

**CONFLICTUALITE
EN AFRIQUE FRANCOPHONE**

Faculté des sciences juridiques et politiques de Dakar
Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques

DROIT SENEGALAIS

n° 10 – 2011-2012

CONFLICTUALITE EN AFRIQUE FRANCOPHONE

**sous la direction de Mamadou Badji,
Olivier Devaux
et Babacar Gueye**

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

Copyright et diffusion : 2012

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

ISSN : 1958-3419

ISBN : 978-2-36170-038-6

REVUE DROIT SENEGALAIS

Directeur de publication : M. le doyen de la Faculté des sciences juridiques et politiques

Comité scientifique :

- Ndiaw DIOUF
- Mamadou BADJI
- André CABANIS
- Abdoullah CISSE
- Aminata CISSE NIANG
- Olivier DEVAUX
- Madjiguène DIAGNE
- Françoise DIENG
- Seydou DIOUF
- Alioune Badara FALL
- Ismaïla Madior FALL
- Babacar GUEYE
- Ibrahima LY
- El Hadj MBODJ
- Isaac Yankhoba NDIAYE
- Paul NGOM
- Abdoulaye SAKHO
- Alioune SALL
- Moussa SAMB
- Sylvain SANKALE
- Filiga-Michel SAWADOGO
- Joseph ISSA-SAYEGH
- Amsatou SOW SIDIBE
- Demba SY
- Samba THIAM

Comité de lecture :

- MM. les professeurs Mamadou BADJI
- André CABANIS
- Françoise DIENG
- Alassane KANTE
- Ibrahima LY
- Demba SY

TABLE DES MATIERES

PREFACE par Bruno Sire et Mamadou Badji.....	11
PREMIERE PARTIE : CONFLICTUALITE EN AFRIQUE FRANCOPHONE	
LA GESTION DES CONFLITS EN AFRIQUE SUBSAHARIENNE : APPROCHES FRANCOPHONES par Mamadou Badji.....	17
CONFLICTUALITE ET FRANCOPHONIE EN AFRIQUE : LA PREVENTION DES CONFLITS ET LES SEUILS D'ALERTE par André Cabanis.....	49
LES INSTITUTIONS DE SORTIE DE CONFLITS par Olivier Devaux et André Cabanis.....	71
CONFLICTUALITE ET CRISE DU DEVELOPPEMENT EN AFRIQUE. POUR UNE APPROCHE CONSTRUCTIVISTE CENTREE SUR LA CAUSALITE MULTIFACTORIELLE DES CONFLITS EN AFRIQUE par Amadou Sarr Diop.....	105

Table des matières

L'INSTABILITE INSTITUTIONNELLE EN AFRIQUE par Babacar Gueye et Sémou Ndiaye.....	127
LA PROTECTION DES RESSOURCES EN EAU EN PERIODE DE CONFLIT ARME : ENTRE DROITS HUMAINS ET DROIT DE L'ENVIRONNEMENT. par Saïdou Nourou Tall.....	189
DEUXIEME PARTIE : VARIA	
LA GREVE DANS LA CONSTITUTION DU SENEGAL DE JANVIER 2001 par Amadou Faye.....	233
L'ENJEU DE L'ELECTION PRESIDENTIELLE EN AFRIQUE par Ousmane Khouma.....	251
REFLEXION SUR LA DENATURATION DE LA LIBERTE DE MANIFESTATION EN DROIT AFRICAIN par Fara Mbodj.....	265
LES NULITES DE L'ENQUETE ET DE L'INSTRUCTION : UN EXEMPLE DU DECLIN DE LA LEGALITE PROCEDURALE ? par El Hadji Makhoudia Mboup.....	325

PREFACE

par Bruno Sire,
président de l'Université Toulouse 1 Capitole
et
Mamadou Badji,
directeur du Centre d'étude et de recherche
en histoire du droit et des institutions
Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Nos Journées scientifiques se tiennent à un moment où le continent africain, notamment l'arc sahélien, traverse des difficultés, des crises polymorphes et simultanées.

Certes ce phénomène n'est pas nouveau. Mais la configuration des nouvelles conflictualités alourdit la capacité de compréhension et bien sûr, le processus de prise de décision. Le chercheur isolé se révèle incapable de tout embrasser dans le champ de sa seule science, tant les paramètres à intégrer sont multiples, techniques, interculturels, juridiques, économiques, financiers, etc. Obligé de traiter en un minimum de temps un maximum d'informations de toutes origines, et étant par nature bien incapable de le faire, il se trouve désarmé, décontenancé, en un mot perdu.

C'est dire l'importance de la démarche pluridisciplinaire, celle que nous pratiquons dans nos rencontres. Ancré dans l'actualité, le thème du colloque de cette année met le doigt sur la complexité des nouvelles conflictualités en Afrique.

Cette complexité pose naturellement un problème aux chercheurs lorsque, à un moment donné ou à un autre, ils sont appelés à fournir une grille de lecture. Semblable interrogation s'impose dans des équipes de recherche comme les nôtres, où nos doctorants, seront confrontés à ce type de problématique qui ne se résout pas instantanément par les seuls éléments d'analyse juridique. D'autres problèmes surviennent au loin.

Pour l'expert, il faut apprendre à ne pas être uniquement dépendant de ce que l'on voit sur le petit écran et dans les grands titres des journaux. Il faut être en mesure, comme le dit le criminologue Xavier Raufer, d'opérer un décèlement précoce, de noter les signaux faibles qui annoncent de futures tempêtes. C'est dire la complexité sans cesse croissante de notre planète. Le monde dangereux qui est le nôtre exige d'intégrer ces multiples et incessants changements.

Conscients des enjeux qu'ils charrient, les organisateurs du colloque de Dakar entendent questionner l'histoire récente. A cet égard, un constat s'impose : de nombreux défis sécuritaires se posent au continent africain. Les facteurs d'insécurité se diversifient, la violence ne recule pas et jamais les activités illicites n'ont connu une telle ampleur. Les Etats du continent ne parviennent pas à trouver la stabilité et la sécurité nécessaires à leur développement, malgré les efforts entrepris depuis plusieurs années.

En effet, les pays d'Afrique subissent les effets de trois phénomènes :

- *la persistance des conflits internes et des rébellions locales*. Ce phénomène est renforcé par les bouleversements qui accompagnent la pauvreté grandissante, le développement démographique, le changement climatique, imprimant à l'accès aux terres arables et au partage des ressources naturelles une direction particulière;

- *l'enracinement du terrorisme djihadiste*, incarné par Al-Qaïda au Maghreb islamique (AQMI), les milices somaliennes Shebaab et la secte islamiste nigériane Boko Haram. Depuis la mort de Ben Laden, si la dynamique de l'islam salafiste combattant semble marquer le pas au Moyen-Orient, son berceau, elle connaît un terreau fertile en

Préface

Afrique. Les craintes sont grandes d'une alliance entre ces trois groupes, laquelle représenterait un risque majeur pour la sécurité du continent ;

- *le développement du crime organisé*. Ce phénomène planétaire n'épargne pas l'Afrique, où les organisations criminelles transnationales se sont implantées depuis une dizaine d'années, profitant de la faiblesse des Etats du continent pour se livrer à leurs activités illicites, en premier lieu le trafic de drogue. Elles gangrènent les économies de pays comme la Guinée-Bissau et achètent de nombreuses complicités locales.

Ces phénomènes concomitants -et de plus en plus fréquemment combinés- représentent un défi considérable pour les pays africains. Le coût économique de cette insécurité est énorme : pertes humaines, destructions des infrastructures, interruption de l'activité économique, pillages des ressources naturelles, corruption, fuite des investisseurs et des opérateurs étrangers, fuite des cerveaux, etc. Conflits locaux, terrorisme et criminalité sont de véritables entraves au développement économique et à la sécurité des populations.

La multiplication des zones grises -aussi bien dans les grands centres urbains d'Afrique que dans les régions les plus reculées- est propice au développement de trafics de toute sorte, comme à celui de la violence. Ces espaces incontrôlés sont de véritables « pépinières » pour les organisations criminelles et terroristes.

La faible institutionnalisation du pouvoir, la défaite des Etats ou leur incapacité à exercer leurs fonctions régaliennes constituent la problématique centrale de la sécurité en Afrique. De nombreux acteurs étrangers sont attirés par la vulnérabilité des Etats du continent, car ils savent pouvoir tirer bénéfice du désordre local pour y prospérer. Le risque à venir est celui de la prise de contrôle du pouvoir politique par des groupes criminels ou des gouvernements soumis à l'emprise de ces organisations. Alors se produirait le basculement d'une criminalisation économique vers une criminalisation politique. La Guinée Bissau en est peut-être le premier exemple.

PREMIERE PARTIE

LA CONFLICTUALITE EN AFRIQUE FRANCOPHONE

**LA GESTION DES CONFLITS
EN AFRIQUE SUBSAHARIENNE¹
Approches francophones.**

**par Mamadou Badji,
agrégé des Facultés de droit,
Université Cheikh Anta Diop de Dakar**

L'Afrique indépendante est devenue, depuis la fin de la guerre froide, le théâtre de conflits qui menacent la paix et la sécurité de ses habitants². Il est incontestable que le nombre de conflits inter et intra-étatiques y est l'un des plus élevés au monde³. Fait marquant de cette récurrence des conflits, l'arc sahélien⁴ développe une conflictualité endémique sur laquelle les différents acteurs ont peu de prise⁵. Les facteurs de troubles sont nombreux : la fragilité des Etats de la région, les luttes intestines pour la conquête, le maintien et le contrôle du pouvoir, le climat d'insécurité généralisé, la militarisation croissante

¹ Cet article est le texte, corrigé et quelque peu développé d'une communication, donnée à l'occasion du colloque organisé par l'Association des internationalistes les 15 et 16 octobre 2010 à Paris sur le thème « L'Afrique indépendante dans le système international ».

² J.-C. PORTEOUS, « L'évolution des conflits en Afrique subsaharienne », in *Politique étrangère* n° 2, Paris, 2003, p. 307-320.

³ Cf. l'étude du Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI) : in *Yearbook of world armaments and disarmaments*, Oxford (UK), Oxford University Press, 1999.

⁴ Dans les textes arabes médiévaux, le Sahel désigne l'espace compris entre le Maghreb et le *bilad as Sudan*, « pays » des Noirs. Espace de jonction entre deux plaques tectoniques aux particularités affirmées et ancrées dans le temps long, cette région se situe à la croisée de deux champs géopolitiques, l'Afrique du Nord, méditerranéenne, et l'Afrique subsaharienne.

⁵ *Diplomatie*, n° 47, novembre-décembre 2010, p. 60-74.

de la zone, etc. Dès lors, les questions de paix, de sécurité et de stabilité des Etats africains n'ont perdu ni de leur actualité, ni de leur acuité, encore moins de leur urgence.

De nombreuses études sont consacrées au phénomène⁶. Au demeurant, certaines d'entr'elles, portant sur des domaines où tout évolue très vite sont à présent désuètes. C'est précisément une des raisons pour lesquelles il nous a paru intéressant de revenir sur ce thème de recherche particulièrement fertile en proposant une approche hors des sentiers battus.

Au préalable, il n'est pas sans intérêt de définir les concepts et les mots-clés du sujet. Le concept de conflit doit être entendu au sens large, c'est-à-dire de tout conflit ouvert (celui dans lequel la violence se produit sous une forme ou une autre), mais aussi de conflit entre Etats (celui où l'opposition des prétentions est suffisamment extériorisée pour mettre en danger la paix sociale⁷). Il est à distinguer de la notion de crise. Celle-ci est définie comme une phase, un moment critique, donc une situation limitée dans le temps. La crise s'arrête lorsque la tension tombe ou lorsqu'un arrangement a été trouvé ; mais elle prend aussi fin, d'une certaine manière, lorsqu'elle débouche sur un conflit, sur la guerre. En politique, le mot « crise » a un sens négatif : on aurait souhaité que la crise ne se soit pas produite. Mais une fois survenue, il faut la surmonter.

Le terme « gestion » des crises (« crisis management », en anglais), suppose qu'un mécanisme assurant, *a priori* la prévision, des crises, soit mis en place de manière durable. Quant à la prévention, elle consiste à mettre en place des stratégies visant à empêcher qu'une crise ne dégénère en conflit ou qu'un conflit n'éclate à nouveau⁸, tandis que la gestion des conflits consiste à empêcher qu'une situation ne dégénère en conflit armé et permet de trouver les voies et moyens afin que cette situation ne s'aggrave.

⁶ Voir *Questions internationales*, n° 5, janv.-févr. 2004, p. 4-77.

⁷ P. REUTER, *Droit international public*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Thémis, 5^{ème} édition, 1976, p. 360.

⁸ En d'autres termes, il s'agit de la mise en place d'une diplomatie préventive, du déploiement préventif et du désarmement préventif.

La gestion des conflits en Afrique subsaharienne

Sans entrer dans le détail des études disponibles sur le sujet, quelques constats s'imposent : depuis 1960, plus de quarante conflits ont éclaté en Afrique subsaharienne, particulièrement dans des pays comme l'Angola, le Burundi, le Congo-Brazzaville (mai-octobre 1997), la Côte d'Ivoire en 1999 et depuis 2002, l'Érythrée, l'Éthiopie, le Liberia, le Nigeria, le Mozambique, l'Ouganda, la République démocratique du Congo, le Rwanda, la Sierra Leone et le Soudan – pour ne citer que ceux-là- qui ont été confrontés à de graves conflits, à des troubles politiques d'une rare violence⁹. Mais on peut également mentionner les antagonismes armés au Niger en 1996, en Centrafrique en 2003, les crises politiques du Niger et de la République de Guinée en 2010.

Outre le nombre élevé de conflits, l'analyse fait ressortir quelques traits caractéristiques. Les conflits en Afrique subsaharienne sont d'abord meurtriers et plus déstabilisateurs sur le plan régional, même si les risques de contagion sont moindres que durant la période marquée par l'antagonisme issu de la guerre froide. Ils sont par ailleurs de nature ambivalente. Les conflits qui agitent le continent, notamment l'arc subsaharien, ont à la fois une dimension interne et internationale. Ce sont les conflits survenus dans les années 1990 qui viennent surtout à l'esprit. La crise du Liberia, le conflit du Congo-Brazzaville du fait de l'envoi de quelques militaires de la République démocratique du Congo à Brazzaville (suite aux dégâts causés à Kinshasa par les tirs d'obus en provenance du Congo), l'intervention angolaise aux côtés de Sassou Nguesso ou encore l'acheminement à ce dernier d'armements ayant transité par les facilités aéroportuaires mises à sa disposition par le Gabon¹⁰, en sont des exemples frappants.

⁹ Certains de ces pays connaissent actuellement des conflits qui sont loin d'être réglés.

¹⁰ Si l'Angola intervient au Congo pour soutenir Sassou Nguesso contre le président Pascal Lissouba, c'est en partie parce que ce dernier soutenait des mouvements angolais rebelles tels que l'UNITA et le FLEC (Front de libération de l'enclave de Cabinda). A ce sujet, lire D. BACH et L. SINDJOUN, *Ordre et désordre en Afrique, Introduction générale* : [http://www.polis.sciencespobordeaux.fr/vol. 4, p. 2 et 3](http://www.polis.sciencespobordeaux.fr/vol.4, p. 2 et 3).

Ces conflits sont enfin de plus en plus difficiles à saisir par le droit. Loin de les circonscrire dans leurs termes exacts, une démarche empirique consisterait à distinguer des situations de sortie de crise négociée, résultant d'un processus d'une tierce médiation (cas du Togo en 2005 et de la Côte d'Ivoire) ; des situations de crise persistante, dont l'étiologie est variable (cas de la Côte d'Ivoire, de la République démocratique du Congo, du Burundi, des Comores, du Tchad, de la République centrafricaine) ; des situations de crise larvée (cas du Niger et du Mali confrontés à la problématique de l'insécurité dans la zone sahélo-saharienne).

Les causes de ces conflits sont multiples et spécifiques à chaque pays. Toutefois, les facteurs les plus couramment retenus tiennent à la mauvaise gouvernance, aux difficultés de l'Etat, à la faible institutionnalisation du pouvoir, à la circulation des armes, à l'accès à des ressources par des groupes armés¹¹, etc. D'autres éléments sont également à prendre en considération, notamment les facteurs exogènes (ingérence extérieure). Pour sa part, l'Organisation des nations unies dans son Rapport de 1998 sur « les causes des conflits et la promotion d'une paix et d'un développement durables en Afrique », relève que la dynamique conflictuelle doit être analysée à travers les facteurs structurels et les facteurs conjoncturels (causes proches, éléments catalyseurs), non sans insister sur l'interrelation entre ces facteurs dans leur aspect structurel (pauvreté, lutte pour la conquête, la conservation et/ou le partage du pouvoir, absence de distribution des bénéfices tirés de l'exploitation des ressources, mauvais découpages issus de l'emprise coloniale européenne, etc.).

Quant aux éléments catalyseurs, ils ont connu un développement sans précédent dans les années 1990 avec la vague de transitions démocratiques (crispations autour de la désignation ou de la mise en place d'institutions dont l'existence est cruciale pour assurer le fonctionnement normal de l'État). L'étude réalisée en 1996 par un des

¹¹ P. COLLIER, *Economic Causes of Civil Conflict and their Implications for Policy*. Development Research Group: World Bank, 2000.

La gestion des conflits en Afrique subsaharienne

juristes les plus éminents¹² de l'École de Bordeaux est à cet égard riche d'enseignements : La volonté des dirigeants de s'accrocher au pouvoir, les fraudes électorales, la militarisation de la vie politique sont autant de facteurs qui ont conduit à des crises de niveau élevé, voire à des guerres civiles en Afrique subsaharienne. Certains chercheurs¹³ abondent dans le même sens en indexant le déficit démocratique, la corruption et l'inefficacité de l'action gouvernementale, décrits comme des facteurs générateurs de contestations politiques et donc de conflits. Les interconnexions entre ces facteurs sont très complexes et diverses sont les stratégies de gestion des conflits.

Plus généralement, les institutions politiques sont responsables de la gestion des contestations. Mais la gestion des conflits n'est efficace qu'assortie d'un programme de renforcement des capacités des pays africains en matière de gouvernance politique et économique. C'est ce à quoi s'emploie l'OIF dont les stratégies de gestion des conflits en Afrique subsaharienne retiendront notre attention. Certes ces stratégies ne sont pas toujours efficaces. Mais en croisant les approches francophones avec celles développées par d'autres acteurs, peut-être alors, retrouverons-nous l'espoir de saisir les enjeux de la mise en place de l'Afrique indépendante dans le système international¹⁴.

Le cadre d'analyse se fonde sur les dynamiques actuelles des relations internationales. Il s'inspire surtout de l'approche réaliste des relations internationales. D'après les tenants de celle-ci, le système international se distingue des systèmes nationaux par son principe d'organisation anarchique (alors qu'un système national est

¹² J. du BOIS de GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », in *Afrique contemporaine*, n° spécial, 4^{ème} trimestre 1996, p. 250-256.

¹³ C.-K. TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les États francophones d'Afrique noire », *Revue Française de Droit Constitutionnel* 2005/3, n° 63, p. 451-491.

¹⁴ I. William ZARTMAN, *La résolution des conflits en Afrique*, L'Harmattan, Paris 2011, p. 228-259.

hiérarchique). Il n'existe pas en effet de gouvernement central au plan mondial pour imposer une régulation des comportements des acteurs. Le réalisme estime que l'anarchie entraîne une méfiance mutuelle entre les Etats qui considèrent qu'ils ne peuvent compter que sur eux-mêmes. La nature du système international est telle que le risque de déclenchement d'un conflit est inévitable.

Comment alors s'attaquer aux conflits qui agitent l'Afrique indépendante ? La Francophonie entend y répondre, par l'action diplomatique et politique de son secrétaire général. Ce dernier n'a pu jouer ce rôle qu'à la suite d'une longue maturation du fait francophone. La première structure publique, l'Agence de coopération culturelle et technique (ACCT), créée le 20 mars 1970 à Niamey entre 21 Etats, n'est qu'une agence de coopération au budget et aux ambitions politiques modestes. Ce n'est qu'en 1986 que le premier Sommet des chefs d'Etat et de gouvernement ayant en commun l'usage du français s'est réuni à Paris, au palais de Chaillot. Mais le sommet ne crée pas d'organisation ; celle-ci se met en place de façon pragmatique, sans base juridique, jusqu'à l'adoption de la charte de la Francophonie à Hanoi en 1997. De fait, la Francophonie - avec une majuscule- désigne, au sens politique et institutionnel du terme, l'ensemble des institutions intergouvernementales rassemblées au sein de l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF). Si cette organisation joue un rôle plus conforme aux dynamiques actuelles des relations internationales, la démarche scientifique adoptée ici pour en apprécier la portée est celle qui privilégie l'approche réaliste « offensive » : celle-ci permet d'expliquer pourquoi les stratégies de gestion des conflits déployées par l'OIF s'appréhendent comme un moyen pour elle d'acquérir de l'influence.

Cette direction appelle deux remarques. La première concerne l'intervention de la Francophonie dans la gestion des conflits des Etats membres, étant estimé que celle-ci lui permet de défendre certains objectifs dans le système international : l'action de l'OIF en effet cadre parfaitement avec son rôle d'acteur identifiable dans les relations internationales. La seconde remarque porte sur l'institutionnalisation du fait francophone. Il est maintenant un fait acquis que le secrétaire

La gestion des conflits en Afrique subsaharienne

général de l'OIF « conduit l'action politique de la Francophonie, dont il est le porte-parole et le représentant officiel au niveau international » et pour laquelle il « signe les accords internationaux ». Pour apprécier la pertinence du rôle diplomatique que joue son secrétaire général, il n'est pas sans intérêt de préciser que l'OIF comme toute organisation internationale, représente le mécanisme institutionnel de la coopération étatique dans des domaines aussi variés que la culture, le développement, la paix, les droits de l'homme, l'économie, etc. Cette institution est un sujet de droit international, titulaire de droits et d'obligations, mais un sujet institué par la volonté des Etats dans un cadre conventionnel (la charte de la Francophonie). L'OIF est dotée de compétences limitées et fonctionnelles qui lui sont attribuées par les Etats membres ; elle est à bien des égards étroitement dépendante de ses créateurs.

Cependant, elle dispose d'une certaine autonomie à l'égard des Etats et agit sur leur comportement. A-t-elle pour autant les moyens d'agir sur le terrain qui nous occupe ? La question prend ici une résonance particulière. Pour prévenir et/ou gérer les conflits, la Francophonie agit sur la base d'un texte fondateur : la déclaration de Bamako, adoptée le 3 novembre 2000, dont le dispositif est conforté en 2006 par la déclaration de Saint-Boniface. Ce texte fondateur de l'OIF met à la charge des chefs d'États et de gouvernements des obligations, parmi lesquelles celles de promouvoir « une vie politique apaisée », par la mise en œuvre de solutions innovantes en vue de gérer ou de prévenir les crises et conflits.

