne le 14 novembre 1856.

² ANOM GUY 52/10 : Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre, Cayenne 17 décembre 1856.

prend connaissance de ce fait, il envoie une lettre à son homologue anglais, Woodehouse, afin d'obtenir le renvoi à Cayenne des immigrants africains échappés¹. Il souligne, dans sa lettre que les déserteurs, dont un appartient au gouvernement, n'ont subi aucun mauvais traitement et précise qu'ils ont signé des actes d'engagement comme tous les immigrants². Le gouverneur français espérait que la sympathie qui unit à ce moment-là la France et l'Angleterre joue en sa faveur. Mais, malheureusement pour lui, le gouverneur de la Guyane anglaise, Woodehouse, répond qu'il est entièrement hors de son pouvoir de satisfaire sa demande, car les lois britanniques ne permettent pas au gouverneur d'arrêter un individu et de le livrer à un pouvoir étranger si ce n'est en stricte exécution de quelque traité spécial. Il lui fait savoir qu'il « est facultatif à tous les habitants du globe de venir résider dans cette colonie ». Et ajoute que malgré les appréhensions du gouverneur français, « jamais une sorte de renouvellement de la traite des esclaves ne pourra se réaliser³. » Le gouverneur anglais met ainsi le principe de la liberté individuelle au-dessus de toute discussion.

En novembre 1856, le gouverneur de la Guyane française demande au ministre du département d'attirer l'attention du ministre des Affaires étrangères afin que la question puisse être soumise à l'examen des deux gouvernements, car l'adoption des idées du gouverneur de Démémery pourrait faire partir de la Guyane française tous les immigrants

¹ ANOM GUY 52/10 : Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre, Cayenne 31 octobre 1856.

² ANOM GUY 52/10 : Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le gouverneur de la Guyane anglaise, Cayenne 14 octobre 1856.

³ ANOM GUY 52/10 : Lettre du gouverneur de la Guyane anglaise à monsieur le gouverneur de la Guyane française, Georges Favon, 22 octobre 1856.

mécontents et qui contestent la validité de leurs engagements¹. Le 17 avril 1857, il renseigne le ministre d'un drame survenu à l'occasion d'une évasion et indique que ce drame n'aurait pas eu lieu si les « voisins de Surinam n'avaient accordé une sorte de protection, en accueillant chez eux ceux qui s'en rendent coupables » et en refusant leur extradition². Pour le gouverneur « ce fait est d'autant plus irrationnel de la part du gouvernement Néerlandais que Surinam se trouvant encore placé sous le régime de l'esclavage, il ne pouvait guère invoquer, pour appuyer son refus les principes d'humanité et de philanthropie sur lesquels reposent généralement les traités d'extradition³. » Le gouverneur de la Guyane française renouvelle sa demande auprès du département à l'occasion de la fuite à Surinam de 13 travailleurs engagés⁴. Le gouverneur de la Guadeloupe entame la même démarche à propos des engagés déserteurs réfugiés dans la colonie anglaise de la Dominique. Les deux gouverneurs persuadent le département que le seul moyen d'arrêter les désertions fréquentes des individus qui ont des engagements à remplir est leur extradition par les autorités anglaises et hollandaises⁵.

Le ministre des Affaires étrangères, conformément au souhait des gouverneurs, entame des démarches auprès des autorités anglaises et hollandaises afin d'obtenir la remise des immigrants africains évadés

¹ ANOM GUY 52/10 : Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre, Cayenne, le 17 février 1857.

² Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre, Cayenne 17 avril 1857, *op. cit.*

³ ANOM GUY 52/10: Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre, Cayenne 16 septembre 1857.

⁴ ANOM GUY 52/10 : Lettre du ministre des colonies à Monsieur le ministre des Affaires étrangères, Cayenne le 11 avril 1857.

⁵ ANOM GUA 56/339 : Rapport du commissaire de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur, troisième trimestre 1862, Pointe-à-pitre, 6 octobre 1862.

réfugiés dans leurs possessions (Démémarie, Dominique et Surinam). Ces deux autorités donnent l'assurance d'adresser des instructions aux gouverneurs de leurs colonies pour faciliter le retour des évadés à la Guyane et d'encourager, autant que cela pourrait se faire légalement l'émigration des engagés africains¹. En dehors de ces promesses de bon vouloir, les autorités françaises ne peuvent guère espérer obtenir d'autres choses.

Dans les faits, rien ne change. Dans son rapport sur la situation des immigrants indiens en date du 6 octobre 1862, le commissaire de l'immigration de la Guadeloupe affirme que « si le gouverneur de la Dominique a reçu des instructions à cet égard, les mesures qu'il a prises sont restées sans effet². » Toutefois, en 1864, les réclamations incessantes du gouverneur de la Guadeloupe vont pousser son homologue de la Dominique à préparer un acte tendant à rendre possible l'extradition de tout engagé qui se soustrait à son engagement³. Mais cet acte, en contradiction formelle avec la législation anglaise, ne sera, finalement, pas adopté⁴. Le ministre de la Marine et des Colonies, informé de cet échec, conclut qu'il n'y a plus rien à espérer, car tous les moyens diplomatiques sont maintenant épuisés⁵. Il est, en effet, difficile d'obtenir une convention

¹ ANOM GUY 52/10: Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre, Cayenne 16 septembre 1857.

²ANOM GUA 56/339 : Rapport du commissaire de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur, troisième trimestre 1862, Pointe-à-Pitre, 6 octobre 1862.

³ ANOM GEN 118/1028 : Acte contre l'introduction en cette Île de travailleur engagés, évadés des autres Îles, 1864.

⁴ ANOM GEN 118/1028 : Lettre du ministre de la marine et des colonies à monsieur le ministre des affaires étrangères, Paris, le 4 juin 1864.

⁵ ANOM GEN ANOM GEN 118/1028 : Lettre du ministre de la marine et des colonies à monsieur le gouverneur de la Guadeloupe et dépendances, Paris, 14 octobre 1864.

diplomatique sur l'extradition des engagés qui n'ont commis ni crime ni délit autre que s'évader.

Conscients de cela, certains gouverneurs français, pour justifier leur demande d'extradition, tentent d'assimiler les déserteurs à des voleurs dans la mesure où ils « enlèvent à leurs engagistes les sommes qui leur ont été payées à titre d'avances, ainsi que les dépenses faites pour leur transport en Amérique, et dont ils devaient s'acquitter par un certain temps de travail¹. » Mais on a fini par comprendre que rien ne peut pousser les autorités coloniales britanniques et hollandaises à arrêter les déserteurs et à les livrer aux français si ce n'est en stricte application des traités d'extradition. En 1878, le contre-amiral Ferdinand Grasset, gouverneur de la Martinique, refuse de réclamer cinq engagés indiens recueillis par un navire de commerce anglais car ne pouvant rien leur reprocher que le délit d'évasion².

Puisqu'il n'est point question d'obtenir leur extradition, on estime qu'il serait légitime de demander aux autorités anglaises de ne pas leur accorder de permis de séjour par mesure de réciprocité puisque dans les colonies françaises, ce document n'est pas livré à de semblables arrivants. Le gouverneur de la Guadeloupe demande au ministre de l'Algérie et des Colonies d'intervenir de nouveau afin que des instructions soient données dans ce sens, au moins par le gouvernement anglais³. La tactique de l'administration coloniale française consiste ici à décourager les futurs déserteurs à se rendre dans les colonies étrangères, car ne pouvant

¹ ANOM GUY 52/10 : Lettre du ministre des colonies à Monsieur le ministre des Affaires étrangères, Cayenne le 11 avril 1857.

² ANOM MAR 13/26 : Lettre du gouverneur de la Martinique à monsieur le ministre de la marine et des colonies, Camp de Balata, le 8 avril 1878.

³ ANOM GUA 56/339 : Envoi de l'état numérique des immigrants indiens, troisième trimestre 1862, Basse-Terre, le 10 novembre 1862.

compter sur aucun accueil favorable. Cette ultime proposition ne semble pas non plus aboutir.