Après une problématique générale, cette étude évalue le rôle et l'action de la Francophonie dans la gestion des conflits sous deux angles différents : le premier est celui de la mise en œuvre des mécanismes de l'intervention ; le second rend compte des limites de l'action sur le terrain. Les conclusions en sont nuancées, même si elles apparaissent plus tranchées que celles d'autres observateurs.

I – Les mécanismes francophones de gestion des conflits

La multiplicité et la diversité des conflits pouvant affaiblir les États, notamment les contestations postélectorales, le non respect des

droits de l'homme et des règles du jeu démocratique, amènent la Francophonie à réaffirmer son engagement en faveur du respect de la démocratie, des processus électoraux, des droits et libertés en général. Cet engagement démocratique se traduit par des actions s'inspirant des pratiques et des expériences positives de chaque Etat et gouvernement membres, l'objectif final étant d'agir sur le comportement des acteurs.

La tentation de faire de la Francophonie un acteur puissant devient alors très forte. En effet, si la gestation d'un ensemble francophone cohérent allait dès le départ, « émaner de deux sources distinctes et recouvrir deux axes de préoccupations prioritaires¹⁵», les dynamiques actuelles des relations internationales impriment à l'union géoculturelle née dans les années 1970 une direction particulière, se concrétisant dans l'institutionnalisation du fait francophone¹⁶ et la construction d'un ensemble géopolitique¹⁷.

C'est une donnée importante : désormais aux discours humanistes et tiers-mondistes d'antan, tend à se substituer une conception politico-diplomatique de la Francophonie. La volonté d'intervenir dans l'ordre politique devient alors le fait marquant de cette évolution. En effet, l'OIF est de plus en plus amenée à se préoccuper de conflits internes, notamment aux Comores, en Côte d'Ivoire, en République centrafricaine, en République démocratique du Congo¹⁸, pour ne prendre que quelques exemples. Certes, les initiatives politiques et diplomatiques du secrétaire général de la Francophonie, sont prises en liaison avec les instances et sur la base

¹⁵ C. DESOUCHES, « Francophonie : difficile gestation d'un ensemble cohérent », in *Géopolitique africaine*, Bruxelles, 1986/12, p. 106.

¹⁶ La convergence naturelle des intérêts et des besoins des pays francophones a permis l'institutionnalisation progressive de la Francophonie, qui s'est affirmée dès le départ comme une union géoculturelle. Cf. X. DENIAU, *La Francophonie*, Paris, PUF, 2003, p. 49.

¹⁷ J. BARRAT et C. MOISEL, *Géopolitique de la Francophonie : un nouveau souffle ?* Paris, La Documentation française, 2004.

¹⁸ Rapport au secrétaire général sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone, Délégation aux droits de l'homme et à la démocratie de l'OIF, Paris, 2004, p. 61-62.

La gestion des conflits en Afrique subsaharienne

des principes de la déclaration de Bamako. Mais les valeurs qui fondent cet ensemble géopolitique incitent à l'action : la charte de la Francophonie accorde au respect de la démocratie et des droits de l'homme une importance singulière. Pour aller dans le même sens, les chefs d'Etat et de gouvernement des pays ayant le français en partage insistent sur l'interrelation entre « Francophonie et démocratie » : selon eux, il ne saurait y avoir d'approfondissement du projet francophone sans une progression constante vers la démocratie et son incarnation dans les faits ; en outre, l'engagement démocratique des Etats membres est une priorité qui doit se traduire par des propositions et des réalisations concrètes.

Deux axes d'intervention sont alors mis en avant. D'une part, l'accent est mis sur la solidarité entre les Etats, transcendant les égoïsmes nationaux, ainsi que la logique des situations et des acteurs¹⁹. On entend ainsi remplacer les relations conflictuelles, la violation des règles du jeu démocratique, par des valeurs libérales mettant l'accent sur le respect de la démocratie, des droits et libertés, de l'Etat de droit. D'autre part, on intègre dans la déclaration de Saint-Boniface, adoptée en 2006, des dispositions qui, dans le domaine de la prévention, en appellent à « une utilisation optimale des capacités de la Francophonie, afin de lui permettre de jouer pleinement son rôle spécifique dans l'observation, l'alerte précoce, la diplomatie préventive, la gestion des crises, l'accompagnement des transitions et la consolidation de la paix, et, ce, dans le cadre d'une coopération systématique et rationalisée avec les organisations internationales et régionales ».

A - Le cadre juridico-politique de la gestion des conflits.

L'approche francophone consiste à conforter les liens établis entre démocratie et développement, le souci étant de compléter les droits civils et politiques par l'adjonction des droits économiques et sociaux. Il ne s'agit pas d'établir une relation de cause à effet – impossible

¹⁹ Voir M. BADJI, J.-M. CROUZATIER, *Solidarité en (f)rancophonie : réalité ou faux-semblant ?* Cluj, Idea Design and Print, 2010, p. 17-36.

d'ailleurs à vérifier– mais d'aller au-delà des aspects purement techniques du processus électoral pour définir la démocratie. La démarche francophone considère que les élections sont certes essentielles à la démocratie, mais c'est le progrès économique –en favorisant l'instauration d'un ordre social plus juste, plus équitable– qui devrait permettre à la démocratie de s'enraciner.

C'est précisément l'une des raisons pour lesquelles des initiatives sont prises par l'OIF pour couronner les efforts des Nations unies en faveur de la démocratie et des droits de l'homme : celles-ci, depuis les années 1990, se concrétisent dans des prises de position mais aussi dans des programmes d'accompagnement des processus électoraux, de consolidation de l'Etat de droit, de promotion de la culture des droits de l'homme, et de coopération juridique et judiciaire²⁰.

Ces initiatives suscitent toutefois nombre d'interrogations : existe-t-il une conception francophone de la démocratie et des droits de l'homme, originale par rapport à celle des Nations unies ? Ses programmes sont-ils un simple « accompagnement » des programmes des Nations unies, ou un complément utile et pertinent ? Et surtout : comment concilier le respect de l'indépendance des Etats²¹, l'affirmation de valeurs universelles et la promotion de leur garantie par l'OIF ? D'autres questions subsistent. Elles concernent les prises de position : quelle est la définition des notions de « démocratie », de « culture démocratique intériorisée », de « droits de l'homme » et d'« Etat de droit » dans les déclarations de la Francophonie ?

Existe-t-il une conception francophone originale par rapport à celle des Nations unies ? Ces questions sont d'autant plus pertinentes que le symposium international sur les pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone (« Bamako+5 »)

²⁰ Nous suivons J.-M. CROUZATIER, « Les enjeux de la Francophonie », in M. BADJI, J.-M. CROUZATIER, A. CABANIS (sous la dir. de), *Francophonie et relations internationales*, Paris, Ed. des archives contemporaines, 2009, p. 47-64.

²¹ La convention de Niamey et la charte de la Francophonie énoncent tout à la fois la souveraineté des Etats, le principe de non-ingérence et la nécessité de respecter les droits de l'homme...

La gestion des conflits en Afrique subsaharienne

s'était attaché à relever que les droits de l'homme et la démocratie « en émergence » marquent désormais de façon caractérisée l'espace francophone, « où ils sont appelés à s'affermir », tout en rappelant, conformément à la déclaration de Bamako, que, « dans le respect des principes universels, il n'existe pas de modèle unique de la démocratie, que la démocratie et le développement sont interdépendants »²².

1 – La promotion des principes de l'Etat de droit et de la démocratie

Les chefs d'Etats et de gouvernements des pays ayant le français en partage confirment dans la déclaration de Bamako leur attachement à une organisation politico-juridique de la société reposant sur la démocratie, « système de valeurs universelles, fondée sur la reconnaissance du caractère inaliénable de la dignité et de l'égale valeur de tous les êtres humains », et sur le respect de l'Etat de droit « qui implique la soumission de l'ensemble des institutions à la loi, la séparation des pouvoirs, le libre exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que l'égalité devant la loi des citoyens, femmes et hommes »²³.

La démocratie est définie comme « la tenue, à intervalles réguliers, d'élections libres, fiables et transparentes, fondées sur le respect et l'exercice, sans aucun empêchement ni aucune discrimination, du droit à la liberté et à l'intégrité physique de tout électeur et de tout candidat, du droit à la liberté d'opinion et d'expression, notamment par voie de presse et autre moyen de communication, de la liberté de réunion et de manifestation, et de la liberté d'association ». Elle suppose donc l'existence de partis politiques « égaux en droits, libres de s'organiser et de s'exprimer ». Ainsi, « la démocratie va de pair avec le multipartisme ».

²² Symposium international sur les pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone (Bamako, 6-8 novembre 2005), Acte final, « Bamako+5 ».

²³ Note adoptée par le CPF en septembre 2001, fixant les modalités pratiques de mise en œuvre des procédures du chapitre 5 de la déclaration de Bamako.

Pour les citoyens, « la démocratie se juge, avant tout, à l'aune du respect scrupuleux et de la pleine jouissance de tous leurs droits, civils et politiques, économiques, sociaux et culturels, assortis de mécanismes de garanties ». La référence à l'Etat de droit est ici intéressante, en ce sens que non seulement ce thème s'est « mondialisé, mais encore il bénéficie, depuis le début des années 1990, d'une consécration explicite sur le plan international : inscrit dans une série de textes et de documents internationaux, il est désormais érigé en véritable « standard », auquel tout Etat est tenu de se conformer »²⁴. En cas de non-respect des dispositions de la déclaration, le secrétaire général de la Francophonie peut saisir les instances de l'organisation et demander au pays en cause de rectifier, de mettre fin aux violations des droits et libertés ou de corriger les éléments de la gouvernance qui ne fonctionnent pas.

Autre axe de la démarche francophone : l'affirmation selon laquelle démocratie et paix sont inséparables. Envisagée non seulement comme respect de la légalité mais aussi comme un engagement continu en vue de trouver des solutions pacifiques aux problèmes de société, la démocratie est le socle sur lequel s'établit la prévention structurelle des conflits. Les avancées de la démocratie dans l'espace francophone, comme l'effectivité des droits de l'homme, constituent ainsi le préalable à toute paix et à toute stabilité et en sont l'adjuvant. Cet attachement aux objectifs de paix a été constamment affirmé dans les textes fondamentaux de la Francophonie ainsi qu'à l'occasion des divers sommets des chefs d'Etats et de gouvernements des pays ayant le français en partage.

La charte de Hanoï, en 1997, tout comme la charte adoptée en novembre 2005 à Antananarivo rappellent avec force cette orientation essentielle de la Francophonie en faveur de la paix et de la prévention des conflits, en précisant en son article 1 que la Francophonie « consciente des liens que crée entre ses membres le partage de la langue française et des valeurs universelles, et souhaitant les utiliser au service de la paix, de la coopération, de la solidarité et du

²⁴ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 2003 (4^e éd.).

La gestion des conflits en Afrique subsaharienne

développement durable, a pour objectifs d'aider : à l'instauration et au développement de la démocratie, à la prévention, à la gestion et au règlement des conflits et au soutien à l'État de droit et aux droits de l'homme... ». De la même manière, le *cadre stratégique décennal* de la Francophonie, adopté au sommet de Ouagadougou, le 20 novembre 2004, a mis en exergue l'une des quatre missions fondamentales de la Francophonie : celle (Mission B) « d'apporter une contribution significative à la promotion de la paix, de la démocratie, et au soutien à l'État de droit et aux droits de l'homme, en mettant l'action sur la prévention », selon deux axes stratégiques : « consolider la démocratie, les droits de l'homme et l'État de droit ; contribuer à prévenir les conflits et accompagner les processus de sortie de crise, de transition démocratique et de consolidation de la paix ».

C'est cet aspect qui constitue la contribution la plus attractive de la Francophonie dans ce domaine. Plus que le texte même de la déclaration de Bamako, c'est incontestablement ce processus fait de rencontres entre responsables politiques, d'échanges d'expériences et de réflexions entre eux, qui constitue l'apport original de la Francophonie à l'entreprise d'universalisation de la démocratie et des droits de l'homme. Dans la déclaration de Bamako, la Francophonie se dote d'un dispositif d'observation et de réaction en matière de prévention des crises et des conflits (chapitre 5). Le système repose sur deux approches complémentaires : une observation permanente des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone ; l'intervention du secrétaire général en cas de crise ou de rupture de la démocratie, ou de violations graves des droits de l'homme, pour faciliter un règlement, accompagner le processus de sortie de crise et restaurer la paix. Cette démarche s'inscrit donc dans une perspective préventive.

L'OIF adopte une démarche pédagogique en précisant de manière détaillée les exigences : agissant sur la base de la déclaration de Bamako, elle détaille les engagements pris et précise pour chacun d'eux les pratiques à suivre et les actions à mener. Ces pratiques et actions font l'objet d'un mécanisme de suivi spécifique assuré par l'observatoire des pratiques de la démocratie, des droits et des

libertés, au sein de la délégation à la paix, à la démocratie et aux droits de l'homme placée sous l'autorité du secrétaire général : cet observatoire créé en 2004 évalue de façon permanente la situation dans les pays de l'espace francophone, assiste les gouvernements pour renforcer leurs capacités, alerte éventuellement le secrétaire général en cas de violations des dispositions en vigueur, et le conseille sur les initiatives nécessaires. L'observatoire s'appuie sur le réseau des institutions de la Francophonie (représentations permanentes de l'OIF, Assemblée parlementaire de la Francophonie, Cours constitutionnelles, bureau de la Conférence des ministres de la Justice...), ainsi que des organisations non gouvernementales et des associations francophones. Ces réseaux et les réseaux de réseaux, se réunissent sur une base régulière. Ainsi, leurs membres se connaissent les uns les autres et sont au fait de leur situation respective. Lorsqu'une crise survient, quelle qu'elle soit, lorsqu'un conflit éclate, la Francophonie peut agir directement à partir des acteurs présents sur le terrain. En effet, la pratique courante en Afrique, est le recours aux personnalités respectées (tels que les anciens présidents, ou même certains présidents en exercice). S'y ajoute le recours à la constitution comme mode opératoire de règlement des conflits²⁵.

Ainsi, outre la consécration des principes de l'économie de marché, la Francophonie encourage de plus en plus d'Etats à intégrer dans leur constitution les mécanismes de la démocratie libérale, dont le système de l'État de droit n'est qu'un des éléments, au même titre que le multipartisme, le régime représentatif, les élections libres, régulières et disputées. Les constitutions se sont ainsi trouvées placées au cœur de la régulation des crises ou conflits, dont elles admettent désormais l'existence sur la scène officielle²⁶.

Il est au demeurant facile d'avancer que dans tous les cas, la démarche francophone se veut préventive et privilégie la médiation pour le règlement des conflits, sans cependant s'interdire de

²⁵ J. du BOIS de GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », art. cité, p. 250-256.

²⁶ C.-K. TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », art. cité, p. 451-491.

La gestion des conflits en Afrique subsaharienne

condamner et de sanctionner. Mais la sanction reste l'ultime recours : les mécanismes francophones présentent la particularité de reposer, avant tout, sur l'accompagnement et l'assistance aux États dans le rétablissement des principes démocratiques ; il s'agit de conseiller et d'aider plutôt que de stigmatiser les écarts.

C'est que la Francophonie est une organisation internationale spécifique. Elle est, par nature et par choix, une communauté de fait ouverte sur le monde, ainsi que sur les peuples et les cultures qui la composent²⁷. Elle est une puissance mais il s'agit d'une « puissance douce » (*soft power*), ou si l'on veut, d'une puissance influente, en ce sens qu'elle articule une « capacité d'exercer une certaine influence politique, idéologique, linguistique ». Ensemble hétérogène et polymorphe, elle est en relation avec les autres espaces géopolitiques : « Devenue un acteur identifiable des relations internationales, attractif et influent, la Francophonie entre dans un système international concurrentiel, complexe et incertain et parallèlement introduit de la tension en son sein »²⁸

C'est un acteur qui ne peut être envisagé sans tenir compte des relations interétatiques entre les Etats membres. Le recours aux théories des relations internationales est donc indispensable pour appréhender cette réalité. L'approche réaliste est indiscutablement celle qui est applicable à la Francophonie. Le réalisme se caractérise tout d'abord par une constatation. Il n'y a pas, au sein du système international, d'autorité capable d'imposer à ses membres des règles contraignantes : les « égoïsmes sacrés », pour reprendre la formule du général de Gaulle, dominant et justifient tout. La société internationale reste fragmentée entre les Etats, principaux acteurs des relations internationales ; ces entités étatiques souveraines cherchent à

²⁷ Cf. M. BADJI, « L'identité francophone », in M. BADJI, J.-M. CROUZATIER, A. CABANIS (sous la dir. de), *Francophonie et relations internationales*, Paris, Ed. des archives contemporaines, 2009, p. 25-32.

²⁸ M.-L. MARTIN, « La Francophonie, objet de la théorie des relations internationales : brèves remarques de synthèse », in M. GUILLOU et PHAN T. Hoai Trang (dir.), *La Francophonie sous l'angle des théories des relations internationales*, Lyon, Iframond/Université Jean Moulin, 2008, p. 241-250.

maximiser leur intérêt national défini en termes de puissance. L'équilibre de la puissance est le seul moyen d'assurer la paix et la stabilité dans le système international²⁹.

Le concept d'intérêt national est ici central pour structurer l'analyse. Par intérêt national, il faut entendre une analyse rationnelle des moyens militaires, diplomatiques, technologiques, culturels et économiques, mais aussi son adéquation avec les objectifs et les intérêts de l'Etat. L'ensemble de ces moyens permet à l'Etat d'assurer son maintien et la défense de sa souveraineté dans le système international³⁰. La puissance est un autre concept important qui se définit comme « la capacité d'une entité politique d'imposer sa volonté aux autres unités³¹ ». Ainsi, ces deux concepts sont au cœur de l'analyse réaliste de la politique étrangère.

Mais, il existe actuellement, un débat qui oppose *réalistes* « défensifs » et *réalistes* « offensifs » à propos de l'analyse de cette approche. Pour les réalistes « défensifs », la politique étrangère d'un Etat vise à assurer sa sécurité, alors que les réalistes « offensifs » avancent que c'est plutôt la quête d'influence qui est l'objectif à atteindre. Dans ce débat, une thèse retiendra notre attention : celle des réalistes « offensifs » affirmant que les Etats utilisent le maintien de la paix comme un moyen d'acquérir de l'influence ; elle est un cadre d'analyse pertinent afin de mettre en lumière la manière dont les décideurs répondent à la configuration des rapports de puissance et comment ils mobilisent les ressources sur le plan interne³².

Les Etats jouent un rôle significatif en matière de politique étrangère. Ce sont les Etats qui adhèrent à l'OIF, qui la financent,

²⁹ D. BATTISTELLA, *Théorie des relations internationales*, Paris, Presses de Science Po, 2003, p. 112.

³⁰ C. ROBICHAUD, « Intérêt national », in A. MACLEOD, E. DUFAULT, G. DUFOUR (sous la dir. de), *Relations internationales. Théories et concepts*, Montréal, Ed. Athéna, 2002, p. 85.

³¹ R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1984, p. 58.

³² S. GUZZANI et S. RYNNING, « Réalisme et analyse de la politique étrangère », in *Politique étrangère : nouveaux regards*, sous la direction de F. CHARILLON, Paris, Presses de Science Po, 2002, p. 54.

La gestion des conflits en Afrique subsaharienne

approuvent ses orientations et son cadre stratégique. Toutefois, le projet porté par la Francophonie est celui d'une alliance interétatique dotée d'organes permanents chargés de la réalisation d'actions de coopération. Les activités de coopération menées par les opérateurs directs non-étatiques fournissent un exemple probant de ce que les Etats n'ont pas le monopole de la représentativité. A cela s'ajoute le renforcement des liens non étatiques entre militants ou structures de la société civile : « Ces relations qui remontent à l'origine ne sont pas prises en compte par les réalistes. Certes, les Etats membres de la Francophonie agissent en fonction de leurs intérêts propres mais la différence avec l'approche réaliste se manifeste par la nature de l'intérêt national mis en avant. Pour les Etats, l'intérêt de la Francophonie n'est pas en premier lieu l'ordre politique. Il s'agit plus fondamentalement de domaines qui s'éloignent des champs traditionnels pris en compte par les réalistes tels la paix, la démocratie, la diversité culturelle ou encore le développement durable³³ ».

Or c'est bien sur le plan politique que la Francophonie peut intervenir comme acteur potentiel important. En effet, l'OIF est une organisation régionale au titre du chapitre VIII de la charte des Nations unies. Elle est d'autant plus à même de jouer ce rôle, que depuis le sommet de Cotonou, les Etats membres ont décidé d'en faire un acteur politique de taille. De plus elle a donné nombre de signes marquants de cette volonté non seulement à travers sa charte constitutive et les résolutions issues de différents sommets, mais aussi à travers les déclarations de son secrétaire général. A ces manifestations, il faut ajouter un élément inhérent à l'organisation elle-même : la solidarité qui constitue son fondement. En vérité, le projet francophone s'inscrit, aussi bien dans l'esprit de ses Pères fondateurs qu'au regard des dynamiques actuelles des relations

³³ T.-H. Trang PHAN, « La dynamique et les moteurs de la Francophonie en relations internationales », in M. GUILLOU et PHAN T. Hoai Trang (dir.), *La Francophonie sous l'angle des théories des relations internationales*, op. cit., p. 151- 166, particulièrement p. 161.

internationales, dans une vision commune de l'avenir, fondée sur la recherche d'une plus grande solidarité entre ses membres.

Dès lors, un des objectifs de l'approche francophone étant précisément de conforter les liens établis entre démocratie et développement, il est logique que la question de l'interdépendance entre les questions sécuritaires d'une part, et l'Etat de droit et le développement d'autre part soit considérée comme centrale au sein des instances de la Francophonie. Mais de tels objectifs ne sont réalisables que dans un environnement stable et non conflictuel. Considérant que la quête de sécurité n'est qu'un pas de plus vers l'Etat de droit, l'OIF ajuste ses interventions qui ont de plus en plus un caractère humanitaire, quand elles ne s'inscrivent pas tout simplement dans des phases dites de reconstruction.

2 – La mise en avant du principe de la responsabilité de protéger les populations

Pour couronner les efforts visant à atteindre ses objectifs, l'OIF adopte lors du sommet des chefs d'Etat et de gouvernement des pays ayant le français en partage, réuni à Ouagadougou le 27 novembre 2004, une déclaration reconnaissant le principe de la responsabilité de protéger et mettant à la charge des Etats la responsabilité de protéger les populations qui se trouvent sur leur territoire. «...Cependant, lorsqu'un Etat n'est pas en mesure ou n'est pas disposé à exercer cette responsabilité, ou qu'il est lui-même responsable de violations massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire ou de la sécurité, la communauté internationale a la responsabilité de réagir pour protéger les populations qui en sont victimes, en conformité avec les normes du droit international, selon un mandat précis et explicite du Conseil de sécurité des Nations unies et sous son égide ». Ce faisant, la Francophonie précède la reconnaissance par les Nations unies du concept de responsabilité de protéger, effectuée par l'Assemblée générale à travers les dispositions des paragraphes 138 et 139 du document final du sommet mondial. La responsabilité principale de l'Etat territorialement compétent y est affirmée, ainsi que la priorité des moyens pacifiques et de coopération. Le texte

La gestion des conflits en Afrique subsaharienne

exclut catégoriquement les actions unilatérales et envisage exclusivement des interventions humanitaires conduites avec l'autorisation du Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la charte.