En réalité, en dehors de toute question d'ordre humanitaire, à cette époque, les colonies anglaises et hollandaises sont tout aussi intéressées par les travailleurs immigrants. Les besoins de la main-d'œuvre pour l'agriculture et pour d'autres secteurs d'activités sont, à peu près, semblables. Il s'agit aussi d'une question vitale pour ces territoires d'où l'introduction d'un très grand nombre de travailleurs immigrés. Ces colonies ne peuvent, en conséquence, satisfaire, dans l'immédiat, les doléances des autorités françaises. Le gouverneur de la Guyane française a bien compris cet état de fait. Derrière la fréquence des évasions vers les colonies étrangères, il voit un commerce d'embauchage des travailleurs immigrés que les autorités coloniales anglaises encouragent en refusant leur extradition¹. Dans l'impossibilité d'obtenir la collaboration des autorités coloniales anglaises et hollandaises, l'administration coloniale française ne peut compter que sur ses propres moyens.

III. Les stratégies déployées pour lutter contre le marronnage des engagés

Les autorités coloniales n'ont pas cessé de chercher des solutions pouvant mettre un terme au marronnage des engagés, préjudiciables aux intérêts des engagistes et surtout contraires à l'ordre public. L'on distingue les mesures administratives visant à lutter contre le marronnage (A) de l'action judiciaire proprement dite (B).

A. Les mesures administratives visant à contrer le marronnage des engagés

¹ ANOM GUY 52/10 : Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre, Cayenne le 4 novembre 1856.

Pour lutter contre le marronnage des engagés dans les colonies de plantation, des mesures administratives visant à faire échouer leurs projets d'évasion sont mises en place.

1. La création d'un bateau garde-côte

Des mesures visant à prévenir toutes nouvelles évasions vers l'étranger, du moins de les faire échouer sont vite prescrites par l'administration. Ainsi, dans une lettre adressée au ministre de la Marine et des Colonies, le 16 septembre 1857, le gouverneur de la Guyane indique qu'une péniche a déjà été établie en croisière sur la côte des quartiers Sous Le Vent où les évadés doivent toujours passer. On a pensé qu'une telle initiative aurait pour effet d'effrayer les immigrants et de mettre ainsi un terme à leurs évasions dont le développement inquiète les habitants. Le chiffre des évasions, constatées par le bureau de l'immigration, au cours d'une même année, pouvait, en effet, s'élever jusqu'à 130 individus. Le gouverneur, dans sa lettre, se félicite de la mise place d'une telle stratégie puisque n'ayant constaté aucune tentative d'évasion depuis plus d'un mois. Ce résultat, pour lui, ne peut être attribué qu'à la présence du bateau garde côte¹.

Cependant, après deux mois sans tentatives, l'envie de s'évader se manifeste tout à coup chez les immigrants. Le 15 novembre 1857, le gouverneur de la Guyane informe le ministre que l'établissement d'une croisière sur tout le rivage de la colonie situé de l'embouchure de Kourou jusqu'au Maroni, destiné à effrayer les engagés et à mettre un terme à leurs tentatives d'évasion, n'a malheureusement pas été efficace². Il

¹ ANOM GUY 52/10: Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre de la marine et des colonies, Cayenne 16 septembre 1857.

² ANOM GUY 52/10: Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre de la marine et des colonies, Cayenne 15 novembre 1857.

souligne que quatre embarcations montées de 23 engagés sont parties de différents endroits de la colonie pour gagner les colonies anglaise et hollandaise. Ces désertions prouvent que rien ne peut arrêter les engagés déterminés à affirmer leur liberté. Mais grâce au bateau garde-côte les quatre embarcations sont arrêtées et les fugitifs conduits à la maison de la discipline. Ainsi, si le bateau garde-côte ne peut décourager les engagés de prendre la mer pour se réfugier ailleurs, il permet néanmoins d'en intercepter quelques-uns.

2. Prime à la capture

Afin de diminuer autant que possible le nombre des engagés déserteurs, on accorde une prime pour leur capture comme ce fut le cas avec les esclaves marrons. À la Réunion, l'arrêté du 31 décembre 1855 visant à réprimer la désertion des engagés alloue 2 francs 50 à tout individu ayant capturé un engagé fuyard¹. En 1859 un décret du 8 janvier fixe à 10 francs la prime de la capture des grands déserteurs dans les bois. La prime de 2 francs 50 ne va désormais concerner que les engagés marrons ordinaires (art. premier de l'arrêté du 26 octobre 1868). La prime payée par la commune est remboursée par le marron en journée de travail consacrée aux travaux communaux ou d'utilité coloniale².

En Martinique, c'est l'agent de police ou de la gendarmerie, qui ne fait pourtant que son travail en arrêtant les vagabonds, qui bénéficie de la prime. Il faut encourager les forces de l'ordre à s'investir davantage dans la recherche et l'arrestation des engagés marrons. Ainsi, un arrêté du 7 juin 1875 alloue « une prime de trois francs à tout agent de la force publique qui reconduira chez son engagiste un immigrant arrêté en état

¹ Ho Hai Quang, *Histoire économique de l'Île de la Réunion, 1849-1881 : engagisme, croissance et crise*, Paris, l'Harmattan, 2004, p. 47.

² Paul GUIRAL, *op. cit.*, p. 69, notes 1 et 2.

de désertion dans la commune de sa résidence. Cette prime sera de cinq francs pour l'immigrant reconduit de la commune où il aura été arrêté dans une commune limitrophe¹ ». La moitié de la prime est payée par la caisse d'immigration, et l'autre moitié par l'engagiste et retenue sur les salaires du fuyard. L'engagé marron arrêté et ramené à la plantation se voit ainsi prélever sur son maigre salaire les frais de capture. Par ce procédé, on espère avoir un effet salutaire sur l'esprit des immigrants qui seraient tentés de s'évader.

Nous ignorons si des textes semblables existent en Guyane et en Guadeloupe, mais nous savons que les administrations de ces colonies ont attribué des primes à ceux qui ont contribué à la capture des engagés fuyards. En juillet 1879, le service de l'immigration de la Guadeloupe attribue 100 francs à un patron de barque ayant réussi à arrêter l'embarcation de cinq engagés indiens tentant de s'évader vers la colonie anglaise de Dominique². En Guyane, la prime est surtout offerte pour la capture des engagés réputés dangereux. Ainsi par exemple, en février 1860 le gouverneur promet une prime de 300 francs pour l'arrestation d'un immigrant africain, accusé d'assassinat³. En mars 1861, il offre 1000 francs pour l'arrestation d'un autre engagé africain, accusé de meurtres, viols et dévastations⁴. Il est évident que le gouverneur n'aurait pas offert de telles sommes si le seul délit commis des engagés n'était que la fuite.

¹ANOM, MAR 130/1173 : Arrêté portant création de deux emplois d'inspecteur de l'immigration et prescrivant quelques dispositions complémentaires sur le régime des immigrants dans la colonie du 7 juin 1875.

² Christian SCHNAKENBOURG, *op. cit.*, Partie 3, p. 1004, note 106.

³ Céline FLORY, *op. cit.* p. 341.

⁴ ANOM GUY 52/10: Lettre du gouverneur de la Guyane française à Monsieur le ministre, Cayenne 11 juin 1861.

L'attribution d'une prime à la capture a permis l'arrestation d'un grand nombre d'engagés en état de marronnage qui ont, par la suite, ou été réprimés pénalement ou fait l'objet d'une punition disciplinaire. Une surveillance sévère suivie d'une répression pénale a plus de chance de venir à bout du marronnage des engagés.

B. La répression pénale du marronnage des travailleurs engagés

Afin de lutter contre le marronnage des engagés, on décide de l'assimiler purement et simplement au vagabondage, ce qui est discutable. En effet, par ce biais, on garantit l'exécution d'un contrat civil par une sanction pénale puisque le vagabond est passible d'une peine d'emprisonnement. L'article 18 du décret du 13 février 1852 renvoie au code pénal colonial qui punit dans son article de 271 de trois à six mois d'emprisonnement le délit de vagabondage¹. En faisant de la rupture du contrat par la fuite un délit pénal, le pouvoir colonial place les engagés dans une situation rigoureuse qui déroge au droit commun. En métropole, la violation des obligations contractuelles par une partie ne donne lieu qu'à une action civile². L'employé mécontent des conditions du travail qui prend la fuite n'est donc pas un vagabond. Il ne saurait l'être sous peine de porter une sérieuse atteinte à la liberté individuelle. Cependant, en milieu contraint, il n'est pas rare de rencontrer des dispositions de ce type. La France et la plupart des puissances coloniales ont estimé que la rupture du contrat par la fuite constitue un délit pénal. Les raisons mises en avant sont, d'une part, l'inefficacité des sanctions

¹ D'après cette disposition « est abrogé l'article 1^{er} du décret du 27 avril 1848, concernant la répression du vagabondage et de la mendicité aux colonies. Seront appliquées, à l'avenir, aux faits de vagabondage et de mendicité les peines prononcées par le code pénal colonial .»