La dynamique entamée à Ouagadougou se poursuit et se concrétise dans l'adoption de la déclaration de Saint-Boniface de 2006 par la conférence ministérielle sur la prévention des conflits et la sécurité humaine. Ce texte s'articule principalement autour du concept de la responsabilité de protéger, et apporte des indications quant aux modalités d'exercice de cette responsabilité. Selon la déclaration de Saint-Boniface, « la responsabilité incombe à chaque État de protéger les civils sur son territoire ou sur un territoire qu'il contrôle ».

Le cas échéant, la déclaration prévoit expressément que « la responsabilité de la communauté internationale est de réagir d'une façon opportune et décisive, et en conformité avec la légalité internationale, les principes de la charte des Nations unies et les prérogatives dévolues au Conseil de sécurité pour protéger les civils contre le génocide, les crimes de guerre, l'épuration ethnique et les crimes contre l'humanité, au cas où les moyens pacifiques s'avéreraient insuffisants et où il serait manifeste que les autorités nationales ne protègent pas leurs populations contre de tels actes ».

Ainsi, à l'avant-garde des organisations internationales dans la reconnaissance du concept de la responsabilité de protéger, la Francophonie apporte sa contribution pour enrichir la compréhension de cet engagement et favoriser une plus grande adhésion de la communauté internationale en sa faveur³⁴. Une des tâches de la responsabilité de protéger est justement de mieux assurer la protection des personnes vulnérables notamment dans les situations de conflit. Toute organisation régionale qui prendrait en charge des

³⁴ Cf. H. ABDELHAMID, M. BELANGER, J.-M. CROUZATIER, S. DOUAILLER, *Sécurité humaine et responsabilité de protéger. L'ordre humanitaire international en question*, Paris, Ed. des archives contemporaines, 2009.

questions sécuritaires, doit en tenir compte. Aujourd'hui, l'élaboration d'une approche francophone de cette question s'affirme³⁵.

Au demeurant, consciente de l'éparpillement des actions menées, l'OIF, à deux reprises (en avril 2004 et en avril 2008), a pris l'initiative de porter la réflexion sur le défi de l'opérationnalisation des systèmes d'alerte précoce existants dans un cadre multilatéral en partenariat avec d'autres organisations et institutions internationales. Elle suit la question du déploiement des opérations de maintien de la paix notamment dans ses États membres. Parallèlement, l'Organisation entretient une coopération étroite avec les organisations intergouvernementales, tant universelles que régionales, pour mettre en place des actions conjointes, ou adopter des positions communes³⁶.

B - Les actions de coopération avec les organisations régionales

L'OIF développe de nombreuses actions de coopération dans le domaine de la gestion des conflits. C'est notamment vrai lors de la survenance d'une rupture de l'ordre constitutionnel (en cas de coup d'Etat) dans un pays, ou en cas d'utilisation non démocratique des constitutions, ou encore si des violations répétées des droits de l'homme sont observées. Remarquables sont les actions de coopération développées avec l'Afrique de l'Ouest, par le biais d'une organisation régionale, la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) dont la plupart sont membres de l'OIF. Pour en saisir les vrais enjeux, il n'est pas sans intérêt de rappeler que la CEDEAO a été créée dans le but de promouvoir la coopération économique et l'intégration entre les Etats membres. Avec la recrudescence des conflits en Afrique de l'Ouest, elle se fixe un nouvel objectif, celui de la résolution des conflits dans la sous région,

³⁵ A. CABANIS, J.-M. CROUZATIER, C. MIHALI, *La responsabilité de protéger : une perspective francophone*, Idea Design et Print Editura, Cluj

³⁶ Sur ce point, voir M. JULIA, « L'évolution de la coopération entre l'ONU et les organisations régionales : L'exemple de l'Organisation internationale de la Francophonie », in M. GUILLOU et PHAN T. Hoai Trang (dir.), *La Francophonie sous l'angle des théories des relations internationales*, op. cit. p. 187-200.

La gestion des conflits en Afrique subsaharienne

étant estimé qu'aucun développement économique et, partant, l'intégration économique de ses quinze membres, n'est possible dans un environnement d'insécurité et d'instabilité³⁷. Ainsi, face au climat d'insécurité qui prévaut dans cette sous-région³⁸, les Etats membres, conscients de la « corrélation étroite entre les objectifs de développement économique et un environnement de sécurité et de stabilité », ne tardent pas à réagir pour ne pas mettre en péril ces objectifs³⁹. Conscients que les résultats obtenus dans la voie du développement socioéconomique des pays membres peuvent facilement être compromis par l'instabilité de la sous-région, ils élèvent au rang des objectifs prioritaires de la CEDEAO la résolution des conflits⁴⁰.

C'est dans ce sens qu'il faut interpréter la mise sur pied, à Banjul (23-24 juillet 1998), d'un mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité. Ce mécanisme comme son nom l'indique, est chargé de la sécurité et de la stabilité dans la sous-région. Il trouve une base juridique à travers le traité constitutif de la CEDEAO, notamment son article 58 relatif à la sécurité sous régionale, le protocole de non agression (ANAD), signé le 22 avril 1978 à Lagos, le protocole d'assistance mutuelle en matière de défense, signé à Freetown le 29 mai 1981. L'ensemble de ces instruments, qui lient les Etats membres, constituent le cadre juridique qui préside à la création du mécanisme ayant pour objectif principal de développer le rôle politico-militaire de la CEDEAO. C'est donc conformément à ces instruments juridiques que le mécanisme de la CEDEAO a été mis en œuvre. Les conflits que gère la CEDEAO

³⁷ Préambule du mécanisme de prévention, de gestion et de règlement des conflits, de maintien de la paix et de sécurité de Banjul des 23-24 juillet 1998.

³⁸ Les conflits qui ont ravagé le Liberia, la Guinée-Bissau et la Sierra Leone au cours de ces dernières années, sont, de ce point de vue, particulièrement édifiants.

³⁹ Y.-A. BA, « Fléau des conflits et défi sécuritaire en Afrique », in *RJPIC*, n° 1, 55^e année, janvier-avril 2001, p. 21.

⁴⁰ A. SALL, *Les mutations de l'intégration des Etats en Afrique de l'Ouest. Une approche institutionnelle*, Paris, Ed. L'Harmattan, 2008, p. 133-158.

sont de deux ordres : d'une part, les différends d'ordre politique, frontalier ou les changements anticonstitutionnels de régimes politiques, et, d'autre part, les conflits ethniques ou certaines convulsions sociales ou politiques⁴¹ affectant le fonctionnement régulier des institutions.

Afin de régler et/ou de gérer les oppositions des prétentions suffisamment extériorisées, les Etats de la CEDEAO créent une force armée multinationale, l'ECOMOG⁴² dont l'une des principales missions est le maintien de la paix. L'ECOMOG est une force opérationnelle qui a joué un rôle fondamental dans la résolution des nombreux conflits sous-régionaux⁴³. Instrument militaire de l'institution, l'ECOMOG intervient aussi bien en cas de conflit armé à l'intérieur d'un Etat membre orchestré et soutenu de l'extérieur et susceptible de compromettre la paix et la sécurité de l'ensemble de la communauté, qu'en cas de conflit entre deux ou plusieurs Etats membres si les tentatives de règlement pacifique du conflit ne prospèrent pas⁴⁴. Il y a là une dimension politique qui lui permet de servir de lieu de règlement des conflits qui déchirent la sous-région.

Mais ce mécanisme joue également chaque fois qu'il y a menace à la paix et à la sécurité sous-régionale. C'est dire que la force multinationale de la CEDEAO est chargée de la gestion collective de la sécurité sous-régionale⁴⁵. Ainsi, la CEDEAO fait recours à l'ECOMOG pour la gestion et le règlement des conflits dans la sous-région, mais en cas de conflits armés, elle aura recours à d'autres instruments, notamment l'appel à des missions d'intervention politique et militaire étrangères. Toutefois, l'effectivité du mécanisme

⁴¹ M.-S. A. KATAKA, *Le nouveau mécanisme de prévention des conflits de la CEDEAO*, Rapport de stage IRIC, 1999, p. 1.

⁴² Ecomog Ceasefire Monitoring Group (lire : Groupe chargé du contrôle et de la mise en œuvre du cessez-le-feu, en français).

⁴³ Ses interventions ont été particulièrement remarquables, en Sierra Léone en 1998 et au Liberia en décembre 1989-avril 1991.

⁴⁴ C'est ce que prévoit le mécanisme institué à Banjul en 1998.

⁴⁵ M.-S. A. KATAKA, *Le nouveau mécanisme de prévention des conflits de la CEDEAO*, *op. cit.*, p. 2.

La gestion des conflits en Afrique subsaharienne

est mise en doute⁴⁶ : non seulement l'armature institutionnelle et normative est décriée, mais on pointe également les difficultés financières, le déficit de personnel, le manque de moyens logistiques qui sont autant d'obstacles à son bon fonctionnement. Certes, les institutions mises en place offrent une bonne lisibilité des missions, mais l'inadéquation de cette architecture par rapport à la pléthore d'organes saute aux yeux. La pluralité d'organes ne peut être financée par la CEDEAO composée de pays à faible performance économique ; au contraire elle annihile le développement des activités de l'organisation, surtout celles relatives aux opérations de gestion des conflits. Le manque de moyens a des incidences sérieuses sur les apports en hommes et en logistiques lorsque les opérations de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité sont lancées. En outre, le quorum exigé pour la prise de décision, notamment l'unanimité, confère à chaque Etat un droit de veto. Cet état de fait n'est pas de nature à faciliter la prise d'engagements supranationaux face aux conflits. Le déploiement de stratégies de gestion efficace des conflits se révèle alors difficile. Au total, si l'on songe aux moyens déployés jusqu'à ce jour, il s'en faut de beaucoup pour que les résultats se mesurent aux enjeux.

II - Les limites d'une ambition politique

La Francophonie a-t-elle les moyens d'agir ? Les effets de son action se font-ils sentir sur le terrain ? Ces questions sont excellentes, les réponses le sont un peu moins. En effet, la Francophonie s'est donnée certains moyens, mais ces moyens sont sans commune mesure avec les ambitions affichées et les engagements pris par les chefs d'Etats et de gouvernements des pays ayant le français en partage. Son intervention en Afrique subsaharienne se heurte très souvent à des obstacles qui tiennent non seulement à la géopolitique régionale,

⁴⁶ N. LEMASLE, « L'ECOMOG, ou les espoirs déçus de la gestion régionale de la sécurité », in M. GALY, *Guerres nomades et sociétés ouest-africaines*, Paris, Ed. L'Harmattan, 2007, p. 227-250.

mais également à la faiblesse des fondements institutionnels et juridiques de l'OIF.

A – Les obstacles tenant à la géopolitique régionale

L'Afrique subsaharienne comprend, notamment dans sa partie francophone, des Etats dont les dirigeants, quoique partageant les valeurs de solidarité qui sous-tendent l'action de l'OIF, ont entre eux des « relations horizontales » complexes, voire antagonistes. Il est alors facile d'avancer que la complexité de ces relations horizontales porte préjudice aux efforts déployés en faveur d'une sécurité collective, et paralyse l'action que déploie la Francophonie sur le terrain. Le résultat des actions de l'OIF en matière de gestion des conflits est mitigé si bien que l'on doute de sa capacité à jouer un rôle de véritable médiateur. D'ailleurs, il semble que les points faibles de la Francophonie reflètent, en dernier ressort, les problèmes liés à l'instrumentalisation des Etats membres par des acteurs dont la rationalité est difficile à saisir. Ce constat traduit les difficultés qu'elle rencontre dans la recherche d'une sécurité collective en Afrique. Dans presque toutes les crises, la tendance générale est à la rivalité des acteurs en présence. Des conflits larvés opposent certains chefs d'Etat et de gouvernement qui, chacun de son côté, déclenchent un mécanisme pour gérer les conflits. Ces conflits atteignent le paroxysme lorsque des soutiens sont apportés aux parties en conflit rendant leur résolution complexe et minant les initiatives du secrétaire général de la Francophonie. Faute de régler ces oppositions, l'Afrique subsaharienne sera pendant longtemps exposée à l'instabilité.

En outre, une autre caractéristique de cette partie du monde est la multitude des organisations intergouvernementales poursuivant des objectifs similaires et qui entravent parfois la gestion des conflits. Sur le plan local, le fossé linguistique entre les Etats anglophones et francophones continue d'entraver les progrès économiques et politiques de l'Afrique subsaharienne. A bien des égards, le régionalisme et la tentative d'intégration en Afrique subsaharienne sont plutôt théoriques. L'opposition entre les Etats francophones et

La gestion des conflits en Afrique subsaharienne

anglophones est ressentie clairement dans la mesure où l'Etat du Nigeria est souvent critiqué dans ses interventions en faveur du règlement ou de la gestion des conflits. Les initiatives diplomatiques nigérianes sont perçues parfois même comme un facteur de trouble.

A ces obstacles liés au contexte proprement africain, il faut ajouter également des obstacles liés à l'environnement international. Les écueils propres à l'environnement international doivent être appréhendés dans le cadre général des relations internationales qui sont tantôt pacifiques, tantôt tendues. Celles-ci influencent énormément les stratégies de gestion des conflits en Afrique subsaharienne et sacrifient les mécanismes de l'OIF sur l'autel des oppositions d'intérêts. Par ailleurs, les bouleversements économiques et financiers qui accompagnent la mondialisation impriment à la maîtrise du territoire une direction particulière : il se crée des réseaux de trafics et des espaces extraterritoriaux qui échappent aux Etats ou aux institutions. Ces trafics concernent surtout le commerce des armes légères, difficilement maîtrisables. En vérité, le commerce des armes est un domaine qui échappe le plus souvent à la maîtrise des pouvoirs publics. Dominé sur le plan international par des grandes puissances industrielles et conduit au plan local par des marchands d'armes peu scrupuleux, il apparaît comme un des facteurs majeurs de fragilisation des Etats africains. C'est peu de dire que faire de l'Afrique subsaharienne un havre de paix ne sera possible qu'avec le contrôle, la maîtrise de ce commerce des armes.

Ce n'est pas tout. Sur le plan sécuritaire, le déploiement des mécanismes de sécurité collective qui existent a connu un certain infléchissement : l'existence des accords de défense et de coopération entre les Etats africains et les puissances du Nord mine parfois les initiatives de l'OIF. Ainsi, les incursions de la France notamment dans ses ex-colonies ont toujours créé des différends latents, surtout entre elle et le Nigeria. Lors de la crise qui a secoué la Sierra Léone, la France et le Portugal ont voulu chacun créer leur zone d'influence. La création de certaines organisations répond à cet affrontement. Ces obstacles économiques, politiques et sécuritaires offrent peu de marge de manœuvre à la Francophonie. La diplomatie économique de

certaines puissances dont la rationalité repose sur la recherche effrénée de bénéfices économiques en Afrique ruine les efforts tendant à la construction d'une paix durable dans cette partie du monde. C'est que le continent est sujet à des convoitises. La France tente de s'y maintenir par l'intermédiaire des pays francophones ; pendant ce temps, les Etats-Unis, la Grande-Bretagne, la Chine et les autres puissances veulent instaurer des relations étroites avec les Etats *in situ*. Ces rapprochements aux intérêts divergents, parfois antagonistes, ruinent souvent une réelle intervention de l'OIF dans la gestion des conflits, d'autant que chacun de ces acteurs entend avoir sur place des interlocuteurs privilégiés.

Au demeurant, depuis plus d'une décennie, les pays occidentaux ont abandonné les opérations de maintien de la paix en Afrique en se contentant d'appuyer une capacité africaine capable de traiter les situations de conflits et de renforcer les situations de paix. C'est dans ce sens qu'on peut interpréter la mise en place de certaines institutions pour « africaniser les opérations de maintien de la paix ». Il s'agit du projet R.E.C.A.M.P., de l'A.C.R.I. et de l'*African Peace Training Support Program*. Ces initiatives individuelles loin de faciliter le déploiement des actions de l'OIF contrarient au contraire la posture diplomatique du secrétaire général de la Francophonie. En outre, elles sont disparates et contradictoires et ne contribuent guère qu'à la fragmentation des stratégies de l'OIF dont la faiblesse des fondements juridiques et institutionnels saute aux yeux.

B - La faiblesse des fondements juridiques et institutionnels de l'OIF

L'OIF est encore, en raison du caractère hétérogène des membres et des sociétés la composant, mais aussi parce que spatialement, voire culturellement, « marquée par l'absence de fondements juridiques et institutionnels à la hauteur d'une si grande ambition ; que l'on songe à la lenteur du processus de son institutionnalisation qui ne prendra

La gestion des conflits en Afrique subsaharienne

son essor qu'après 1986, pour être véritablement notable avec le sommet de Cotonou en 1995 et surtout celui de Hanoi en 1997 »⁴⁷.

C'est la charte de la Francophonie d'Hanoi, adoptée, le 15 novembre 1997, au VII^e sommet de la Francophonie qui fit, en effet, prévaloir un schéma différent. En même temps qu'elle réaffirmait la nécessité de « donner à la Francophonie sa pleine dimension politique » (préambule), elle créait un secrétaire général de la Francophonie, conçu comme la « clé de voûte du système institutionnel francophone » (préambule) et comme « le porte-parole politique et le représentant officiel de la Francophonie au niveau international » (art. 7).

Mais, sur le plan interne à l'institution, les pouvoirs du secrétaire général étaient limités par ceux de l'administrateur général de l'Agence qui, nommé par la conférence ministérielle sur proposition du secrétaire général (art. 16), gère les moyens, y compris les moyens financiers mis à la disposition du secrétaire général (l'article 16 disposant, notamment, « et de façon topique, que l'administrateur général « veille à ce que les ordres de paiement du secrétaire général... soient exécutés ») : dualité qui à la lumière de la pratique, fut considérée comme porteuse de germes d'une « dyarchie » peu compatible avec le rôle imparti au secrétaire général »⁴⁸. La charte de la Francophonie d'Antananarivo, adoptée le 23 novembre 2005 en a donc fait l'objet principal de son volet interne.

Elle a, en effet, transformé l'« Agence de la Francophonie » en une « Organisation internationale de la Francophonie » (art. 9), désormais placée sous l'entière autorité du secrétaire général, qui la « dirige (...), nomme le personnel, ordonne les dépenses, est responsable de l'administration et du budget » ainsi que « du secrétaire de toutes les instances de la Francophonie, aux sessions desquelles il assiste » (art. 6) ; et s'il demeure un administrateur (dont

⁴⁷ M.-L. MARTIN, « La Francophonie, objet de la théorie des relations internationales : brèves remarques de synthèse », *op. cit.*

⁴⁸ L. SAIDJ, « La structure de l'Organisation internationale de la Francophonie », in GUILLOU et PHAN T. Hoai Trang (dir.), *La Francophonie sous l'angle des théories des relations internationales*, *op. cit.*

les fonctions sont limitées aux actions de coopération), il est nommé par le secrétaire général et agit « sous l'autorité » et « par délégation » de ce dernier (art. 8); toute équivoque est donc balayée en ce domaine.

Mais la charte comporte également un volet international : elle s'efforce de « mieux fonder la personnalité juridique de l'O.I.F. » (préambule); expression prudente et réaliste, car la personnalité juridique des organisations pose beaucoup plus de problèmes que celle des Etats, ce qui explique qu'elle ne soit qu'une « conquête récente ». Elle suppose, en effet, la réunion de deux conditions.

La première condition est celle que pose la Cour internationale de justice (dans un arrêt du 28 mai 1949, Affaire du comte Folke Bernadotte) : l'organisation doit avoir un minimum d'autonomie vis-à-vis de ses membres. C'est ce qui explique, notamment, que la charte d'Antananarivo, non seulement proclame que l'O.I.F. « est une personne morale de droit international public et possède la personnalité juridique » (elle peut, en particulier, acquérir des biens, recevoir des dons et ester en justice) (art. 9), mais encore déclare donner à son secrétaire général un « statut à caractère international » en précisant qu'« il ne demande ni ne reçoit d'instruction ou d'émoluments d'aucun gouvernement ni d'aucune autorité extérieure » (art. 10), alors que c'est lui qui « conduit l'action politique de la Francophonie, dont il est le porte-parole et le représentant officiel au niveau international » (art. 7) et pour laquelle il « signe les accords internationaux » (art. 4).

Il n'est pas sans intérêt de relever que la charte n'est pas un traité ; la Francophonie reste donc une entité sans fondement conventionnel : « Tout au moins ses structures deviennent-elles plus cohérentes et lisibles en novembre 2005, après l'adoption par le sommet d'Antananarivo d'une charte modifiée qui crée une seule organisation : l'ACCT disparaît au profit de l'OIF, placée sous l'autorité d'un secrétaire général, d'un Conseil permanent (les représentants des chefs d'Etat et de gouvernement) et d'une Conférence ministérielle de la Francophonie, tandis que le sommet de la Francophonie, instance suprême réunie tous les deux ans, définit

La gestion des conflits en Afrique subsaharienne

les orientations et élit le secrétaire général tous les quatre ans. Mais il n'est, évidemment, pas suffisant de proclamer ce caractère international. Encore faut-il qu'il y ait effectivement un équilibre entre l'intergouvernemental et le supra gouvernemental »⁴⁹.

La seconde condition que doit remplir la personnalité juridique de l'OIF est autrement plus contraignante : cette personnalité internationale doit reposer sur des bases juridiques incontestables, non seulement « vis-à-vis des pays tiers, auxquels, sur le plan juridique, la personnalité internationale, née d'un accord auquel ils ne sont pas parties, n'est pas de plein droit opposable (il faut donc un minimum de reconnaissance de leur part), mais aussi entre pays membres, tant sur le plan juridique que sur le plan politique, et c'est principalement en ce domaine que réside une des grandes questions qui se posent actuellement »⁵⁰.

Or un fait saute aux yeux : la Francophonie politique a bien du mal à s'affirmer. Cette situation « a, bien sûr, des avantages : ceux du pragmatisme et du compromis qui, à la faveur d'une complexité certaine et d'une certaine ambiguïté, ont permis et permettent de faire progresser les choses en douceur, sans heurter directement les intérêts, sensibilités et susceptibilités, et sans afficher des principes qui obligerait certains Etats à réagir : après tout, le mieux n'est-il pas l'ennemi du bien ? ».

Mais il faudra en sortir, car l'essentiel du schéma actuel repose, en réalité, sur une base « interne » de déclarations intergouvernementales, qui tant sur le plan juridique que sur le plan politique (problème d'image...), ne correspond plus à l'affirmation, désormais majeure, du rôle politique mondial de la Francophonie.

Si la Francophonie veut remplir comme il se doit le mandat qu'elle tient des sommets des chefs d'Etats et de gouvernements des pays ayant le français en partage, elle doit être dotée d'institutions suffisamment cohérentes pour permettre à l'organisation de poursuivre ses objectifs. Or, la timidité des actions semble prévaloir

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

sur la recherche d'un grand dessein. Quand on considère la solidarité politique, un autre fait saute aux yeux : au sein de l'ensemble francophone, se cachent des « perceptions et représentations plus difficiles à harmoniser et des tensions résultant d'un risque de fonctionnement à deux vitesses à apaiser »⁵¹.

S'agissant de la gestion des conflits, l'observation des faits montre qu'elle trouve une traduction plus facile et plus courante dans le cadre régional (comme l'indiquent les processus de médiation, de conciliation et d'accompagnement entre les Etats et dirigeants voisins en Afrique). Au demeurant, si certains conflits ont pris fin, si des pays, longtemps en proie à des affrontements sanglants ont connu des élections démocratiques, des violences perdurent ailleurs tant sur le plan interne que régional. Le maintien de la paix paraît ainsi bien difficile sur le continent, d'autant que la plupart des pays africains qui peuvent jouer un rôle en la matière manquent de moyens et comptent sur l'aide extérieure pour pouvoir le mener à bien.

L'OIF joue-t-elle là un rôle moteur ? La réponse est négative, si l'on se place sur le terrain politique où le constat est celui d'une Francophonie traversée par « des crises du réel, (...) un état induit par diverses contradictions, parmi lesquelles cet idéal de conciliation entre l'utopie et le réel, continûment revendiqué mais impossible à concrétiser »⁵². En effet, la Francophonie, qui compte parmi ses membres une majorité d'Etats africains et des pays donateurs comme la France, la Belgique ou le Canada, s'occupe davantage de médiations et de formation à la bonne gouvernance, à la fois pour prévenir les conflits et aider les pays qui sortent de conflit.

En vérité, la timidité des actions au plan politique ouvre la voie à d'autres formes de solidarités, certes plus souterraines, mais qui n'en influencent pas moins, en les réduisant, les conflits politiques et évitent du même coup une implication trop marquée de l'OIF, surtout si cette intervention devait s'assortir de sanctions. C'est que cette

⁵¹ M.-L. MARTIN, « La Francophonie, objet de la théorie des relations internationales : brèves remarques de synthèse », *op. cit.*

⁵² *Ibid.*

La gestion des conflits en Afrique subsaharienne

situation s'explique par le fait qu'au niveau étatique, l'instrumentalisation de l'OIF par les acteurs saute aux yeux : les contributeurs ne souhaitent pas que la Francophonie s'aventure par trop hors de son domaine d'action traditionnel, de telles actions étant susceptibles de s'avérer des sources de divisions⁵³. « Mais n'est-ce pas le prix à payer de l'acquisition du statut d'acteur d'influence dans la politique mondiale et d'une vocation à intervenir sur les grands dossiers internationaux du moment, mais surtout de pouvoir assurer à ses membres l'assurance d'une identité propre, d'une altérité, au sein d'un système mondialisé dont ils ne sauraient se soustraire »⁵⁴.

Jusqu'à présent, c'est la France qui donne à l'OIF les moyens de fonctionner et donc de s'investir dans la mise en œuvre de ses missions. Le Canada contribue à peine, tandis que la Belgique et la Suisse qui ont les moyens de participer à son fonctionnement marquent une certaine réticence à appuyer la Francophonie politique : c'est une des raisons pour lesquelles les initiatives de l'OIF manquent d'efficacité. Cette situation est l'expression de l'absence de volonté politique des Etats, qui n'acceptent pas que cette union géoculturelle se transforme en une institution intergouvernementale dotée de fonctions politiques ; ils répugnent à la doter d'un budget adéquat.

⁵³ M. GUILLOU et P.-T. Hoai TRANG (dir.), *La Francophonie sous l'angle des théories des relations internationales*, Lyon, Iframond/Université Jean Moulin, 2008.

⁵⁴ M.-L. MARTIN, *op. cit.*

**CONFLICTUALITE ET FRANCOPHONIE EN AFRIQUE :
LA PREVENTION DES CONFLITS ET LES SEUILS D'ALERTE**

**par André Cabanis,
professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole**

La treizième conférence des chefs d'Etat et de gouvernement francophones réunie à Montreux les 23 et 24 octobre 2010 a adopté une déclaration qui reprend nombre de thèmes traditionnels de la Francophonie : préservation de la diversité linguistique, défense du développement durable, protection des libertés publiques, promotion de l'Etat de droit, affirmation de la bonne gouvernance... Au milieu de cette masse de bonnes intentions, complète jusqu'à donner le sentiment de l'exhaustivité, le lecteur attentif trouve tout naturellement quelques éléments qui intéressent notre propos, en faveur de « la paix et la sécurité » et contre « la violence armée (qui mine la paix et la sécurité) ». L'OIF est donc très naturellement conduite à promettre de « combattre, par les moyens juridiques et diplomatiques appropriés, la violence armée »¹. Ces éléments sont précisés dans un document complémentaire pris en même temps : la « Résolution sur la déclaration de Bamako dix ans après son adoption » qui énumère cinq engagements « pour la mise en œuvre renforcée des mécanismes de prévention, de règlement des crises et des conflits et de consolidation de la paix ».

Si l'idée qu'il vaut mieux prévenir que guérir est fort ancienne, si l'on trouve déjà au Moyen Age des scolastiques pour soutenir qu'un

¹ Déclaration de Montreux, 9. Dénonciation de « la violence armée, qui porte atteinte à la sécurité, aux principes et valeurs découlant du plein respect des droits de l'Homme, et qui entrave la réalisation des objectifs du millénaire pour le développement ».

ordre injuste est par essence fragile car porteur de conflits², les spécialistes des relations internationales se sont longtemps plutôt concentrés sur l'organisation des rapports diplomatiques dans une perspective qui mêle droit et science politique. Si survient une guerre, elle est accueillie avec fatalisme et la formule de Clausewitz sur *la guerre prolongement de la politique par d'autres moyens* ne choque guère³. Tout au plus s'emploie-t-on à distinguer guerres juste et injuste, à protéger les civils autant que possible et à interdire les armes les plus performantes ce qui apparaît évidemment comme fort illusoire. Avec la première tentative moderne d'organisation de la société internationale, avec la Société des nations ayant fonctionné pendant l'entre deux guerres, on continue de privilégier la prescription sur l'expertise : il s'agit d'interdire la guerre plutôt que de chercher à en évaluer les risques⁴. L'Organisation des nations unies, à ses débuts, se situe dans la même logique⁵. D'un certain point de vue, la guerre froide et le monde bipolaire sur lequel elle s'appuie confortent cette logique : en cas de risque de conflit au niveau régional, les grandes puissances interviennent pour calmer les tensions chez leurs protégés ; il ne saurait y avoir d'affrontements que dans le cadre d'une rivalité entre les deux camps dans une ambiance où chacun se croit en bonne position pour l'emporter, comme en Corée dans les

² Cf. notamment les développements de la *Somme théologique* de saint Thomas d'Aquin (I, II, q. 96, a. 4) sur les lois injustes soit qu'elles soient contraires au bien commun, donc qu'elles n'obligent pas en conscience « sauf dans les cas où il importe d'éviter le scandale et le désordre », soit qu'elles soient contraires au bien divin et qu'elles ne doivent être observées « en aucune manière ».

³ Traité de Carl von CLAUSEWITZ, *De la Guerre* : « La subordination du point de vue politique à celui de la guerre serait absurde, puisque c'est la politique qui a entraîné la guerre (...) la guerre n'est que l'instrument et non l'inverse ».

⁴ Cf. la signature, le 27 août 1928, du pacte Briand-Kellog qui prétend mettre « la guerre hors la loi ».

⁵ Cf. les chapitres VI (« Règlement pacifique des différends ») et VII (« Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression ») de la charte des Nations unies.

Prévention des conflits et seuils d'alerte

années 1950, au Vietnam dans les années 1960 et 1970, en Afghanistan dans les années 1980.

C'est avec la décennie 1990 qu'apparaît, dans le cadre des Nations unies, l'idée que les procédures destinées à prévenir les conflits sont aussi importantes que celles tendant à y mettre fin et qu'elles sont même plus efficaces puisqu'elles tendent à empêcher les conflits avant qu'ils se produisent, avec leur cortège de destructions, de morts, de rancunes, en tous cas de méfiances durables à surmonter, de remise en marche d'une région, voire d'un pays. Ainsi, dans son agenda pour la paix, rendu public en 1992⁶, le secrétaire général des Nations unies indique qu'à côté des trois modes d'action classique en faveur de la paix (rétablissement de la paix, maintien de la paix, consolidation de la paix après un conflit), il faut également s'appliquer à encourager une quatrième modalité qui est constituée par la diplomatie préventive. Cette volonté d'encourager une « stratégie de prévention à long terme » est reprise dans le rapport Brahimi rédigé en 2000 par le groupe d'étude sur les opérations de paix des Nations unies⁷, puis par le document final adopté dans le cadre du Sommet mondial de 2005⁸.

A partir de là, et comme souvent lorsqu'il s'agit de décliner les prises de position de l'ONU, les organisations régionales se saisissent du problème et y apportent leurs solutions. Il en va ainsi, dès 2002, des Communautés économiques des Etats d'une part de l'Afrique de l'Ouest (la CEDEAO), d'autre part de l'Afrique centrale (la CEEAC). Les premiers créent un département d'alerte précoce qui, en partenariat avec le *West Africa Network for Peacebuilding* (WANEP⁹),

⁶ Agenda du 17 juin 1992 A/47/277-S/24111 Dossier 154.

⁷ Rapport du 21 août 2000 A/55/305 : rapport portant le nom du président du groupe d'étude, Lakhdar BRAHIMI, ancien envoyé spécial du secrétaire général des NU en Afghanistan.

⁸ Résolution 60/1.

⁹ Ce réseau est mis en place à la suite des conflits intervenus au Liberia, au Ghana et en Sierra Leone ce qui conduit sept pays de l'Afrique de l'Ouest, réunis en 1998 à Accra au Ghana, à créer le WANEP comme un mécanisme de promotion des initiatives de paix et de renforcement des interventions collectives.

gère un réseau : le *West Africa Early Warning and Early Response Network*. Les seconds mettent en place le mécanisme d'alerte rapide d'Afrique centrale (le MARAC) qui appuie le Conseil de paix et de sécurité de l'Afrique centrale (COPAX). Par ailleurs, c'est en 2007 que l'Union africaine s'investit dans le domaine de la prévention et de l'alerte. Ce qui prend la forme de la mise en place par son Conseil de paix et de sécurité d'un système continental d'alerte rapide (CEWS¹⁰).

Pour ce qui est de la Francophonie, c'est ostensiblement qu'elle situe son action en matière de maintien de la paix dans la logique de celles conduites par les organisations mondiales et régionales. Cette position est le résultat d'une évolution perceptible au cours de la décennie 2000-2010 à travers les trois textes fondamentaux que sont les déclarations de Bamako (2000), de Ouagadougou (2004) et de Saint-Boniface (2006). Ainsi assiste-t-on à une évolution telle que l'OIF passe d'une position consistant à chercher à régler les problèmes en restant entre soi à une volonté de situer son intervention dans une perspective de large partenariat. Dans le premier texte, celui adopté à Bamako, il est simplement prévu, un peu comme une référence formelle, d'« intensifier la coopération entre l'OIF et les organisations internationales et régionales »¹¹. La déclaration de Ouagadougou est l'occasion d'adresser une invitation au secrétaire général de l'OIF d'intensifier la coopération avec les Nations unies, en reconnaissant le « rôle central du Conseil de sécurité » et la nécessité pour la communauté internationale de ne réagir en matière d'action pour la paix que « selon un mandat précis et explicite du Conseil de sécurité »¹². Enfin, la déclaration de Saint-Boniface s'ouvre, dès le début de son préambule, par l'affirmation que « le multilatéralisme demeure le cadre privilégié de la coopération internationale ». On peut dire que, « d'une façon générale, tout le texte est placé sous le

¹⁰ *Continental Early Warning System*.

¹¹ *Déclaration de Bamako*, préambule du point 5.

¹² *Déclaration de Ouagadougou*, 81.

Prévention des conflits et seuils d'alerte

signe de la coopération internationale et de la collaboration avec les organisations internationales et régionales »¹³.

Ces références aux partenariats nécessaires s'expliquent notamment par la conscience, chez les responsables de la Francophonie, que, dans la mesure où ils souhaitent s'investir dans le domaine de la sécurité, leurs moyens sont limités et ne peuvent se déployer efficacement qu'en s'articulant avec ceux d'autres structures internationales. Nul ne peut s'offusquer que, dans un domaine aussi important que la prévention des conflits ou, si l'on préfère, le repérage de la conflictualité, l'OIF n'entende pas faire cavalier seul, d'autant que d'une part les foyers de tensions dans le monde mêlent souvent pays francophones et non francophones, en opposition ou à l'inverse en système d'alliance, d'autre part les tensions qui affectent les sociétés francophones n'ont rien de spécifiques et ne sont donc pas justiciables d'un traitement particulier¹⁴. En même temps, il appartient aux institutions francophones de faire leur place parmi l'ensemble des acteurs susceptibles de jouer un rôle utile en faveur de la paix. De ce point de vue, il apparaît que, si la plupart des textes solennels émanant de la francophonie officielle ne présentent souvent qu'une médiocre originalité, relevant plutôt d'une forme de « politiquement correct francophone » à base d'exhortation en faveur de la démocratie, des droits de l'homme et de la bonne gouvernance présentés comme autant d'obstacle aux tensions (I), en revanche il est peut-être un domaine où peut se développer une « plus-value francophone » fondée sur des qualités d'expertise qu'il ne suffit cependant pas

¹³ A. CABANIS, J.-M. CROUZATIER, R. IVAN, C. MIHALI et E.-M. MBONDA, *La responsabilité de protéger : une perspective francophone*, AUF, Cluj 2010, p. 123. Pour plus de détails, cf. nos développements dans les 6 pages qui précèdent.

¹⁴ Sur « Les territoires de la Francophonie », cf. les développements de M. BADJI dans *Francophonie et relations internationales*, AUF, Paris 2009, p. 21 à 46, notamment : « l'identité francophone est une réalité fuyante, qui ne peut être saisie qu'en terme de médiation, de défense de la réalité culturelle et de « dialogue des cultures » et des civilisations » (p. 26).

d'affirmer pour les faire automatiquement reconnaître, mais qu'il convient de développer (II).

I - Le « politiquement correct francophone » en matière de prévention des conflits : la confiance dans le rôle dissuasif de la démocratie, des droits de l'homme et de la bonne gouvernance

C'est un argument fréquemment entendu en faveur de la démocratie que de soutenir que son installation effective apporte une contribution réelle à la préservation de la paix dans le monde. Certains ajoutent même, pour faire bonne mesure, qu'elle constitue également un gage de développement économique, donc une garantie supplémentaire en faveur de l'apaisement des conflits. Il s'agirait donc de mettre en place un monde enchanté où chaque élément vient en renfort des autres pour mettre fin aux tensions ou, en tous cas, pour leur permettre de s'exprimer par des voies légales. Il n'est pas question, ici, de contester des certitudes consolantes qui fournissent un argument supplémentaire encore que fragile en faveur de l'installation de l'Etat de droit libéral. L'on en saurait non plus chercher à mesurer le caractère plus ou moins pacifique des dirigeants élus démocratiquement, dosage difficile à établir. Il s'agit seulement de constater le caractère très général de ces aimables analyses, dans le cadre des organisations internationales.

Ainsi en va-t-il pour l'ONU dès 2000, avec le Rapport pour le millenium, document présenté par le secrétaire général qui soutient qu'au cours des deux dernières décennies, la plupart des conflits sont étroitement liés aux problèmes de pauvreté et à l'exclusion des minorités. La formule consiste à placer d'emblée le problème des affrontements sous le signe de l'économie et du politique, en un mot de la bonne gouvernance. Comme à l'accoutumée, l'OIF emboîte le pas. La déclaration de Bamako se démarque de l'analyse traditionnelle qui décrit la démocratie comme un système fragile et exigeant fondé sur la vertu, et la présente comme le « régime qui favorise le mieux la stabilité à long terme »¹⁵. Enfin, et pour s'en tenir

¹⁵ *Déclaration de Bamako*, art. 3-3.

Prévention des conflits et seuils d'alerte

aux textes fondamentaux ou récents, l'on peut citer la quatrième édition du *Rapport sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone*, document publié en 2010 et qui coïncide avec le dixième anniversaire de Bamako¹⁶. Le développement intitulé « Pour la promotion de la culture démocratique intériorisée et le plein respect des droits de l'homme » s'ouvre sur une affirmation sans ambiguïté sur la chaîne de causalité privilégiée : « Il est généralement admis que, sans le respect des droits fondamentaux, il n'y a ni démocratie, ni développement, ni paix durable »¹⁷. Le lecteur pressent que l'on pourrait intervertir l'ordre des facteurs sans que les auteurs aient l'impression de rien faire perdre de sa force à leur formule.

Il n'est pas question, ici, de présenter toutes les formes d'objurgations adressées par l'OIF à ses Etats membres pour qu'ils se conforment aux exigences d'une démocratie réelle, c'est-à-dire à la fois politique, économique et sociale, sans négliger l'Etat de droit et la bonne gouvernance. Notre propos consiste, conformément au titre de cette intervention, à rechercher les seuils d'alerte proposés par la Francophonie dans le cadre d'une politique de prévention. Il est clair que les acteurs de la communauté internationale prévoient, ces dernières années, d'accorder davantage de place à la « diplomatie préventive »¹⁸. Dans son *Rapport sur la prévention des conflits armés* de 2001, le secrétaire général de l'ONU souhaite « faire passer l'Organisation des nations unies d'une culture de la réaction à une culture de prévention »¹⁹. Pour autant, il se montre prudent dans la détermination des seuils qui doivent permettre de déclencher l'intervention préventive des acteurs se situant au niveau mondial. Dans ses propositions de 2009 sur *La mise en œuvre de la responsabilité*

¹⁶ *Rapport sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone. Bamako, dix ans après 2000-2010*, OIF, Paris 2010.

¹⁷ *Idem*, p. 101.

¹⁸ *La responsabilité de protéger : une perspective francophone*, p. 65.

¹⁹ *Bamako, dix ans après*, p. 1.

*de protéger*²⁰, il fait bien allusion à la notion de seuil en parlant de repérage « des tensions avant qu'une crise ou un conflit n'éclate »²¹ mais, dans la suite des développements, il évite de se montrer trop précis d'autant qu'il ne lui appartient évidemment pas de prétendre fixer des critères à l'intervention du conseil de sécurité. Ne disposant pas des mêmes moyens de contraintes, donc n'étant pas soumise aux mêmes responsabilités, l'OIF peut se montrer plus audacieuse puisque les conséquences sont moindres.

Ainsi en va-t-il en matière d'atteintes à la démocratie. La déclaration de Bamako invite le secrétaire général à se tenir « informé en permanence de la situation de la démocratie, des droits et libertés dans l'espace francophone en s'appuyant notamment sur la délégation à la démocratie et aux droits de l'homme, chargée de l'observation du respect de la démocratie et des droits de l'homme dans les pays membres de la Francophonie »²². Il est souhaité des mécanismes de suivi de la pratique de la démocratie grâce à des procédures telles que l'envoi d'un facilitateur, le cas échéant d'observateurs judiciaires avec mise en place d'un système d'alerte précoce. Bamako précise les aspects à encourager ou, en tous cas, à préserver : reconnaissance et respect du rôle déterminant de l'institution parlementaire, contrôle de l'utilisation des fonds publics, transparence et équité du processus électoral (confection des listes électorales, participation aux élections, dépouillement du scrutin), participation de la société civile à la vie politique... L'accord paraît facile pour se retrouver autour de règles aussi générales et indiscutables et pour s'y référer à défaut de toujours les mettre en œuvre parfaitement. En fait, compte tenu de l'hétérogénéité du monde francophone, il est des exigences impliquées par la démocratie qui peuvent poser des problèmes de principe à certains Etats

²⁰ *La mise en œuvre de la responsabilité de protéger*, ONU, New York 2009, A/63/677.

²¹ *Idem*, par. 3.

²² *Déclaration de Bamako*, 5-1.

Prévention des conflits et seuils d'alerte

membres. Ainsi en va-t-il du multipartisme²³. Son insertion dans le texte de Bamako appelle une réserve de la part du Vietnam et du Laos : « la démocratie et le multipartisme sont deux notions différentes et ne peuvent s'identifier. La démocratie est une finalité alors que le multipartisme n'est qu'un chemin. Le chemin pour y parvenir décidé par chaque pays doit être défini par son peuple en fonction de ses spécificités culturelles, historiques, économiques et sociales »²⁴. L'unanimité n'est donc pas absolument de mise en ce domaine au sein de la Francophonie.

La protection des droits de l'homme est évidemment inséparable du respect des valeurs démocratiques²⁵. Comme on l'a vu plus haut, les systèmes d'observation ont le plus souvent vocation à contrôler ces deux aspects de la vie politique de chaque pays. Pour autant, les procédures mises en place par l'OIF en matière d'évaluation du respect des droits et libertés présentent certaines spécificités, et d'abord le souci de s'articuler avec un mécanisme mis en place par l'ONU, dit de « l'examen périodique universel » (EPU). Les modalités de mise en œuvre de cette réforme remontent à 2007 et ont été adoptées par le Conseil des droits de l'homme créé l'année précédente par l'Assemblée générale de l'ONU. Par la déclaration de Saint-Boniface, les Etats francophones ont pris l'engagement « de participer de façon active et concertée, à la mise en place et aux travaux » de ce Conseil²⁶. Ainsi, lors de la huitième session du groupe de travail de

²³ *Idem*, 2-5 : « La démocratie suppose l'existence de partis politiques égaux en droit, libre de s'organiser et de s'exprimer (...). Ainsi, la démocratie va de pair avec le multipartisme ».

²⁴ Certains éléments de cette réserve -sans l'exclusion du multipartisme- concernant les « formes d'expression de la démocratie » sont reprises dans la *déclaration de Bamako* (3-2).

²⁵ Sur « La démocratie et les droits de l'homme », cf. M. BADJI, J.-M. CROUZATIER, R. IVAN et J. SOPPELSA, *Solidarité en (fF)rancophonie*, AUF, Cluj 2010, p. 70 à 81 : « Ensemble géoculturel, la Francophonie est atypique parce qu'en plus de sa mission naturelle -la promotion de la langue française et de l'éducation- elle s'assigne pour objectif de faire connaître et adopter certaines valeurs à l'échelle planétaire » (p. 70).