² Paul GUIRAL, *op. cit.*, p. 63.

civiles, les actions en dommages et intérêts étant considérées comme une arme illusoire contre le travailleur engagé ; et d'autre part la nécessité de maintenir l'ordre public¹.

Très tôt pour éviter d'encombrer les tribunaux par des affaires de vagabondage, on a pris l'habitude de ne juger que les fuites qui ont duré un mois ou plus. Cette pratique, qui permet de mesurer l'ampleur du marronnage des engagés, sera consacrée à la fin des années 1880 dans les colonies de plantation². Lorsque la fuite date de moins d'un mois, l'engagé est un simple déserteur. Il est placé au dépôt colonial³ avant d'être réintégré ensuite dans l'habitation de son engagé. Mais pour cette absence illégale, il est puni d'une retenue de salaire pour chaque journée d'interruption et indépendamment de cette privation de salaire d'une retenue supplémentaire à titre de dommages et intérêts (art. 6 du décret du 13 février 1852). Ainsi, en plus d'être condamné à servir une personne qui l'a maltraité, l'engagé subit une privation de salaire et des dommages et intérêts pour avoir cherché à prendre sa liberté. Il est même frappé d'une contravention de police après trois retenues de salaire pour absence non justifiée et d'une peine d'emprisonnement en cas de récidives multiples.

¹ Paul GUIRAL, *op. cit.*, p. 12.

² Christian SCHNAKENBOURG, *op. cit.*, Partie 3, p. 1004.

³ Jusqu'en 1878, en Guadeloupe, les engagés arrêtés en état de désertion étaient amenés, en attendant l'enquête sur les faits qui leur sont reprochés, dans les prisons coloniales, faute de local adéquat. Cette situation a donné lieu à des réclamations de toute sorte (de la part des magistrats et des maires), car on ne peut emprisonner que des individus condamnés ou sous mandat de dépôt. Afin de faire cesser ces plaintes fondées, l'administration crée des maisons de dépôt (Basse-Terre et Pointe-à-Pitre). À la Réunion, cependant, un dépôt colonial est établi dès 1854 par l'arrêté du 7 septembre.

Si le simple déserteur n'est pas immédiatement puni d'une peine d'emprisonnement, il en va autrement pour celui qui incite à la désertion. Ainsi, en Martinique, en 1857, Robert Myre, engagé sur l'habitation Gaigneron du Lamentin, qui avait entraîné avec lui plusieurs engagés sur un projet d'évasion, est condamné à trois ans de prison par le tribunal de première instance, statuant en matière correctionnelle, pour incitation au désordre. Son intention était d'enlever une grande pirogue la nuit et de s'évader à Sainte-Lucie. Mais la gendarmerie, prévenue, l'a arrêté avant qu'il ne réalise son projet¹. En 1858, toujours en Martinique, un engagé africain désigné comme l'instigateur de la tentative d'évasion de vingt immigrants dont lui-même est condamné à quelques mois de prison pour enlèvements de canots et incitation à désertion le travail². Pour infliger de telles pénalités, les juridictions se fondent sur l'article 15 du décret du 13 février 1852³ applicable en Martinique, Guadeloupe, en Guyane et à la Réunion qui dispose que « quiconque, par dons, promesses, menaces ou mauvais conseils, aura déterminé ou excité des gens de travail à abandonner, pendant le cours de leur engagement, l'exploitation ou l'atelier auquel ils étaient attachés sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et pourra, en outre, être condamné à une amende de 101 francs à 500 francs⁴. »

Cependant, il convient de noter qu'avec la suppression du Code pénal indigène aux Antilles en 1877 et l'application du Code pénal

¹ ANOM, MAR 130/1170 : Lettre du commissaire général de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur, Fort-de-France, le 23 décembre 1857.