²⁶ *Déclaration de Saint-Boniface*, 13.

l'EPU, en mai 2010, 127 Etats sur les 192 membres de l'ONU avaient été examinés, dont 46 des 56 Etats membres de l'OIF. Selon le rapport de l'Observatoire mondial des droits humains et selon une statistique portant sur les résultats des six premières sessions effectuées au titre de l'EPU, il apparaît que sur le total des recommandations adressées aux pays relevant de l'OIF, 2 226 ont été acceptées, 274 rejetées, 427 ont entraîné des clarifications et 117 étaient en attente de réponse au moment de l'enquête. Pour ce qui est des thèmes évoqués par ces recommandations, les plus fréquents concernent les droits de l'enfant, les instruments internationaux, les droits des femmes, la justice et, enfin, la torture et les autres traitements inhumains et dégradants²⁷. A noter enfin que, si l'accord paraît assez général pour protéger les droits de l'homme, certaines questions continuent de se poser, ainsi à propos de la liberté de la presse. On sait la responsabilité de certains médias dans le déclenchement de graves crises humanitaires, ainsi de la radio des mille collines par rapport au génocide rwandais. La déclaration de Saint-Boniface cherche le juste compromis entre des préoccupations contradictoires, exigeant « le droit à la protection des journalistes, y compris en temps de guerre », constatant « le rôle fondamental des médias dans la diffusion des valeurs de liberté, de tolérance et de paix », enfin dénonçant le rôle que certains journalistes ont pu jouer par « la désinformation et toute forme d'incitation (...) à la haine et à la violence »²⁸. On ne saurait mieux dire.

Reste à satisfaire aux exigences de l'Etat de droit et de la bonne gouvernance. Les esprits chagrins y verront une façon de se résigner aux atteintes à la démocratie. Dans une telle perspective, cette dernière constituerait une forme d'idéal aux exigences de laquelle aucune nation, y compris dans le monde développé, ne saurait

²⁷ *Bamako, dix ans après*, p. 111-112 : Le rapport croit pouvoir tirer des conclusions de ce chiffre : « On peut en déduire que la lutte contre la torture et autres traitements est en nette progression dans les pays francophones mais que, à l'inverse, des efforts doivent être faits pour la protection catégorielle des enfants et des femmes, tout comme la ratification des instruments internationaux ».

²⁸ *Déclaration de Saint-Boniface*, 38.

Prévention des conflits et seuils d'alerte

satisfaire entièrement, *a fortiori* les pays en développement sortant de plusieurs décennies de dictature. En revanche, l'on pourrait demander aux dirigeants de ces derniers d'une part de se conformer aux lois qu'ils se sont données à eux-mêmes, d'autre part de respecter quelques normes de bon sens en matière de gouvernement, à base de concertation et de lutte contre la corruption pour s'en tenir au minimum. Ces contraintes présentent l'avantage d'être, en matière de conditionnalité de l'aide internationale, plus opérationnelles car plus faciles à satisfaire que celles impliquées par la mise en place d'une démocratie idéale. Evidemment aucun texte international, qu'il émane d'organisations mondiales ou régionales, *a fortiori* de l'OIF, ne fait allusion à un calcul aussi cynique. Dans cet esprit, la déclaration de Bamako énumère toute une série d'engagements présentés comme relevant de « la consolidation de l'Etat de droit »²⁹ mais dont nombre d'éléments relèvent plutôt de la bonne gouvernance. Qu'on en juge : si les trois premiers engagements peuvent être effectivement classés au titre du respect de l'Etat de droit (renforcer les capacités des institutions de l'Etat de droit, encourager le renouveau de l'institution parlementaire, assurer l'indépendance de la magistrature, la liberté du barreau et la promotion d'une justice efficace et accessible...), les trois suivants peuvent être plutôt rattachés à la bonne gouvernance (mettre en œuvre le principe de transparence, généraliser et accroître la portée du contrôle par des instances impartiales, soutenir l'action des institutions mises en place dans le cadre de l'intégration et de la coopération régionale, de manière à faire émerger, à ce niveau, une conscience citoyenne tournée vers le développement, le progrès et la solidarité)³⁰.

²⁹ *Déclaration de Bamako*, 4-A.

³⁰ *Ibidem*. Cf. par ailleurs les conclusions de *Bamako, dix ans après* : « l'engagement de la Francophonie à accompagner les périodes de transition (...) s'exprime sous différentes manières : (...) par le biais des actions d'assistance nécessaires au renforcement des capacités institutionnelles, humaines et matérielles des structures et des acteurs engagés dans le processus de reconstruction de l'Etat et de relèvement de l'Etat de droit » (p. 213).

Le sommet de la Francophonie de Montreux, tenu en octobre 2010 a adopté une « Résolution sur les situations de crise, de sortie de crise et de consolidation de la paix dans l'espace francophone ». Elle énumère douze pays selon une logique sur laquelle l'on peut s'interroger : Madagascar, Niger, Tchad, République centrafricaine, Côte d'Ivoire, République démocratique du Congo, Comores, Djibouti, Chypre, Moldavie, Géorgie et Haut-Karabagh. Il n'y a pas que la présence de certaines nations qui soient à l'origine d'une interrogation mais également -de façon moins décisive- l'ordre dans lequel chacune est mentionnée. Finalement, les deux questions se répondent mutuellement : la liste comporte *in fine* quatre Etats qui sont à la lisière de la francophonie et qui perturbent l'ordre que le titre de la résolution impliquerait. L'on peut tout au plus supposer que le classement des huit autres pays peut conduire à les partager en deux groupes égaux : les quatre premiers (Madagascar, Niger, Tchad, République centrafricaine) correspondraient à des situations de menaces d'aggravation des conflits tandis que les quatre suivants (Côte d'Ivoire, République démocratique du Congo, Comores, Djibouti) seraient au mieux en position de sortie de crise. La leçon concrète que l'on peut tirer de cette résolution pourrait conduire à souligner la difficulté de distinguer les pays risquant d'entrer en crise et ceux cherchant à en sortir : nombre de membres du premier groupe appartenaient peu de temps auparavant au deuxième groupe. C'est dire que l'on traite de pays fragiles dont on ne sait pas toujours s'ils sont menacés par une crise à venir, en situation de crise ou s'il faut consolider leur sortie de crise³¹. Le diagnostic n'est pas aisé et exige une expertise de qualité. La Francophonie peut y contribuer.

³¹ Premières lignes de cette *Résolution* : « Saluant l'évolution positive constatée dans certains de nos pays en situation de sortie de crise ou de transition démocratique, tout en réaffirmant notre détermination à maintenir un accompagnement approprié dans la phase de la consolidation de la paix et de la stabilité ».

II - La « plus value francophone » en matière de prévention des conflits : la qualité d'une expertise à encourager et à faire reconnaître

Il existe un contraste entre la véhémence des appels en vue de développer les procédures de prévention et la modestie des moyens effectivement mobilisés³². Les acteurs internationaux dénoncent volontiers ce hiatus et appellent à résoudre le problème. Ainsi, en 2008, l'ONU et l'OIF se sont-ils regroupés pour organiser une réunion tendant à encourager les partenariats « en matière d'alerte précoce et de prévention des conflits ». Cette concertation a rassemblé à Paris les représentants de près de quarante organisations internationales et régionales, notamment l'Union européenne, l'Union africaine et la CEDEAO. Ils se sont accordés sur trois grands axes de coopération : « une concertation et une coordination accrues entre les partenaires, en particulier sur l'échange d'analyses, l'harmonisation des indicateurs et instruments de mesure des situations ainsi que sur le passage de l'alerte précoce à la réaction rapide ; un renforcement des capacités de collecte et d'analyse en matière d'alerte précoce, y compris par l'échange des outils et des expériences, l'équipement, la formation et l'assistance technique ; et enfin le développement et la poursuite de la réflexion sur le suivi de la mise en œuvre de ces conclusions pour une consolidation des partenariats ». Le programme est ambitieux mais, comme souvent, il se heurte à des problèmes de moyens. Les participants à la concertation regrettent « la discontinuité persistante entre l'alerte précoce et la réaction rapide, la faiblesse des ressources financières et humaines consacrées à l'alerte précoce et le manque de coordination entre les différentes organisations internationales et régionales sur le sujet »³³.

C'est dans le cadre des travaux préparatoires à l'élaboration de la déclaration de Saint-Boniface qu'a été particulièrement étudiée la question de la « plus-value culturelle » que l'OIF est susceptible

³² Sur « la timidité de la Francophonie », cf. M. BADJI *et al.*, *Solidarité en (fF)rancophonie...*, ouvr. cité, p. 66 à 69.

³³ Rapport de l'observatoire 2008, p. 36 (livre 97).

d'apporter par la mise en place de structures spécialisées dans le domaine des procédures d'alerte précoce. Il s'agit de mobiliser toutes les compétences et toutes les expertises et de pérenniser leurs travaux dans le cadre de structures permanentes capables de réaliser un véritable système de veille. L'aide-mémoire préalable à Saint-Boniface reprend ce terme de « plus-value culturelle »³⁴ que la Francophonie paraît à même de mettre au service de la coopération internationale. En même temps, le document dénonce trois types d'insuffisances dans le déploiement de cet atout : *retards* « au niveau de l'observation, de la collecte d'information (...) face aux crises et aux situations de conflits », *caractère sporadique* de l'observation, enfin *indigence* de la société civile francophone « en ce qui a trait à l'observation et à l'analyse des conflits, ce qui nuit à sa crédibilité »³⁵. Ces insuffisances doivent évidemment être compensées mais sans que l'OIF donne l'impression de prétendre à quelque impérialisme que ce soit, y compris intellectuel : elle « doit éviter 'd'imposer des modèles' », il lui appartient plutôt de proposer des solutions *incitatives* et « des boîtes à outils adaptées aux réalités spécifiques »³⁶.

Pour combler les lacunes constatées tout en faisant preuve de la modestie nécessaire, il est proposé à la Francophonie de s'engager dans deux directions que l'aide-mémoire ne distingue pas nettement dans la mesure où elles sont très complémentaires mais que l'on peut présenter de façon séparée. Il s'agit d'abord de constituer un réseau de ce que l'on pourrait appeler des « personnes-ressources » qui soient à la fois suffisamment impliquées sur le terrain pour être informées en temps réel de toutes les menaces, et assez objectives et indépendantes des clans pour que l'on puisse faire confiance à leurs signaux d'alerte. L'aide-mémoire utilise les deux termes d'« élites » ou d'« experts » entre lesquels il paraît ne pas vouloir choisir. Il parle tantôt de demander « l'aide de réseaux d'élites locales » ou de « banques d'élites susceptibles d'être utiles à (...) leur société d'origine », tantôt de faire appel à « des experts sur place », en

³⁴ *Aide-mémoire*, recommandation A (livre 153).

³⁵ *Idem*, A et B.

³⁶ *Idem*, C.

Prévention des conflits et seuils d'alerte

réalisant un « registre d'experts, notamment qui connaissent le terrain »³⁷. Il s'agit ensuite de pouvoir s'appuyer sur des institutions pérennes dont on imagine qu'elles regrouperaient ces élites et ces experts, qu'elles tiendraient à leur disposition la documentation nécessaire, qu'elles conduiraient les études commandées par les responsables en fonction des circonstances... L'aide-mémoire parle de la création d'un *Observatoire* ayant des pouvoirs d'investigation, d'enquête, d'analyse et de synthèse. Il s'appuierait sur des « acteurs institutionnels ». Il conviendrait même de « prévoir le financement de centres francophones d'analyse des conflits ».³⁸

La déclaration de Saint-Boniface reprend certaines de ces propositions. Il faut cependant reconnaître que, dans le domaine qui nous intéresse, elle est plus riche de bonnes intentions que de projets concrets. Elle revient à plusieurs reprises et dès ses premières lignes sur l'invitation adressée à l'OIF d' « accroître ses efforts en faveur de la prévention des conflits, grâce à l'alerte précoce et à la diplomatie préventive »³⁹. Sur ces questions, elle appelle à une coopération étroite avec les nouveaux organes institués dans le cadre des Nations unies, à savoir le Conseil des droits de l'homme et la Commission de consolidation de la paix, leur reconnaissant « un rôle de premier plan dans (...) la prévention des conflits⁴⁰, ce que l'on pourrait interpréter comme signifiant que l'OIF se résigne à n'avoir qu'une fonction secondaire. En fait, il est quelques affirmations qui semblent se situer dans la ligne d'une volonté de faire reconnaître « les capacités et l'expertise francophones »⁴¹. C'est dans cet état d'esprit qu'il est souhaité que l'OIF puisse « jouer pleinement son rôle spécifique dans

³⁷ *Idem*, A, C et D.

³⁸ *Idem*, A et D.

³⁹ *Déclaration de Saint-Boniface*, exposé des motifs préliminaires.

⁴⁰ *Idem*, 13.

⁴¹ *Idem*, 11. Le terme « expertise francophone » se retrouve dans la *Résolution sur la Déclaration de Bamako dix ans après son adoption* : « Demandons au secrétaire général (...) d'intensifier la mobilisation de l'expertise francophone pour mieux faire valoir le patrimoine juridique commun ».

l'observation, l'alerte précoce, la diplomatie préventive (...) ». Une ambition limitée donc puisqu'il s'agit seulement d'un *rôle spécifique*, au surplus dans le cadre d'une coopération avec les organisations internationales et régionales et par une « utilisation optimale (par l'OIF) de ses capacités »⁴², ce qui laisse entendre qu'il n'est guère prévu de créer des institutions nouvelles.

En fait une lecture plus attentive du texte arrêté à Saint-Boniface montre que, s'il n'est pas expressément prévu de mettre en place des structures particulières, il s'agit en fait de rassembler les énergies existantes. C'est ainsi que l'OIF est invitée « à consolider ses capacités d'analyse (...) en s'appuyant sur le réseau d'information et de concertation », notamment en vue de conduire une « réflexion sur les causes et les facteurs de conflictualité, les indicateurs sous-tendant la fonction d'observation et de veille, et les faits considérés comme déclencheurs des mécanismes de sauvegarde et de réaction »⁴³. Il est clair qu'il s'agit surtout de tirer le maximum d'efficacité de l'utilisation des ressources existantes, certaines étant d'ailleurs énumérées : « les instituts et centres de recherche sur la paix, la démocratie et les droits de l'homme, les organisations de la société civile et les réseaux institutionnels de la Francophonie ». Sur ce point du moins, cette dernière semble vouloir s'impliquer puisque les rédacteurs de la déclaration de Saint-Boniface s'engagent expressément « à renforcer aussi les capacités de la société civile, de ses associations, de ses syndicats et de ses partis »⁴⁴... Reste à s'interroger sur la place qui pourrait être reconnue aux instances universitaires, à ses centres de recherche et à ses experts. Il faut reconnaître que l'aide-mémoire préalable à Saint-Boniface n'y fait allusion que brièvement en recommandant de « mobiliser l'AUF pour favoriser la création de centres universitaires d'excellence », ajoutant qu'il s'agit seulement d'accompagner un « enseignement et (une)

⁴² *Idem*, 4.

⁴³ *Idem*, 8.

⁴⁴ *Idem*, 37.

Prévention des conflits et seuils d'alerte

recherche endogène »⁴⁵. Pour ce qui est de la déclaration de Saint-Boniface elle-même, une lecture minutieuse débusque, à propos de la réflexion sur la conflictualité, une allusion aux « réseaux de l'Agence universitaire de la Francophonie »⁴⁶.

Finalement, dans ce dernier texte, c'est la disposition finale qui apparaît la plus prometteuse, avec une invitation explicite adressée au secrétaire général de la Francophonie d'agir « en matière de prévention des conflits et de promotion de la paix, en s'assurant notamment par des évaluations adéquates, de l'efficacité des actions entreprises (...) »⁴⁷. C'est dans la ligne de cette suggestion et de l'engagement pris par les chefs d'Etat et de gouvernement de la Francophonie en 2008 à Québec que le secrétaire général décide, en mai 2010, de constituer un panel « de personnalités et d'experts de haut niveau, chargé de formuler des recommandations concrètes visant à identifier les moyens les plus adéquats pour renforcer le dispositif d'alerte précoce et de réaction rapide et préventive de la Francophonie »⁴⁸. Parmi les recommandations adressées dans ces conditions au secrétaire général figure notamment l'amélioration du système d'information, la sensibilisation et la formation des acteurs francophones à l'alerte précoce et à la prévention des conflits, une meilleure coordination en interne et avec les partenaires

⁴⁵ *Aide-mémoire*, recommandations K. Dans *La responsabilité de protéger, une perspective francophone*, nous avons cru pouvoir en conclure : « Une interprétation malveillante ou pessimiste conduirait à douter que l'on envisage une forte ouverture de l'Université sur la société » (*op. cit.*, p. 148).

⁴⁶ Déclaration de Saint-Boniface, 8. A noter que, lors de la réunion des instances de l'Agence universitaire de la Francophonie, en mai 2011 à Rabat, le recteur de l'AUF a dégagé, parmi les quatre perspectives qui doivent marquer son mandat, l'objectif suivant : « fédérer la communauté scientifique de langue française et faire reconnaître la qualité du vivier d'experts de l'AUF en multipliant les contrats d'expertise et la formation continue des professionnels des universités, institutions et organismes d'Etat. Un des objectifs poursuivis est de positionner l'AUF en agence d'évaluation et de veille sur les thématiques prioritaires du monde de l'enseignement supérieur ».

⁴⁷ *Idem*, 45.

⁴⁸ *Bamako, dix ans après*, p.159.

multilatéraux, enfin le passage rapide de l'alerte précoce à la réaction rapide⁴⁹. Demeure également, jamais totalement surmonté, l'obstacle constitué par l'absence de définition incontestable du cadre conceptuel susceptible d'aider les experts à repérer assez tôt les tensions susceptibles de dégénérer, afin de déterminer en somme des « clignotants »⁵⁰ pour reprendre l'expression familière utilisée par l'aide-mémoire préalable à Saint-Boniface. Dans cet esprit, le rapport 2010 *Bamako, dix ans après* propose une liste des différents stades d'une crise : situation stable, situation de crise politique tendue, conflit politique violent, conflit armé de faible intensité, enfin conflit armé de haute intensité. Un nouveau concept est d'ailleurs en train de s'imposer, celui de « violation alarmante »⁵¹.

Pour éviter de donner l'impression de débats purement académiques, l'on peut évoquer des cas concrets d'interventions de la Francophonie. Le rapport 2010 en donne un certain nombre d'exemples⁵², notamment en cas d'atteintes à la démocratie. A s'en tenir aux cinq dernières années, l'on peut citer la crise togolaise d'avril 2005 à la suite du décès du président Eyadema, les coups d'Etat des 3 août 2005 et 6 août 2008 en Mauritanie, la prise de pouvoir par le capitaine Camara en Guinée le 23 décembre 2008, le coup de force d'Andry Rajoelina à Madagascar le 17 mars 2009, enfin le renversement du président Mamadou Tandja au Niger le 17 février 2010⁵³. Chaque fois, la Francophonie s'est efforcé de réagir immédiatement pour dénoncer le problème, pour le cantonner, voire pour participer à sa solution. Un des moyens mis en œuvre consiste, de la part du secrétaire général et si cela lui paraît nécessaire, à réunir

⁴⁹ site : <http://democratie.francophonie.org/> Cf. Michel GUILLOU et PHAN Thi Hoai Trang (dir.), *La Francophonie sous l'angle des théories des relations internationales*, Lyon, IFRAMOND/Université Jean Moulin, 2008.

⁵⁰ *La responsabilité de protéger, op. cit.*, 128.

⁵¹ *Bamako, dix ans après*, p. 157.

⁵² Cf. par comparaison la typologie figurant dans le rapport pour 2008 et conduisant à distinguer cinq situations (A. CABANIS, P. CANIVEZ, G. GRABA, E.-M. MBONDA et C. MIHALI, *Existe-t-il une communauté francophone ? Le discours et le projet*, AUF, Cluj 2011, p. 105-106).

⁵³ *Bamako, dix ans après*, p. 193.

Prévention des conflits et seuils d'alerte

un comité *ad hoc* consultatif, technique utilisée à huit reprises au cours des dix dernières années. L'Afrique est massivement représentée mais n'a pas de monopole : Madagascar (22 février 2002), Côte d'Ivoire (à trois reprises : 17 décembre 2002, 3 décembre 2003 et 19 janvier 2005), Haïti (2 mars 2004), Transnistrie (21 février 2007), Guinée (30 mai 2007) et Tchad (21 février 2008)⁵⁴. Le rapport 2010 donne enfin quelques exemples d'interventions préventives destinées à empêcher que des tensions entre Etats ne puissent dégénérer : ainsi dans le cadre du conflit frontalier qui a opposé durant des décennies le Cameroun et le Nigeria à propos de la presqu'île de Bakassi à travers des pressions pour faire accepter l'arrêt rendu en 2002 par la Cour internationale de justice, ainsi avec la normalisation début 2010 des relations entre le Tchad et le Soudan grâce à des missions de bons offices, ainsi avec des réunions tenues à Addis-Abeba et à Paris et réunissant des représentants des Nations unies, de l'Union africaine et de la francophonie pour éviter une résurgence de la crise en République centrafricaine, ainsi enfin pour contribuer à l'apaisement des divergences apparues au Tchad par rapport à l'application des textes électoraux⁵⁵.

*

* *

Le monde francophone se cherche une légitimité qui dépasse la seule utilisation d'une langue commune. La solidarité, l'entraide, la coopération s'appuyant sur des apports de financements et de compétences de la part des mieux dotés vers les moins favorisés ne paraissent pas présenter de spécificités bien nettes par rapport aux systèmes d'aides internationales des pays développés vers les nations en développement. La défense des droits de l'homme et des valeurs démocratiques constitue un beau combat mais la Francophonie n'y peut prétendre à aucun monopole puisque bien d'autres s'en

⁵⁴ *Idem*, p. 195.

⁵⁵ *Idem*, p. 156.

réclament, ni à une complète homogénéité dans ses rangs puisque certains se démarquent des valeurs libérales dites classiques⁵⁶. D'un certain point de vue, la lutte pour la prévention des conflits peut paraître cumuler ces handicaps⁵⁷, dans la mesure où l'OIF semble ne pouvoir y jouer qu'un rôle complémentaire et s'y résigner faute de pouvoir le nier. Au surplus, elle ne regroupe pas que des Etats exemplaires ni du point de vue de la protection assurée à l'ensemble des populations quelles qu'en soit les origines, ni en ce qui concerne la contribution aux procédures d'apaisement des conflits ou de règlement des conflits frontaliers. Il est donc habituel, lorsque l'on évoque ces questions d'apport à la paix mondiale d'affecter un ton de résignation dans le constat et de modestie dans les espoirs.

La Francophonie dispose cependant de quelques atouts. Sans chercher le paradoxe à tout prix, il n'est pas absurde de soutenir que ses faiblesses peuvent favoriser certaines de ses interventions. Qu'elles soient mondiales ou régionales, la plupart des organisations regroupant des Etats sont *a priori* soupçonnées d'être plus ou moins au service d'un groupe de nations qui cherchent à les utiliser pour asseoir leur influence. Ni l'Organisation des nations unies, ni l'Union africaine n'échappent à ce genre de soupçon. Par ses origines, telles que chacun sait que le gouvernement français n'y était pas favorable à l'origine, par l'ampleur de son implantation géographique, sur quatre continents, d'une diversité qui éloigne l'idée qu'elle envisage une domination régionale, enfin par des déclarations qui mettent au premier plan des valeurs idéologiques si générales qu'elles pourraient être taxées de naïveté, l'Organisation internationale de la Francophonie décourage les accusations d'impérialisme. Au surplus, l'un des éléments qui fédèrent ostensiblement ses membres tient au sentiment de confiance dans lequel chacun se trouve de participer à

⁵⁶ Sur « La francophonie, réseau ou enjeu ? », cf. A. CABANIS *et al.*, *Existe-t-il une communauté francophone ? Le discours et le projet*, ouvr. cité, p. 72 et s.

⁵⁷ Cf. plusieurs contributions dans *La Francophonie sous l'angle des théories des relations internationales*, Michel GUILLOU et TRANG PHAN Thi Hoai (dir.), ouvr. cité.

Prévention des conflits et seuils d'alerte

une structure si diverse qu'elle ne pourra jamais être contraignante⁵⁸. Pour les protagonistes à un conflit quelconque, il ne paraît pas trop menaçant d'accepter d'argumenter avec une délégation de l'OIF, à la limite d'en accepter l'arbitrage.

Pour autant la Francophonie ne saurait se satisfaire d'être seulement forte de sa faiblesse. On l'a pressenti à travers nos évaluations et les priorités définies par les instances dirigeantes : c'est la qualité de son expertise qui pourrait faire la différence. Il ne fait pas de doute qu'il existe, notamment en Afrique, une communauté francophone susceptible de faciliter, par sa connaissance du terrain, les opérations d'évaluation du risque de conflit. Elle puise ses éléments au sein de la société civile, dans la classe politique, parmi les notables, dans certains milieux professionnels. L'Université a évidemment son rôle à jouer et l'AUF en a conscience. Les Centres de recherche liés aux diverses Facultés ont l'habitude de travailler ensemble, dans une ambiance de confiance mutuelle et de similitude des méthodes et des critères⁵⁹. Des divergences se font nécessairement jour, comme au sein de toute communauté académique, sur des questions économiques, sur les programmes de développement ou sur les responsabilités dans la fixation des termes de l'échange. Elles peuvent également se faire jour lorsqu'il s'agit de trouver l'équilibre

⁵⁸ Jacques Chirac se situait dans cette perspective, affirmant lors du sommet de Hanoi en 1997 que la sanction « n'est pas la tradition de l'espace francophone », engageant la France dans ce point de vue : « la France n'est absolument pas d'accord pour que la Francophonie serve de support à des sanctions » (A. CABANIS, « Règlement des conflits dans l'espace francophone. Regard de l'historien », dans *Existe-t-il une culture juridique francophone ?* Toulouse 2007, p. 243).

⁵⁹ Nous avons eu l'occasion dans d'autres publications (cf. pour la plus récente : « Aux origines du constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique : la fabrication des lois fondamentales », dans *Ecrire la constitution*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, p. 161 à 169) d'évoquer l'existence d'une communauté des juristes francophones. S'agissant de conflictualité, d'évaluation des risques de guerre, l'on ne peut évidemment s'en tenir aux disciplines du droit mais il faut faire appel à toutes les composantes des sciences sociales.

André Cabanis

entre la protection des libertés publiques, le fonctionnement du pluralisme partisan et les exigences de la bonne gouvernance ainsi que du pluralisme politique. En revanche, il est de l'intérêt de tous de s'accorder sur les conditions de maintien de la paix, sur les niveaux à partir desquels l'on peut craindre une exacerbation des tensions et le passage à des conflits ouverts. L'on peut même imaginer la confection de modèles susceptibles de permettre la détermination de seuils dont les caractéristiques seraient le résultat de travaux conduits de façon fouillée et contradictoire. Une recherche comme celle que nous menons ici peut y contribuer.

LES INSTITUTIONS DE SORTIE DE CONFLITS

**par Olivier Devaux et André Cabanis,
professeurs à l'Université Toulouse 1 Capitole**

Dans leurs descriptions des institutions de sortie de crise, les juristes ont l'habitude de faire une distinction entre deux sortes d'instances. Il s'agit d'abord des juridictions qui sont en charge de délivrer des sentences s'appliquant aux individus, ces dernières prononcées par des instances collégiales dont la composition fait la plus grande place possible aux magistrats professionnels. Elles fonctionnent selon des procédures classiques mêlant selon des dosages variables les techniques accusatoire et inquisitoire, fournissant aux accusés toutes les garanties d'une procédure contradictoire, avec un effet de flétrissure à l'encontre des condamnés, de reconnaissance du préjudice subi injustement et éventuellement d'indemnisation au profit des victimes, de réhabilitation à l'égard des personnes acquittées. Les débats se déroulent dans une ambiance de repérage exhaustif de tous les crimes et délits qui ont été commis, de répartition équitable des responsabilités entre les divers inculpés et de distribution équilibrée des peines entre tous ceux qui ont comparu. Les fastes judiciaires qui entourent le déroulement des débats, le ton volontairement apaisé qu'affectent de privilégier les juges et les avocats, enfin la liberté de parole officiellement reconnue à tous ceux qui comparaissent, tendent à donner l'impression la plus favorable possible à une opinion publique en quête de certitudes. Le tribunal de Nuremberg ouvre ainsi, de façon spectaculaire, une tradition que prolongent aujourd'hui des instances telles que les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie ou pour le Rwanda. Dans ce processus et comme devant presque toutes les juridictions pénales, la stigmatisation demeure prioritaire avec la condamnation des

coupables, mais souvent dans une ambiance de revanche qui risque de donner le sentiment qu'il s'agit plutôt de privilégier la justice des vainqueurs. En contrepartie, tout est mis en œuvre pour que jouent à plein les mythes conjoints de l'exemplarité de la peine et de son caractère dissuasif. Cela suppose de faire comparaître en priorité les individus les plus hauts placés dans la hiérarchie, au moins dans le camp de ceux qui ont perdu le combat.

Le deuxième type d'institutions chargées d'accompagner les périodes de sortie de crise est fourni par les commissions dites « de vérité et de réconciliation ». Certains de leurs partisans expliquent qu'il ne s'agit pas tant de repérer et de condamner les coupables que de se livrer à une sorte de grande catharsis surtout orientée vers les victimes en proclamant la réalité et l'injustice des crimes qu'elles ont subis. De toute façon, à partir d'un certain niveau de souffrances imposées, voire de massacres perpétrés, il n'est pas de véritable réparation possible, en tous cas proportionnelle au préjudice. Au surplus, les responsables, à supposer que l'on soit en mesure de reconstituer la part que chacun a pris, sont incapables de mobiliser les moyens nécessaires pour réparer si peu que ce soit les conséquences de leurs actes. A cette échelle, les indemnisations pour les destructions de vies humaines et d'éléments du patrimoine immobilier ne peuvent venir que de l'Etat. En revanche, les membres des commissions exigeront, de la part des fautifs, des aveux complets et un repentir sincère, ce qui constitue à la fois une garantie pour connaître toute la vérité, une satisfaction morale pour les victimes témoins de l'humiliation de leurs bourreaux et une chance de ne plus connaître rien de semblable dans l'avenir. Les premières commissions de ce type, par exemple en Argentine, ont privilégié l'aspect « vérité » d'autant plus indispensable qu'il fallait mettre à jour les exactions et les crimes commis au terme de périodes marquées par des disparitions telles qu'il était difficile sur le moment de distinguer ceux qui étaient entrés en clandestinité et ceux qui avaient été assassinés. Il s'agissait aussi de faire la part des responsabilités entre les divers groupes qui s'étaient disputés le pouvoir et qui, évidemment, se renvoyaient mutuellement la faute, chacun affirmant n'avoir fait que

Les institutions de sortie de conflits

se défendre. C'est dans un deuxième temps que la dimension de « réconciliation » est venue compléter la première avec la volonté d'utiliser la procédure pour interrompre un processus de vengeances successives et réciproques à assouvir de la part de chaque camp contre l'autre¹.

Nous n'avons pas choisi, dans les lignes qui suivent, de nous conformer à cette pratique habituelle consistant à opposer tribunaux et commissions. Plusieurs aspects nous semblent rendre possible de les rapprocher en l'occurrence, même si leur nature juridique paraît, en principe, les situer à l'opposé les uns des autres². Les circonstances, d'abord, les confrontent aux mêmes défis : il s'agit d'accompagner une sortie de conflit aigu en tenant compte du rapport de forces qui s'est établi au profit du vainqueur mais en affectant de s'appuyer sur des institutions et sur des procédures qui, par leur apparente neutralité juridique, favorisent la réconciliation. La composition des structures en charge de gérer la transition les rapproche aussi : ce sont, bien sûr, les vainqueurs qui désignent les services qui vont effectuer le travail d'enquête et d'instruction, puis les personnalités qui conduiront les débats –phase d'autant plus importante qu'elle aura un caractère public- et qui finalement détermineront, par le document final, la vérité officielle autour de laquelle la communauté nationale devra se rassembler dans l'avenir. Que l'on parle de membres d'un tribunal ou d'une commission, leur rôle est décisif et

¹ Dans un *vade mecum* très didactique *Vérité, justice et réparation. Créer une commission vérité efficace*, paru en 2007, *Amnesty International* fournit toute une série de conseils utiles sur la rédaction des statuts d'une telle commission, son mandat, ses fonctions et ses pouvoirs, sa mise en place et son fonctionnement, ses activités et ses méthodes de travail, enfin « Bâtir l'avenir ».

² « Désormais, l'utilisation de la boîte à outils de la justice transitionnelle est devenue quasi prescriptive, au nom du rétablissement de la paix, de la démocratie et de la stabilité régionale. En une quinzaine d'années, la création d'une trentaine de Commissions Vérité ainsi que de nombreux Tribunaux pénaux, qu'ils soient semi-internationaux ou internationaux, a reconfiguré l'architecture du système international » (Pierre HAZAN, *Juger la guerre, juger l'histoire*, PUF, Paris 2007, p. 14).

doit donner l'impression de refuser aussi bien la crainte qui débouche sur l'impunité que les tentations de la vengeance. Le mode de fonctionnement de ces instances n'est pas très différent : le travail de rassemblement des preuves est important ; il faut privilégier l'appel aux documents officiels ou, en tous cas, émanant de ceux que l'on veut stigmatiser, sans pour autant négliger les témoignages mais en sachant que, par leur caractère dramatique, ils peuvent infléchir la lecture de la vérité ; une erreur un peu importante pourrait compromettre l'autorité de l'ensemble du document final³ ; il faut être prudent dans le travail de rédaction, toujours délicat lorsqu'il s'agit d'un travail effectué à chaud. L'organisation des débats va nourrir l'image médiatique que laissera l'ensemble du dispositif : il convient d'éviter de fournir une tribune aux accusés qu'ils utiliseront pour dénoncer les inévitables excès commis par leurs adversaires et y puiser une justification ; il est, en même temps, indispensable de leur permettre de s'exprimer, sauf à donner l'impression d'un spectacle complètement organisé à l'avance ; le choix des témoins est évidemment décisif tant au fond, par leur incontestable crédibilité, que dans la forme, privilégiant les faits. Enfin, le texte produit demandera le plus grand soin : il empruntera aux sentences rendues par un tribunal leur caractère péremptoire et leur légitimité à répartir les responsabilités ; il s'apparentera aux rapports des commissions par l'effort d'argumentation, de démonstration, se voulant à la fois nuancés et incontestables.

Il est d'ailleurs des institutions qui mélangent les genres, des tribunaux qui utilisent leurs considérants pour proposer une lecture générale et abstraite de la crise surmontée, des commissions que rendent des décisions en forme de condamnations ou à l'inverse d'amnisties individuelles. Finalement, en ces périodes de recherche de consolidation de la paix à travers des structures mises en place dans l'urgence, peu importe que l'on puisse ou pas les ranger dans des

³ C'est ce qui aurait pu se passer, lors du procès de Nuremberg, si le Tribunal avait déféré à l'injonction du procureur soviétique de mettre le massacre de Katyn à la charge des Allemands. Malgré la menace de blocage du procès, la demande n'est pas acceptée.

Les institutions de sortie de conflits

catégories clairement déterminées. Il faut convaincre dans l'immédiat et rassurer pour l'avenir, et tout doit y contribuer : indépendance de l'organe, bonne réputation des membres, sérieux du travail d'investigation, sérénité et liberté des débats, équilibre et bien fondé des documents finaux... C'est en fonction de ces divers paramètres dont dépend le succès de la procédure de fin de conflit, que nous nous proposons d'évoquer successivement, selon un plan juridique très classique, qui rachètera un peu ce que le rapprochement d'institutions dissemblables peut paraître avoir de sacrilège, d'abord la compétence de ces structures (I), puis leur composition (II), enfin les résultats de leur intervention (III).

I – La compétence

C'est la décision de départ qui va déterminer tout le reste : quelle va être le champ d'investigation de l'institution chargée d'accompagner la sortie de crise ? On imagine *a priori* que chacun souhaite ouvrir le domaine de recherche le plus vaste possible pour permettre à ceux qui sont chargés de l'explorer de ne rien laisser de côté, qu'ils ne se heurtent à aucune barrière. Le souci d'efficacité pourrait même conduire à ne fixer aucune limite au repérage des crimes ou des délits commis à l'occasion d'un conflit politique majeur. Or, il n'en va à peu près jamais ainsi. Les dirigeants qui mettent en place un tribunal ou une commission dans un pays qui se dégage d'une période d'affrontements et qui en attend le règlement des contentieux et l'apaisement des rancunes manquent rarement de dresser des frontières au travail d'enquête de ceux qu'ils ont choisis. C'est souvent l'objet de discussions animées qui révèlent les arrière-pensées des uns et des autres. Certains souhaitent cantonner l'investigation parce qu'ils n'ont pas la conscience tout à fait pure et qu'ils appréhendent d'être mis en cause par la structure même qu'ils ont créée. D'autres, à moins que ce ne soit les mêmes, entendent orienter la recherche des coupables vers leurs adversaires politiques ou leurs rivaux. La délimitation de la zone d'exploration constitue un préalable qui anticipe les oublis à commettre, les responsabilités à dénoncer et les culpabilités à repérer.

Une objectivité absolue en ces domaines est d'autant plus difficile que tous les affrontements importants, qu'ils soient nationaux ou internationaux, poussent leurs racines dans un sol très profond où chaque génération, chaque groupe trouve des motifs de revanche sur le passé, pour des avanies subies ou imaginées de la part d'un ennemi considéré comme héréditaire. En matière de relations internationales, l'Europe donne l'exemple avec le déclenchement du second conflit mondial, présenté par Hitler comme la réponse légitime au *diktat* de Versailles⁴, lui-même considéré par les Français comme rachetant l'injuste amputation de l'Alsace-Lorraine... Les vainqueurs de 1945 n'ont évidemment aucune intention d'entrer dans cette logique et fixent au Tribunal de Nuremberg le soin de répartir les forfaits commis par les vingt-quatre accusés entre quatre inculpations : « complot » (en vue d'une prise de pouvoir pour réaliser leur programme criminel), « crimes contre la paix » (déclenchement de guerres d'agression), « crimes de guerre » (non respect des lois de la guerre) et « crimes contre l'humanité » (mesures prises contre les populations civiles pour des motifs politiques, raciaux ou religieux⁵).

Cette classification est d'ailleurs l'occasion des premières tensions entre Américains et Britanniques d'une part, Soviétiques et Français d'autre part, les premiers tenant à leur typologie et parvenant à imposer que leur liste des qualifications soit suivie jusqu'à la fin du

⁴ A noter que l'article 27 du traité de Versailles prévoit la mise en accusation de Guillaume II et l'article 28 l'instauration d'un tribunal dont les membres auraient été désignés par les Etats-Unis, la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et le Japon. Le refus néerlandais d'extrader Guillaume II et la conviction des dirigeants de la République de Weimar qu'une telle procédure ne serait pas comprise par l'opinion allemande empêchent ce dispositif de fonctionner.

⁵ Témoigne de l'importance des limites chronologiques imposées aux juges, le fait qu'en limitant la stigmatisation des crimes contre l'humanité à la période de guerre, le Tribunal rend difficile la dénonciation des persécutions subies par les Juifs avant 1939, sauf à les rattacher aux crimes contre la paix ce qui n'est pas complètement convaincant. Cf. Catherine GRYNFOGEL, *De la spécificité d'une infraction particulière : le crime contre l'humanité*, Presses de l'université toulouse 1 Capitole, 2012, p. 39-40.

Les institutions de sortie de conflits

procès, les seconds considérant plus ou moins que l'agression n'est pas en soi de nature criminelle mais plutôt la façon dont la guerre a été conduite. En revanche, tous sont d'accord pour exclure du champ d'investigation les crimes symétriques que l'on peut imputer aux alliés (politique d'agression de l'Union soviétique, bombardements des villes allemandes et japonaises par les aviations britanniques et américaines, traitements imposés par tous les belligérants aux ennemis hors de combat en fonction des circonstances...), règle utile fondée sur le refus du *tu quoque* : les accusés ne peuvent s'innocenter en expliquant que le camp adverse en a fait tout autant⁶. Il ne manquerait plus que ça, pensent les vainqueurs.

Les questions de délimitation de compétences dans le temps se retrouvent en Europe lors de la détermination du champ d'investigation du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. On se souvient que c'était un des arguments favoris de Milosevic, avant comme après la perte du pouvoir, que d'invoquer les persécutions subies depuis des siècles, expliquait-il, par les Serbes. Refusant évidemment de remonter aussi loin, le Conseil de sécurité de l'ONU, par sa résolution 827 adoptée le 25 mai 1993, fixe au 1^{er} janvier 1991 la date de début de la période d'investigation à l'encontre des personnes réputées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ancienne Yougoslavie. Les juristes font valoir que, par rapport au Tribunal de Nuremberg, cette structure présente un progrès : il ne s'agit pas d'une institution mise en place par les vainqueurs pour stigmatiser les vaincus mais de la tentative d'organisation d'une instance de

⁶ Cela n'empêche pas les accusés de tenter de faire appel à l'argument, en évoquant parfois des épisodes un peu lointains, tel Goering rappelant les modes d'acquisition de la Californie et du Texas par les Etats-Unis pour justifier l'*Anschluss*. Parfois l'argument porte, ainsi lorsque l'avocat de l'amiral Dönitz, auquel on reproche les instructions données à propos de la récupération des marins ennemis naufragés après un torpillage, en appelle avec succès au témoignage écrit de l'amiral Nimitz en argumentant qu'il ne s'agit pas d'utiliser le *tu quoque* mais de déterminer les modes d'interprétation par chaque armée des règles du droit international.

jugement par l'ensemble de la communauté internationale⁷. Le modèle paraissant pertinent, le Tribunal pénal international pour le Rwanda est créé dans des conditions comparables, par la résolution 955 du 8 novembre 1994 émanant du Conseil de sécurité de l'ONU et dirigé contre les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire, avec une double délimitation chronologique et géographique du champ d'investigation : si la période couverte est brève –du 1^{er} janvier au 31 décembre 1994- le territoire couvert fait l'objet d'une extension inhabituelle puisqu'aux faits commis sur le territoire rwandais s'ajoutent ceux perpétrés par des Rwandais sur les territoires voisins.

Le Tribunal spécial pour le Liban résulte de la résolution 1757 du 30 mai 2007 du Conseil de sécurité. Elle tient compte du fait que cette création est le résultat d'un accord conclu entre l'ONU et la République libanaise qui n'entend pas renoncer à sa souveraineté. Dans le document joint en annexe de la résolution, il est précisé qu'il s'agit de rechercher les responsables de l'attentat du 14 février 2005 contre l'ancien premier ministre Rafic Hariri. Il est prévu une extension dont on ne mesurera que progressivement toute l'importance qu'elle pourrait prendre puisque le Tribunal reçoit l'autorisation de faire porter ses investigations sur tout autre attentat commis entre le 1^{er} octobre 2004 et le 12 décembre 2005⁸, voire plus tard avec l'assentiment du Conseil de sécurité, s'ils ont un lien avec le crime du 14 février ou s'ils sont « de nature et de gravité équivalente ». Cette dernière formule donne l'impression d'un

⁷ De ce dernier point de vue, certains ont regretté que ce ne soit pas l'Assemblée générale des Nations unies qui ait décidé la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

⁸ Le juge belge de la mise en état, Daniel Franssen, s'est rangé à l'opinion du procureur canadien, Daniel Bellemare, selon lequel trois autres attentats étaient liés à l'assassinat de Rafic Hariri : contre l'ancien ministre des Télécommunications, le 1^{er} octobre 2004 ; contre l'ancien dirigeant du Parti communiste libanais Georg Hawi, le 21 juin 2005 ; enfin contre l'ancien ministre de la Défense Elias Murr, le 12 juillet 2005.

Les institutions de sortie de conflits

important élargissement possible du champ d'intervention de l'instance ainsi créée. On peut aussi y voir le signe de la détermination des autorités nationales et internationales à découvrir la vérité.

En Amérique latine, les commissions sont généralement mises en place par les gouvernements qui succèdent aux autorités officielles ayant fonctionné pendant la guerre civile et l'ayant souvent provoquée. Il s'agit de faire un travail d'enquête sur les responsabilités des divers groupes, en dépassant la dénonciation rituelle, par les uns et par les autres, par les forces de l'ordre et par l'opposition entrée en clandestinité, des exactions commises par l'adversaire. Il s'agit de repérer les atteintes à la légalité et aux droits de l'homme perpétrées par les autorités militaires et policières, y compris dans le cadre d'une répression aveugle, ce qui exige de se démarquer de ce qui fut en général la thèse officielle gouvernementale sur un combat présenté comme héroïque et exemplaire. Pour autant, il convient de ne pas dissimuler les exactions commises par les guérilleros, avec des massacres de population civile pour les contraindre à la soumission, avec un terrorisme qui n'était parfois pas éloigné des pratiques conduites par la criminalité ordinaire. S'y ajoute un travail d'enquête plus abstrait sur les causes des affrontements, sur l'origine des tensions sociales, sur les insuffisances des politiques publiques en vue de réduire les inégalités et le sentiment d'injustice, sur les mesures les plus à même d'atténuer les tensions de toutes sortes. De volumineux rapports, fruits d'un travail d'enquête minutieux, surtout à base de recueil de témoignages dans la mesure où les archives publiques sont peu utilisables, constituent en général le résultat de ces recherches et de ces réflexions. Ils n'hésitent pas à présenter des pourcentages sur l'origine des crimes et à suggérer des politiques différentes de celles habituellement suivies jusqu'alors.