² ANOM, MAR 130/1170 : État de situation des Immigrants de la colonie au 1^{er} octobre, Fort-de-France, le 13 octobre 1858.

³ *La main-d'œuvre aux colonies, documents officiels sur le contrat de travail et le louage d'ouvrage aux colonies*, T1, Paris, Armand Colin et cie, 1895, p. 89.

⁴ *Ibid.*

métropolitain, le marronnage des engagés ne pouvait plus être légalement assimilé au vagabondage bien que les tribunaux aient continué à le réprimer comme tel¹. La définition du vagabondage telle que dégagée par l'article 270 du Code pénal n'inclut pas la fuite ou la désertion des travailleurs. Aux termes, de cette disposition, ne sont considérés comme vagabonds que « ceux qui n'ont ni domicile certain ni moyen de subsistance, et qui n'exercent habituellement ni métier ni profession ». En Guadeloupe, dans un souci de conformité, le décret du 30 juin 1890, réglementant l'immigration dans cette colonie, remplace, dans son article 149, le qualificatif vagabondage par la désertion tout en gardant la même pénalité². Ainsi, si l'engagé en état de marronnage depuis un mois n'est plus qualifié de vagabond, il subit la même punition que ce dernier, c'est-à-dire une peine de prison de trois à six mois prévue à l'article 271 du Code pénal.

Afin de moraliser la pénalité infligée à l'engagé fuyard, on l'a fait accompagner par une obligation du travail qui permet en même temps à l'administration d'obtenir une main-d'œuvre gratuite. Il faut dissuader les engagés de prendre la fuite à n'importe quelle occasion et surtout éviter de nourrir gratuitement des individus qui ne veulent pas travailler. Ainsi, l'article 22 du décret du 13 février 1852 soumet les personnes condamnées pour vagabondage à des travaux durant leur séjour dans les geôles ou dans les ateliers de discipline. On rappelle que ce dispositif avait été mis

¹ Christian SCHNAKENBOURG, *op. cit.*, Partie 3, p. 1013.

² « Tout immigrant qui ne justifie pas d'un engagement ou d'une dispense d'engagement, ou qui, étant régulièrement engagé, est en état de désertion de chez son engagiste depuis plus de trente jours, est passible des peines portées contre le vagabondage par l'article 271 du code pénal. », Décret du 30 juin 1890 réglementant l'immigration à la Guadeloupe, in *La main-d'œuvre aux colonies, documents officiels sur le contrat de travail...*, *op. cit.*, p. 303.

en place dans les années 1830 pour les esclaves marrons¹. Le travail obligatoire n'intéresse pas que les condamnés, il concerne aussi les engagés dont la fuite ne nécessite pas une condamnation mais qui sont enfermés au dépôt colonial avant leur réintégration.

Le refus de se conformer au régime de travail entraîne des punitions sévères. En novembre 1882, deux immigrants indiens désertent l'habitation de leur engagiste, peu de temps après leur arrivée. Arrêtés et conduits à la maison de dépôt, ils déclarent non seulement refuser formellement de retourner chez leurs engagistes, mais aussi de se conformer à la disposition du règlement relatif au travail. Ils se sont en plus montrés insolents envers le régisseur de la maison de dépôt et l'inspecteur de l'immigration. L'administration juge alors de leur appliquer les mesures disciplinaires prescrites par l'arrêté du 26 mars 1868. Ces mesures sont la mise en cellule et la mise à la farine et à l'eau. Pour le gouverneur de la Guadeloupe, « il est du devoir de l'administration de prendre des mesures pour le maintien de l'ordre et de la discipline dans les maisons de dépôt où se trouvent quelques fois réunis de nombreux immigrants déserteurs des habitations et animés d'un très mauvais esprit² ». Les deux immigrants déserteurs seront finalement traduits devant la justice après que l'un d'eux a mis le feu à la porte de la cellule. Ils seront condamnés, chacun, à cinq ans de travaux forcés³.