Au début, l'objectif est surtout le repérage des crimes commis et la recherche des victimes disparues. C'est à cette logique que correspond pour l'Argentine, dès 1983, la création par le président Raul Alfonsín qui succède aux militaires, de la commission nationale

sur la disparition des personnes, dont le nom indique l'objectif⁹. Pour ce qui est du Chili, la commission nationale de vérité et de réconciliation est mise en place, en vertu d'un décret du 25 avril 1990, par le président Patricio Alwyn élu à peine un mois auparavant sur un programme de transition démocratique. Le champ chronologique concerné est déterminé par la période ayant suivi et précédé le coup d'Etat du 11 septembre 1973 marqué par la mort du président Allende et par l'arrivée au pouvoir du général Pinochet, afin d'en déterminer les circonstances politiques, économiques et sociales. La recherche doit porter sur l'identification des victimes, sur les mesures de réparation et de réhabilitation et sur la politique susceptible d'éviter le retour à de tels crimes. Au Guatemala, c'est un accord signé le 29 décembre 1996 entre les autorités en place et l'Union révolutionnaire nationale guatémaltèque qui concrétise la création d'une commission pour l'éclaircissement historique. Son mandat mêle, comme pour la précédente, une détermination des responsabilités des uns et des autres pendant la guerre civile ainsi qu'un diagnostic sur ses causes et sur les moyens d'y échapper désormais. La période couverte débute avec le coup d'Etat du général Efraín Ríos Montt en janvier 1982 et se prolonge jusqu'à l'accord de 1996. Au Pérou, c'est le président de transition Valentin Paniagua qui crée en 2001 la commission de vérité et de réconciliation. Elle se voit chargée d'examiner les vingt dernières années d'affrontements politiques, soit de 1980 à 2000, longue période peu homogène que la commission elle-même partagera en deux tranches inégales et différentes, avec une aggravation de la répression à partir du coup d'Etat du 5 avril 1992, explique-t-elle¹⁰.

⁹ Créée l'année précédente en Bolivie, la Commission nationale d'enquête sur les disparitions s'est vu assigner des objectifs comparables.

¹⁰ Pour éviter la présentation fastidieuse d'institutions parfois plus importantes par les espoirs suscités que par les affaires élucidées et les propositions effectuées, mais en tentant d'être exhaustif, nous nous bornerons à présenter une liste des autres commissions mises en place en Amérique latine et aux Caraïbes, classées par ordre chronologique : la Commission de la vérité au Salvador (à la suite d'accords de paix conclus sous l'égide des Nations unies en 1992), la Commission nationale de vérité et de justice en Haïti (1995), la Commission pour la vérité et la justice en

Les institutions de sortie de conflits

Sur le continent africain, c'est l'Afrique du sud qui joue le rôle de modèle, même si aucun pays n'a encore osé aller aussi loin. Sa commission vérité et réconciliation couronne un processus de discussion entre le Parti national qui était à l'origine de l'apartheid, le Congrès national africain de Mandela et le Congrès pan africain. L'accord se fait en 1993 sur un texte constitutionnel intérimaire dont la « postface » jette les bases de ce que sera la future politique d'unité et de réconciliation. En fait, c'est à Mandela lui-même, élu président l'année suivante qu'il revient, par le *Promotion of National and Reconciliation Act* de 1995 de mettre en place une commission qui va jouer un rôle décisif dans le relatif apaisement des affrontements hérités de la politique discriminatoire suivie à l'encontre des populations de couleur pendant près de cinquante ans. Pour ce qui est de la compétence de cette instance, elle est clairement déterminée. C'est important puisque le fait de relever de la commission n'est pas seulement une menace dans la mesure où il est porteur de dénonciation et de comparution, mais également une promesse puisqu'il peut déboucher, dans certaines conditions, sur une amnistie. Ne sont donc susceptibles d'être soumis à ce régime, et parfois d'en bénéficier, que les individus qui se sont rendus coupables d'infractions graves aux droits de l'homme dans un but et avec des objectifs politiques, ce qui revient à exclure ceux qui auraient agi pour des intérêts personnels. Pour ce qui est de la période concernée, elle est limitativement déterminée puisqu'il n'est pas prévu de remonter au début de l'apartheid, c'est-à-dire à l'arrivée au pouvoir du Parti national et à la mise en œuvre de son programme raciste, en 1948. Finalement, ce sont deux dates symboliques qui sont choisies : le 21 mars 1960 pour le point de départ, marqué par le massacre de Sharpeville, lié à des manifestations contre l'obligation de présenter

Equateur (créée par le président Abdala Bucaram en 1996 ; après l'éviction de ce dernier, c'est le Conseil national de la magistrature qui est censé prendre en charge sa mission) puis toujours en Equateur la Commission vérité (créée par décret présidentiel en 2007), la Commission vérité et réconciliation à la Grenade (2001), la Commission vérité au Panama (2001), la Commission vérité et justice au Paraguay (2003).

un passeport à l'intérieur du pays ce qui se traduit par plusieurs dizaines de participants tués par les forces de l'ordre ; le mois d'octobre 1990 comme point d'arrivée, soit le début des négociations entre les trois grands partis protagonistes qui vont se mettre d'accord pour mettre fin à l'apartheid.

Parmi d'autres institutions africaines spécifiques figure l'Instance équité et réconciliation (IER), instaurée au Maroc, avec des objectifs adaptés à la situation particulière du pays puisque la recherche du rétablissement de la confiance et de l'unité autour du roi est moins fondée sur la dénonciation des atteintes aux droits de l'homme commises sous le règne du père et du grand-père du souverain actuel qui ne saurait mettre trop clairement en cause ses prédécesseurs et leurs collaborateurs, que sur un effort important pour repérer les victimes et les indemniser. C'est à une demande du Conseil consultatif des droits de l'homme (CCDH) en vue de voir mettre en place une telle structure que Mohamed VI répond favorablement en 2003. Les travaux de la nouvelle instance commencent dès le 7 janvier 2004 et elle reçoit ses statuts d'un dahir du 12 avril de la même année. Dans la mesure où la mission n'est pas de dénoncer les anciens responsables politiques ou administratifs, ni *a fortiori* de les sanctionner, la mission est définie largement tant pour ce qui est des faits sur lesquels enquêter puisqu'il s'agit de toutes les violations graves des droits de l'homme ayant revêtu un caractère systématique et/ou massif, qu'en ce qui concerne la période concernée puisqu'elle démarre dès l'indépendance et se prolonge jusqu'à l'acceptation par le roi de la demande du CCDH. L'on attend de l'Instance non pas tant qu'elle recherche des victimes inconnues mais bien plutôt qu'elle reçoive les demandes pour retrouver des personnes disparues ou indemniser ceux qui estiment avoir subi un préjudice injuste. C'est d'abord d'une structure d'indemnisation qu'il s'agit, avec d'ailleurs des délais d'acceptation des demandes assez stricts. Elle est doublée au surplus d'une institution complémentaire, l'Instance d'arbitrage indépendante qui a traité les dossiers les plus lourds.

Dans la présentation des obstacles à surmonter, le cas du Burundi montre la difficulté à mettre en place ce genre de commission vérité et

Les institutions de sortie de conflits

réconciliation malgré un accord au moins apparent de la plupart des autorités concernées. C'est en effet il y a plus de dix ans, en 2000, dans le cadre des accords d'Arusha qu'est prévue la création d'une institution de ce type, chargée d'accompagner le processus de sortie de crise. Tout le monde paraît satisfait. L'initiative est soutenue par l'ONU et notamment par le Conseil de sécurité qui, informé de l'accord du gouvernement burundais du 15 juin 2005, adopte, le 20 juin suivant une résolution 1606 demandant à son secrétaire général d'engager des négociations avec toutes les parties concernées pour la mise en place d'une telle commission. Finalement, c'est seulement le 13 juin 2011, qu'un décret du chef de l'Etat crée non la commission elle-même mais un comité technique de sept membres chargés d'engager une réflexion sur les « orientations méthodologiques » de la future commission ainsi que sur les critères de désignation de ses membres, sur son budget, sur ses méthodes de travail... Tout cela en s'inspirant des expériences étrangères. C'est dans cet esprit que le comité s'est rendu au mois d'août 2011, sous la direction de son président Laurent Kavakure, au Togo pour étudier les conditions de fonctionnement de la commission vérité, justice et réconciliation de ce pays. On a le sentiment d'une longue route à parcourir avant la mise en place de la commission burundaise et qui doit être doublée par la création d'un Tribunal spécial. On suppose enfin que, parmi les « orientations méthodologiques », figureront notamment des propositions sur le champ d'investigation de la future commission.

Parmi les autres commissions prévues par des accords entre belligérants s'étant affrontés dans le cadre d'une guerre civile en Afrique, l'on peut aussi citer la Sierra Leone et le Liberia. Pour la première, il s'agit des accords de Lomé du 7 juillet 1999 qui sont d'ailleurs difficiles à mettre en œuvre du fait des réticences des signataires à désarmer effectivement. Finalement, c'est une loi du 22 février 2000 qui permet en juin 2002 l'institution de la commission qui est complétée par un Tribunal spécial créé la même année par un traité entre l'ONU et le gouvernement de la Sierra Leone. Pour le second, la commission est prévue par les accords d'Accra du 18 août 2003, ce qui permet à la nouvelle présidente Johnson-Sirleaf

d'inaugurer les travaux de la commission le 20 février 2006. Dans les deux cas, la période ouverte à l'investigation est assez large puisqu'elle démarre avec le début de la guerre civile située en 1991 pour ce qui est de la Sierra Leone et en 1989 au Liberia et puisqu'elle s'achève, chaque fois également, au jour de l'accord qui est censé y avoir mis fin.

Pour ce qui est de la commission dialogue, vérité et réconciliation instituée en Côte d'Ivoire par une ordonnance présidentielle de juillet 2011¹¹, les choses sont d'abord allées assez vite ce qui n'est pas une garantie absolue d'action plus rapide et plus efficace. C'est presque dès son arrivée aux responsabilités réelles que le président Ouattara en a annoncé la création avec désignation de son président. L'ordonnance, qui a donc suivi de près, fixe comme première mission d'établir une « typologie appropriée des violations des droits de l'homme susceptibles d'être l'objet de ses délibérations ». C'est seulement ensuite que sont prévues les auditions des victimes, la détermination des moyens pour leur venir en aide et l'étude des précautions à prendre pour que de semblables affrontements ne se reproduisent plus. En fait, la plus grande partie du texte officiel est consacrée à l'organisation de la commission et à son fonctionnement dans des conditions correspondant à son statut d'autorité administrative indépendante. On sait qu'ici aussi, et sous le terme pudique de « typologie appropriée », c'est rien moins que de la détermination du champ d'investigation qu'il s'agit d'effectuer, à la fois en ce qui concerne les formes qu'ont prises les violations des droits et pour ce qui est de la période couverte puisque, depuis l'époque lointaine de février 1992 où Ouattara, alors premier ministre, fit emprisonner Laurent Bagbo, alors en opposition ouverte au gouvernement en place, chacun considère avoir des droits à réparation pour les persécutions subies¹². De fait, il demeure

¹¹ Ordonnance n° 2011-167 du 13 juillet 2011. Elle remplace l'ordonnance n° 2011-85 du 13 mai 2011.

¹² Autre chef d'Etat ayant annoncé, au cours de sa campagne électorale puis au lendemain de son élection, en décembre 2010, son intention de créer une commission –ou une *conférence*- vérité et réconciliation : le président

Les institutions de sortie de conflits

le problème de l'articulation des responsabilités entre cette commission et la justice pénale. Le fait que la première ne se voit pas vu reconnaître le pouvoir d'amnistier et le transfert du président Gbagbo au Tribunal pénal international de La Haye inquiètent évidemment ceux voudraient privilégier la réconciliation¹³.

II - La composition

Il y a toujours une part de négociation à l'origine des décisions présidant au choix des membres composant les instances chargées d'accompagner le processus de sortie de crise. Au minimum, la discussion se développe entre les vainqueurs ce qui révèle souvent des tendances et des préoccupations différentes entre ceux qu'avait unis un ennemi commun, ce qui prouve en outre qu'il s'agit d'un enjeu important auquel personne ne saurait être indifférent d'autant

guinéen Alpha Condé. En mars 2011, la représentante des Nations unies en matière de défense, de promotion et de protection des droits de l'homme rappelle cet engagement au Conseil national de la transition. Dans la même logique que celle évoquée pour l'Amérique latine, nous présentons ci-après la liste des autres commissions en Afrique, classées par ordre chronologique : la Commission d'enquête sur la disparition des personnes en Ouganda (considérée comme la première dans le monde puisque créée en 1974), la Commission d'enquête sur les crimes et détournements commis par l'ex-président Habré et ses coauteurs et/ou complices pour le Tchad (1991), la Commission chargée d'enquêter sur les violations des droits humains au Nigeria (créée en 1999 par le président Obasanjo pour enquêter sur les violations des droits de l'homme commises depuis 1966, date de début des coups d'Etat militaires), la Commission de réconciliation nationale au Ghana (établie en 2002), la Commission vérité et réconciliation en République démocratique du Congo (prévue lors des travaux du dialogue inter-congolais tenu à Sun City et à Pretoria en 2002-2003 et officiellement créée par la loi du 30 juillet 2004), la Commission vérité, justice et réconciliation au Togo (installée par le président Faure Gnassingbé en 2009).

¹³ Francis AKINDES, « Côte d'ivoire : pardonner ou punir ? », dans *Alternatives internationales*, janvier 2012, p. 94-95 : « De toute évidence, la capacité d'Alassane Ouattara à jouer la carte de l'impartialité face à la justice constitue un défi majeur de la réconciliation (...) en laissant agir la justice y compris à l'encontre de ses propres alliés ».

qu'à la volonté d'indemniser les victimes et au désir de révéler les crimes des adversaires, peuvent s'ajouter les craintes que soient mises à jour quelques fautes commises par ceux-là mêmes qui ont triomphé. Au mieux, la concertation mobilise des belligérants d'hier pour une détermination par consensus de ceux qui seront appelés à organiser le repérage des victimes quel que soit le côté où elles se sont trouvées, pour l'évaluation des responsabilités sans tenir compte de l'appartenance à un camp ou à un autre et pour le repérage des erreurs à ne pas renouveler et des précautions à prendre pour éviter de revivre les mêmes affrontements dans l'avenir. Quel que soit le sérieux du travail effectué, son accueil par l'opinion publique, après une période marquée par l'afflux d'informations contradictoires en provenance de mouvements dont tous considèrent que la mauvaise foi relève d'un effort d'information légitimement orienté, dépend dans une large mesure de l'origine pluraliste de ceux qui ont été chargés d'établir un bilan en principe honnête.

Lors de la constitution du Tribunal de Nuremberg, nul ne songe à consulter des représentants des populations vaincues, sur la nomination des juges, même s'il n'aurait pas été difficile de trouver d'authentiques opposants au nazisme au sein du peuple allemand et l'ayant durement payé, même si les magistrats que ce dernier a mis en place après guerre se sont parfois montrés plus sévères que les alliés, condamnant des individus qui avaient été acquittés à Nuremberg¹⁴. Le principe adopté par les alliés est que les Etats-Unis, la Grande-Bretagne, l'Union soviétique et la France désignent chacun un juge, un juge suppléant ainsi qu'un procureur. Dès l'abord, une césure apparaît qui annonce la future opposition nord-sud : les alliés occidentaux choisissent tous trois des personnalités issues de la société civile, des juristes ou en tous cas des spécialistes des questions

¹⁴ Sentences des Tribunaux de dénazification à l'encontre des trois acquittés : Schacht : 8 ans de travaux forcés en première instance, acquitté en appel ; Fritzsche : 9 ans de prison dont 5 effectués ; von Papen : 10 ans de travaux forcés dont 2 effectués.

Les institutions de sortie de conflits

de justice¹⁵ et notamment de justice internationale ; les Russes nomment uniquement des militaires. La différence se retrouvera au cours des débats et des délibérations : les soi-disant magistrats nommés par Staline ne font pas mystère d'être là pour obtenir que tous soient condamnés et le plus lourdement possible. Lorsque la sentence finale aboutira à ce que trois des accusés soient acquittés, ils tiendront à ce que leur protestation soit officiellement inscrite au procès-verbal¹⁶. D'un certain point de vue, cette attitude contribuera à populariser l'impression que tout n'était pas joué d'avance ce que vient confirmer la surprise des accusés ayant bénéficié de cette indulgence inattendue¹⁷.

Malgré les divisions qui se sont fait jour entre les vainqueurs, l'impression demeure qu'ils contrôlent entièrement l'instance chargée de juger leurs ennemis vaincus. Il ne doit plus en aller de même aujourd'hui. Avec les Tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, tout est mis en œuvre pour que les modalités de désignation des magistrats rompent avec les pratiques de l'après seconde guerre mondiale. Les accusés ne comparaissent pas devant des juges désignés par le camp qui l'a emporté mais devant des personnalités qui, par la diversité de leurs origines et les techniques de nomination,

¹⁵ Il n'est pas toujours facile, après une période de guerre civile, de trancher entre la désignation de magistrats professionnels, ayant *a priori* la compétence pour prononcer des jugements techniquement pertinents et l'appel à des personnalités de la société civile, bénéficiant pour des raisons diverses d'une aura dans l'opinion publique. Les premiers en effet se sont souvent plus ou moins compromis avec les autorités officielles pendant la période de crise. Les secondes ont été plus ou moins mêlées aux affrontements dans un camp ou dans un autre. Au lendemain de la libération de la France en 1944, lors des procès de l'épuration, les autorités croiront trouver la solution en composant les instances de réquisition et de jugement avec des juges professionnels mais parfois soupçonnés d'indulgence à l'égard de l'ancienne équipe, et en garnissant les jurys d'anciens combattants issus de la résistance.

¹⁶ Ils protestent également contre le fait que Hess ne soit pas condamné à mort.

¹⁷ En témoignent notamment leur réaction lors de la conférence de presse qui suit leur acquittement.

sont censées représenter l'ensemble de la communauté internationale. Il s'agit de donner l'impression que ce sont tous les pays du monde qui se mobilisent pour rendre la justice. Le système prévu est donc assez complexe et fait appel aux diverses instances de l'ONU : d'abord le secrétaire général qui invite tous les Etats membres ou non-membres ayant une représentation permanente au siège de l'organisation à lui fournir leurs propositions ; les Etats ensuite, qui peuvent transmettre chacun deux candidatures ; le Conseil de sécurité en troisième rang qui, sur la base des noms qui lui sont adressés, établit une liste qui laisse encore une large marge de choix puisqu'elle est, selon les cas, de l'ordre du double ou du triple du nombre de juges à nommer ; l'Assemblée générale enfin, qui élit les personnes finalement retenues à la majorité absolue de ses membres.

Non contente d'avoir imaginé cette procédure faite de tamis successifs, l'ONU prend toutes sortes de précautions pour garantir le pluralisme des opinions au sein des tribunaux : interdiction que deux juges aient la même nationalité puisque, si le vote donne un tel résultat, c'est celui qui aura eu le plus de voix qui seul sera désigné ; de plus exhortation à assurer une « représentation adéquate des principaux systèmes juridiques du monde »¹⁸ ainsi que des grandes zones géographiques. Tout est donc mis en œuvre pour convaincre qu'il s'agit d'une justice authentiquement représentative de la société internationale, rassemblée pour rétablir chez l'un des siens le calme fondé sur un consensus. Il est vrai que le travail des magistrats est particulièrement difficile dans une atmosphère souvent très tendue, chez ceux chargés de prononcer la sentence et plus encore pour ceux qui requièrent, comme en témoignent les controverses autour de la personnalité très médiatique de Carla del Ponte.

Pour ce qui est du Liban, les modalités de choix des membres du Tribunal spécial tiennent évidemment compte de la souveraineté de l'Etat libanais dont les représentants n'entendent pas s'en remettre entièrement à des juges étrangers. L'accord passé avec l'ONU prévoit

¹⁸ Formule figurant, par exemple, dans la résolution 955 du 8 novembre 1994 du Conseil de sécurité (art. 12-3-d).

Les institutions de sortie de conflits

un savant équilibre, de façon à ce que les juges de nationalité libanaise soient présents à tous les niveaux mais qu'ils n'aient jamais la majorité : un Libanais pour deux étrangers au sein de la chambre de première instance ; deux Libanais pour trois étrangers pour ce qui est de l'appel. De toute façon, même pour ce qui est des magistrats libanais, l'ONU conserve un droit de regard puisqu'ils sont nommés par le secrétaire général sur une liste de douze personnes présentées par le gouvernement libanais sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature. L'ONU garde la pleine maîtrise du choix des juges étrangers : ils sont également nommés par le secrétaire général à partir des candidatures transmises par les Etats membres ou par des « personnalités compétentes », ce qui élargit considérablement la marge de choix¹⁹.

Les commissions nationales dites « vérités et réconciliation » sont en général nommés au terme de procédures sensiblement moins transparentes, même si l'on pressent qu'il y a eu des transactions importantes avant que la liste définitive soit connue et même si les médias du pays considéré se font l'écho des polémiques apparues au sein de la classe politique, parfois aussi des critiques soulevées contre la présence de tel ou tel membre. La tendance est de faire une place de plus en plus importante au pluralisme et même de rechercher une certaine forme de représentativité des divers membres. Ainsi, la commission du Liberia fait, sur les neuf membres, des places à deux personnalités nommées par la Communauté économique d'Afrique de l'ouest et une autre à un représentant de la Haute commission des droits de l'homme des Nations unies.

Les conditions de mise en place de la plus récente commission créée, celle de Côte d'Ivoire, témoignent aussi et dans une certaine mesure d'un souci de pluralisme. Ainsi le président Ouattara avait-il soulevé pas mal d'objections en annonçant la désignation comme

¹⁹ Cette méfiance apparente à l'égard des juges nationaux peut surprendre. Elle n'est pas exceptionnelle de la part de l'ONU. Ainsi, s'agissant de la Commission de la vérité au Salvador, le secrétaire général des Nations unies nomme trois commissaires dont aucun n'est Salvadorien. Par ailleurs, il est prévu qu'aucun ressortissant du Salvador n'y travaille.

président de Charles Konan Banny qui a été un membre influent de l'ancien parti unique, le Parti démocratique de Côte d'Ivoire, qui a dirigé la Banque centrale d'Afrique de l'Ouest, avant d'accepter le poste de premier ministre auprès du président Bagbo, puis de soutenir Henri Konan Bédié au premier tour des élections présidentielles : on ne pouvait lui reprocher une trop grande fermeté dans les opinions et pas davantage de faire figure d'homme nouveau au sein de la classe politique ivoirienne. Qu'il y ait ou non une volonté de répondre aux critiques, l'ordonnance du 13 juillet 2011 se démarque des premiers choix en prévoyant que les sept commissaires qui entoureront le président et les trois vice-présidents²⁰ devront représenter les grandes tendances à réconcilier. Si le choix des grandes zones géographiques à prendre en compte n'étonne pas en distinguant classiquement le nord, le sud, l'est, l'ouest et le centre du pays²¹, si l'idée de faire une place à la « diaspora ivoirienne » doit rassembler un large consensus, l'on ne sait l'accueil que l'opinion publique nationale réservera à la décision d'introduire un représentant des « résidents africains et non-africains ». Même s'ils ont figuré parmi les victimes parfois les plus pitoyables, une telle initiative peut déplaire au sein d'une population très sensible à préserver son indépendance²².