À l'expiration de sa peine de prison, en Guadeloupe, l'engagé qui a été condamné pour vagabondage ou désertion, réintègre l'habitation de son

¹ Céline RAMSAMY-GIANCONE, « L'engagisme sous l'angle de la question carcérale (1850-1873) », *Travaux & documents* n° 56, 2021, 69-81, p. 71.

² ANOM GUA 56/398 : Lettre du gouverneur de la Guadeloupe à monsieur le ministre de la marine et des colonies, Basse-Terre, le 8 août 1883

³ *Ibid.*

engagiste. Si l'identité de son engagiste n'est pas connue, il est placé au dépôt colonial pendant six mois pour contracter un engagement. Si son premier engagiste se présente alors qu'il a contracté un nouvel engagement, ce contrat est rompu de plein droit. Si au bout de six mois, durant lesquels il est astreint au régime de travail, il ne contracte pas un engagement ou ne fait connaître son engagiste, il est rapatrié d'office¹. À la Réunion, à partir de 1872, pour éviter tout afflux, l'engagé marron capturé, employé gratuitement aux travaux communaux, n'est rapatrié ou réengagé qu'au bout de deux ans².

Conclusion

Dans les colonies de plantation (Guadeloupe, Guyane, Martinique et la Réunion), entre 1850 et 1900, les travailleurs engagés, qui ont remplacé les esclaves dans leurs tâches et presque traités comme eux, ont fini par adopter les mêmes comportements, les mêmes causes entraînant les mêmes effets. Pour les engagés, comme pour les esclaves, le marronnage se présente –avant tout– comme une nécessité, une issue à leur désillusion. Dans l'espoir de trouver une condition de vie d'hommes libres, un grand nombre de travailleurs engagés ont fait le choix de s'évader soit dans les villes, soit dans les endroits inhabités ou de naviguer vers les Îles voisines, au risque de tous les dangers que peuvent entraîner des semblables aventures.

Loin d'être un phénomène insignifiant, on observe que le marronnage est récurrent chez les engagés des colonies de plantation et concerne toutes les catégories d'immigrants. Il est même considéré dans ces

¹ Article 122 du décret du 13 juin 1887 relatif à la réglementation de l'immigration à la Guyane.

² Michèle MARIMOUTOU, *Les engagés du sucre*, *op. cit.*, p. 150.

territoires comme une « plaie de l'immigration¹ ». Dès le départ, il a fait l'objet de plaintes incessantes de la part des engagistes. Puisqu'il s'agit d'un phénomène qui touche à la fois les intérêts des planteurs et l'ordre public, les autorités coloniales se sont vues contraintes de multiplier les solutions pouvant y mettre un terme. On constate que les moyens mis en place pour l'endiguer se rapprochent beaucoup de ceux employés pour le marronnage des esclaves aux temps de l'esclavage : chasse aux fuyards, prime à la capture, travail obligatoire et emprisonnement pour les capturés.

Mais en ne prenant en compte que leurs propres arguments, les autorités coloniales se sont mises en échec. Les mesures administratives qui avaient pour but de faire comprendre aux immigrés qu'il n'était pas aussi facile de rompre leur engagement par la fuite, comme ils l'avaient supposé, se sont montrées inefficaces dans l'ensemble. Il en est de même des mesures répressives qui n'ont pas obtenu les effets escomptés puisque l'on a constaté une augmentation du nombre de désertions au fil des ans en dépit de l'action répressive des tribunaux. En 1885, le chef du service de l'immigration de la Guadeloupe souligne par exemple que « malgré la sévérité déployée depuis quelques temps par les tribunaux² », l'action judiciaire est sans influence.

Il ne fait aucun doute que les autorités locales ont essayé de réglementer législativement leur droit d'intervention entre l'engagiste et l'engagé afin de mieux protéger ce dernier. Mais il aurait fallu s'intéresser davantage au système étanche d'encadrement de l'engagisme pour lutter efficacement contre le marronnage des travailleurs engagés.

¹ ANOM MAR130/1170 : Rapport du Commissaire de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur sur le 1^{er} trimestre 1862.

² GUA 59/411 : Rapport du chef de service de l'immigration à monsieur le directeur de l'intérieur, Basse-Terre, le 17 mars 1885.