²⁰ Art. 6 de l'ordonnance n° 2011-167 du 13 juillet 2011 portant création, attribution, organisation et fonctionnement de la Commission dialogue, vérité et réconciliation.

²¹ Une représentation géographique du pays a été tentée au sein de la Commission vérité et réconciliation de République démocratique du Congo, sans convaincre tout le monde : « Le recrutement des *Commissaires* (les 13 représentants des Provinces, tous issus de la société civile) a été fait dans la précipitation, sans grand soin, et suivant des critères tout à fait lâches, complaisants : les trois quarts d'entre eux ne possédaient ni les qualités intellectuelles, ni la compétence professionnelle requises pour un travail de si haut niveau et dans un domaine d'une aussi grande délicatesse » (P. Ngoma-Binda, *Justice transitionnelle en R.D. Congo*, L'Harmattan, Paris 2008, p. 62). La commission congolaise est composée de 21 membres au total (art. 9 de la loi n° 04/018 du 30 juillet 2004).

²² Les membres de la Commission ont été nommés au cours d'un Conseil des ministres extraordinaire tenu le 5 septembre 2012.

Les institutions de sortie de conflits

Parmi les tendances présentes depuis longtemps et un peu partout en Afrique et en Amérique latine, figure la place reconnue aux autorités religieuses, paradoxalement très largement privilégiées par rapport aux juristes. Peut-être peut-on y voir, au-delà de la vocation en principe conciliatrice des représentants des cultes, ce qui n'est pas toujours vrai, au-delà de l'autorité naturellement reconnue aux porte-parole des grandes confessions, le reflet d'une tendance ancienne parmi les religions du livre²³, celle de privilégier le pardon pour autant que les fautes soient reconnues et qu'elles soient accompagnées d'un repentir sincère. Certaines institutions ecclésiastiques ont d'ailleurs ostensiblement souhaité jouer un rôle dans le processus de retour à la paix. Ainsi le Conseil œcuménique des Eglises a-t-il engagé, dès 1993, un programme sur « l'impunité, la vérité, la justice et la réconciliation » afin d'encourager les chrétiens à prendre leur part dans la prévention et la résolution des tensions et des conflits. Chacun sait le rôle joué par Monseigneur Desmond Tutu, prélat de l'Eglise anglicane, comme adversaire de l'apartheid puis comme président de la Commission vérité et réconciliation d'Afrique du sud, défenseur de la procédure pouvant conduire à l'amnistie. De façon un peu symétrique, au Pérou, c'est le recteur de l'Université

²³ On remarquera que l'appel à ces commissions est moins fréquent et plus tardif dans les pays d'Asie, de tradition bouddhiste, que par exemple en Afrique et en Amérique du sud. On se gardera d'en tirer une règle générale. Il convient de citer la Commission d'enquête sur les personnes disparues pendant la période *panchayat* au Népal (elle est créée dès 1990, comme souvent pour ces premières commissions, pour rechercher les personnes disparues, en l'occurrence sous le régime censé fondé sur des assemblées locales, à la suite du coup d'Etat organisé par le roi), la Commission vérité et réconciliation de Corée du sud (créée en 2000 pour enquêter sur les exécutions de communistes au cours des années 1950), la Commission d'accueil, de vérité et de réconciliation du Timor oriental (créée en 2001, dotée de 7 commissaires et mandatée par l'Administration transitoire des Nations unies pour le Timor oriental), la Commission vérité et réconciliation en Indonésie (2004), la Commission vérité et réconciliation en Thaïlande (elle est créée au lendemain de l'affrontement entre l'armée et les « chemises rouges » en avril-mai 2010 ; elle se heurte au manque de la coopération des militaires, habitués à l'impunité dans ce pays).

catholique pontificale, Salomon Lerner Febres, qui a assuré la présidence des travaux d'une commission qui comprenait cinq autres ecclésiastiques sur un total de treize membres. Au Togo, c'est Monseigneur Nicodème Anani Barrigah-Bénissan qui est placé à la tête de la commission. On remarquera enfin qu'en désignant Charles Konan Banny comme président de la commission ivoirienne, le président Ouattara l'avait flanqué d'un musulman, Cheikh Boiukari Fofana et d'un catholique, Monseigneur Siméon Paul Ahouana.

Il ne faut évidemment pas imaginer être en présence d'institutions systématiquement cléricales. Les personnalités du monde politique ou universitaire ne sont pas absentes. Ainsi sont-elles respectivement trois dans chacune de ces deux catégories au sein de la commission péruvienne, auxquelles il faut ajouter un militaire, ce qui donne aux laïcs malgré tout une courte majorité sur les ecclésiastiques. Dans le sens du pluralisme, la commission chilienne a fait siéger côte à côte plusieurs défenseurs des droits de l'homme avec d'anciens défenseurs de la dictature, y compris comme ministre de Pinochet. Le président, Paul Rettig, ancien député radical et ancien ambassadeur du Brésil à l'époque de Pinochet, sut diriger les débats avec assez d'autorité pour que le rapport ait été bien accueilli au point qu'on lui donne généralement son nom. A l'inverse au Guatemala, c'est en quelque sorte une place qui est faite aux victimes en plaçant à côté de deux juristes, l'un allemand, l'autre guatémaltèque, un expert du pays spécialisé dans les questions indiennes. Au Maroc, l'Instance équité réconciliation apparaît en partie comme une sorte de déclinaison du Conseil consultatif des droits de l'homme qui avait demandé sa création et dont le secrétaire général, Driss Benzekri, assure la présidence²⁴.

²⁴ « Les 17 commissaires de l'IER sont formés pour moitié de membres du Comité consultatif des droits de l'homme (CCDH) et pour l'autre, de personnalités de « la société civile », responsables d'ONG, un politologue et un médecin. Six commissaires de l'IER sont d'anciens détenus politiques, des ex-militants d'extrême-gauche, dont deux avaient été contraints à l'exil » (Pierre Hazan, *Juger la guerre, juger l'histoire, op. cit.*, p. 160).

III - Les résultats

L'appréciation des résultats obtenus par chaque institution doit évidemment se mesurer à l'aune de la marge de manœuvre qu'elle s'était vu consentir, des moyens qu'elle avait obtenus et surtout des objectifs qui lui avaient été assignés. Lorsqu'il s'agit de tribunaux, la volonté d'atteindre un objectif de vérité et de réconciliation prend naturellement une forme surtout répressive. Il s'agit de traquer les coupables et de les châtier à proportion de leur forfait. La mission paraît *a priori* assez simple, guère différente dans sa nature de celles qu'effectuent chaque jour les juridictions pénales de droit commun. En fait, les polémiques qui entourent le fonctionnement des Tribunaux pénaux chargés de gérer les sorties de crises politiques graves montrent que les juges se trouvent confrontés à des attentes contradictoires de la part de ceux qui les ont mis en place ainsi qu'en provenance de l'opinion publique. Certains souhaitent la plus grande sévérité, compte tenu des persécutions subies par des populations innocentes, des spoliations effectuées, des vexations imposées, parfois des massacres perpétrés. L'immensité des préjudices subis paraît telle que c'est tout juste si certains parviennent à résister à la tentation de considérer que même la peine de mort est une punition insuffisante. D'autres, à l'inverse, prêchent la prise en compte des circonstances, le sentiment de danger qui a saisi tout le monde, tel que chacun croit se défendre et non agresser, tel qu'il n'est personne qui soit resté impeccable dans ses réactions. Au surplus, et dans la mesure où l'on ne peut faire passer devant les juridictions les plus solennelles qu'un nombre limité d'individus, il faut choisir entre la comparution des responsables de haut niveau qui tentent d'objecter l'ignorance où ils étaient de ce qui se passait réellement à la base, et la mise en cause des exécutants, ceux qui ont directement commis les actes les plus répréhensibles mais qui s'efforcent de se retrancher derrière les ordres reçus.

Le Tribunal de Nuremberg est le premier à se trouver confronté sur une grande échelle à ce type de choix. La détermination de la liste des accusés est le résultat d'un long marchandage entre les représentants des puissances victorieuses. L'impossibilité de faire

comparaître et d'examiner de façon approfondie le cas de plus d'une vingtaine de personnes et la frustration qui en résulte sont surmontées en ajoutant aux personnes physiques appelées à répondre de leurs actes un certain nombre d'institutions dont il s'agit de déterminer le degré de responsabilité objective. Par ce biais et dans la mesure où, sur ce point, l'éventuelle condamnation est toute symbolique et morale, le Tribunal n'est, dans cette mission, guère éloigné d'une commission vérité et réconciliation. Sont ainsi soumises au jugement des quatre magistrats désignés par les quatre vainqueurs les institutions suivantes : le gouvernement du Reich à partir du 30 avril 1933, le corps des chefs politiques du Parti nazi, la SS, la Gestapo, la SA, l'Etat-major général et le Haut commandement des forces armées allemandes. La pesée des fautes et des faiblesses s'effectue dans le cadre de débat fort sérieux et quatre accusés à ce titre sont dédouanés²⁵. Il faut reconnaître que ces acquittements ont moins suscité de discussions que ceux des trois dignitaires nazis ayant bénéficié de la même sentence²⁶. Comme on l'a vu plus haut, ces derniers ne profitent que peu de temps de cette indulgence et ils comparaissent en justice derechef, cette fois devant les tribunaux de dénazification, valant à deux d'entre eux de retourner en prison. En revanche l'un des condamnés à mort exécuté, le général Jodl, aura la satisfaction limitée puisque posthume de voir sa mémoire réhabilitée²⁷.

Nous retrouvons l'idée que quelques acquittements contribuent hautement à donner le sentiment à l'opinion publique qu'il ne s'agit pas de procès *pro forma* dont tous les accusés sont voués à l'avance à

²⁵ Organisations exonérées : le gouvernement du Reich (qui n'a plus fonctionné à partir de 1937), la SA (dont les chefs sont massacrés lors de la « nuit des longs couteaux » en 1934) et les commandements militaires (qui ne constituent pas des groupes aux yeux des juges).

²⁶ Le juge soviétique proteste également contre l'acquittement dont ont bénéficié le gouvernement du Reich et les commandements militaires.

²⁷ Jugement prononcé en mars 1953 par le tribunal chargé de la dénazification à Munich. Cette décision suscite quelque temps les protestations des autorités américaines qui y voient une remise en cause du Tribunal de Nuremberg.

Les institutions de sortie de conflits

une lourde condamnation. Nous y ajouterons que le destin des hommes, par l'aspect dramatique et personnalisé qu'il implique, intéresse davantage les observateurs que celui des institutions, ce qui est après tout assez normal mais qui jette un jour particulier sur le travail des commissions vérité réconciliation lorsqu'elles s'interdisent des dénonciations ciblées. En tous cas, lorsque l'on étudie le palmarès du Tribunal de Nuremberg -douze condamnations à mort, sept peines d'emprisonnement et trois acquittements- et qu'on le compare avec celui de Tribunaux pénaux internationaux plus récents, on a le sentiment que les proportions entre condamnations et acquittements ne varient guère, compte tenu du fait que, de nos jours, il n'y a plus de sentences de mort.

Au sein du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, les proportions sont les suivantes : parmi les personnes passées en jugement, neuf sont acquittés et cinquante-cinq condamnés²⁸. En ce qui concerne son homologue pour le Rwanda, il a, à ce jour, prononcé six acquittements pour quarante condamnations. Ajoutons qu'il faut tenir compte du fait que ces statistiques fondées sur le nombre de sentences délivrées laissent de côté le fait que, à l'égard de certaines personnes inquiétées, les poursuites ont été abandonnées. Si l'on ajoute que le Tribunal spécial pour le Liban a eu le courage, mi août 2011, de mettre en accusation quatre membres du Hezbollah, ce qui montre à tout le moins le courage physique des juges²⁹, l'on n'aura pas épuisé les thèmes de discussions les plus fréquents à propos de ces juridictions et qui tiennent à la longueur et au coût des procédures. C'est surtout le Tribunal pour le Rwanda qui est, si l'on peut employer cette formule pour une juridiction, sur la sellette, certains observateurs lui reprochant la lenteur dans le traitement des affaires. De toutes façons, ici comme ailleurs, il faut choisir entre une

²⁸ Sur la procédure de jugement : Raymond H.A. CARTER, *Le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, L'Harmattan, Paris 2005, p. 260 et s.

²⁹ Les services canadiens de renseignements ont tout de même fait savoir qu'ils craignaient des représailles contre le pays dans la mesure où le procureur est canadien.

justice expéditive plus exposée que d'autres aux critiques, et des magistrats qui traitent en détail chaque incident de procédure, sachant que les conditions financièrement favorables consenties à ceux qui participent à cette œuvre de retour à la paix dans cette partie de l'Afrique ne peuvent que les inciter à privilégier le second choix, celui dont la justice sort la plus soigneuse sinon la plus économique³⁰.

Pour ce qui est de l'Amérique latine, la situation y est assez bien résumée par l'appréciation de José Alvarez, professeur de droit international à l'Université de Columbia : « les commissions de vérité sont des outils indispensables pour établir la vérité sur les crimes passés, un moyen pour dédommager les victimes et des instruments pour promouvoir la paix et la réconciliation ». Dans certains cas, comme en Argentine puis au Chili, elles ont eu le mérite de contribuer à surmonter au moins en partie la masse des barrages juridiques, des proclamations constitutionnelles, des lois d'amnistie, des postes automatiquement occupés et assurant une immunité que les membres des juntas militaires avaient accumulés pour assurer leur impunité³¹. De toute façon, ils demeurent influents. En Argentine, la commission mise en place par le président Raul Alfonsín en 1983 pour tenter de résoudre le problème des disparitions, remet l'année suivante le rapport « Nunca mas »³² qui va favoriser le passage des artisans de la dictature devant les tribunaux ; mais la pression de l'armée aboutit à

³⁰ Lire l'analyse et le témoignage de Mohammed Ayat, conseiller juridique principal au bureau du procureur au Tribunal pénal international pour le Rwanda : « Justice pénale internationale pour la paix et la réconciliation » et not. « II – Contribution des tribunaux pénaux internationaux à la paix et à la réconciliation » dans *Mélanges offerts au professeur Pierre Spitéri*, Toulouse 2008, p. 213 et s.

³¹ Arnaud MARTIN (dir.), *La mémoire et le pardon : les commissions de la vérité et de la réconciliation en Amérique latine*, L'Harmattan, Paris 2009.

³² On retrouve ce titre, mais en portugais : *Chega* (Assez) dans le rapport présenté en 2005 par la commission du Timor oriental qui évalue le nombre de décès liés aux affrontements à 102 800.

Les institutions de sortie de conflits

une loi d'amnistie de 1987 qui gracie la quasi-totalité des officiers condamnés³³.

Les obstacles demeurent importants d'autant que certains que l'on ne peut considérer comme des partisans de l'ancienne dictature ne sont pas convaincus du caractère indispensable de poursuites tardives. Ainsi au Chili, avec l'ancien président Eduardo Frei à l'égard du président Pinochet. En avril 1998, il contribue à le faire échapper à une procédure de « jugement politique » tentée par des parlementaires hostiles. Au mois d'octobre suivant, il prend sa défense lors de son arrestation à Londres à l'instigation d'un juge espagnol. C'est la mort qui va finalement le faire échapper aux poursuites. De toutes façons, les archives ne s'ouvrent qu'avec parcimonie et les équipes précédemment au pouvoir mettent tout en œuvre pour éviter que rien ne sorte ou, mieux, pour tout faire disparaître avant le passage des enquêteurs.

S'ajoute la nécessité de ne pas passer sous silence les exactions, les mesures d'intimidation et les exécutions sommaires auxquelles la rébellion clandestine elle-même a pu procéder. C'est dans ces conditions difficiles que, par exemple, la commission chilienne produit le rapport dit Rettig qui dresse un bilan des crimes commis. A l'encontre de la junte militaire, elle établit que sur 2 979 victimes repérées dont 957 disparitions, sa responsabilité est avérée dans 2 115 cas tandis que pour 641 il n'est pas possible de dire si les motivations étaient politiques ou crapuleuses. Par souci d'équilibre, il est mis au passif de l'opposition 164 personnes qui ont été ses victimes dans le

³³ Loi d'amnistie dite « Devoir d'obéissance » de 1987, précédée par une loi comparable de 1986 dite « Point final ». « Les lois de l'Obéissance due et du Point final ont scellé l'impunité de la Junte. On a décrété « l'oubli » des sentences du Tribunal qui avait jugé les crimes des militaires » (Elena de la ALDEA, « Le cas argentin. La mémoire et les mémoires », dans *Les devoirs de mémoire et les politiques du pardon*, Presses de l'Université du Québec, Sainte-Foix (Québec, 2005, p. 335). En 2005, la Cour suprême déclare ces lois inconstitutionnelles. Au Salvador, la commission de la liberté s'est heurtée à des pressions comparables : à la suite du rapport sévère qu'elle publie en 1993, le président Alfredo Cristiani déclare qu'elle a outrepassé son mandat et proclame une amnistie.

cadre de la lutte clandestine³⁴. En Equateur, dans son rapport remis en 2010, la commission vérité identifie 831 atteintes aux droits de l'homme sur 456 victimes entre 1984 et 2008³⁵, à la suite de quoi le procureur de la République, Rafael Correa annonce l'ouverture d'une enquête préliminaire.

En Afrique, c'est la décision de Nelson Mandela d'octroyer à la commission le droit d'amnistier ceux qui paraissent notamment manifester un repentir sincère qui va susciter le plus de commentaires³⁶. Les opinions s'affrontent. Le secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan, s'y montre hostile : « Il ne devrait pas y avoir d'amnistie pour les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, les génocides et toutes les autres infractions aux droits de l'homme et au droit humanitaire internationaux »³⁷. A l'inverse, Priscilla Hayner, cofondatrice du Centre international pour la justice transitionnelle, valide la procédure qui, par la comparution et l'aveu des coupables permet aux victimes de savoir « à qui elles pardonnent et pourquoi »³⁸. D'une façon générale, cette politique d'amnistie individuelle va à l'encontre de toute une tendance de notre justice actuelle qui multiplie les cas de refus d'oubli avec des listes de crimes

³⁴ En 2001, la commission vérité du Panama fait état de 40 cas de disparitions forcées.

³⁵ Plus de la moitié des cas de violations se sont produits au cours de la présidence de León Febres entre 1984 et 1988. Responsabilité des autorités dans les atteintes aux droits de l'homme : la police dans 50 % des cas, l'armée pour 28 %, les agents du gouvernement pour 10 %, la magistrature pour 6 % et des autorités étrangères également pour 6 %.

³⁶ Sur l'Afrique du sud : Antjie KROG, *La douleur des mots*, traduction de Georges LORY, Actes Sud, Arles 2004 ; Barbara CASSIN, Olivier CAYLA et Philippe-Joseph SALAZAR (dir.), *Vérité, réconciliation, réparation*, Seuil, Paris 2004 ; Desmond TUTU (dir.), *Amnistier l'apartheid*, édition établie par Philippe-Joseph Salazar, Seuil, Paris 2004.

³⁷ Kofi ANNAN, Déclaration devant le Conseil de sécurité, le 24 septembre 2003.

³⁸ Priscilla B. HAYNER, *Unspeakable Truths : Confronting State Terror et Atrocity*, introduction de Thomothy Garton ASH, Routledge, New York 2001 (2^e éd. 2010), p. 12.

Les institutions de sortie de conflits

exclus du champ de la prescription³⁹. Il y a ici la dimension moralisatrice d'une opération qui, dans une démarche très chrétienne, fait marcher de pair repentir et pardon. Nul doute aussi qu'une telle procédure fournit aux nouveaux maîtres un moyen élégant de procéder à une réhabilitation des anciennes élites, de façon acceptable pour les victimes.

Enfin, il y va de l'intérêt de la commission qui bénéficie ainsi d'un afflux de témoins qui ont intérêt à ne rien cacher s'ils veulent obtenir le pardon promis. D'un point de vue juridique, trois conditions doivent être rassemblées : une demande d'amnistie adressée à la commission par celui qui veut bénéficier de cette procédure, des objectifs clairement politiques ayant été à l'origine des atteintes graves aux droits de l'homme, enfin des aveux complets, une demande de pardon et un repentir sincère de la part du coupable. Trois comités interviennent à trois étapes de la procédure. Le comité sur les violations des droits de l'homme réalise le travail d'enquête préalable. Le comité sur les demandes d'amnistie vérifie que les trois conditions sont réunies et, notamment, si le repentir est sincère ce qu'il apprécie d'autant mieux que c'est devant lui que le coupable comparait pour solliciter le pardon des victimes. Enfin, le comité sur la réparation et la réhabilitation est compétent pour l'évaluation de l'indemnisation. Sur 7 116 demandes d'amnistie, 1 312 ont été accordées et 5 143 rejetées.

Si l'indulgence ne bénéficie qu'à une minorité de coupables sud-africains, elle est la règle, comme on l'a vu, pour ce qui est du Maroc. L'Instance équité réconciliation a fonctionné pendant un peu moins de deux ans et rendu son rapport final le 30 novembre 2005⁴⁰. Quelques chiffres donnent une idée de son activité. Sur les 22 000 dossiers déposés dans les délais, 742 cas de disparition présumée ont été élucidés et 66 restent en suspend ; 8 071 personnes ont reçu une indemnisation, nombre auquel il faut ajouter les 2 215 bénéficiaires de la décision de l'institution parallèle, l'Instance d'arbitrage

³⁹ A. CABANIS et M. MARTIN « La sanction et le temps : l'ombre de Némésis », dans *A propos de la sanction*, Toulouse 2007, p. 63 à 77.

⁴⁰ « Le rapport de l'IER : une vérité historique sous contrôle » dans Pierre Hazan, *Juger la guerre, juger l'histoire*, *op. cit.*, p. 178 et s.

indépendante. Sur ce total de 11 706 indemnités consenties, 9 481 ont été versées aux victimes et 2 215 aux ayant-droit. Le total des sommes mobilisées s'élève à 1,567 milliard de dirhams.

Le travail équilibré des commissions les conduit, en Afrique notamment, à ne pas épargner les anciens opposants désormais au pouvoir. En Afrique du sud, le Congrès national africain (ANC) qui avait courageusement combattu pour la disparition de l'apartheid, a au moins deux raisons d'être peu satisfait de la commission : d'abord parce que le système de l'amnistie lui paraît trop indulgent à l'égard des anciens maîtres, par exemple à l'égard de Frederik De Klerk⁴¹, ensuite dans la mesure où la commission a osé dénoncer certains membres de l'ANC accusés de meurtres ou de tortures à l'encontre de ceux qu'ils jugeaient coupables de trahison. C'est aussi à la surprise de beaucoup que le rapport rendu le 30 juin 2009, par la commission pour le Liberia demande, à côté de la mise en jugement des principaux criminels, l'inéligibilité d'une cinquantaine de personnes dont l'actuelle présidente Johnson-Sirleaf qui a pourtant été à l'origine de la procédure d'enquête.

*

**

Le mouvement symétrique en faveur d'une part des juridictions pénales internationales et, d'autre part, des commissions vérité et réconciliation paraît irrésistible. Il semble désormais dans l'ordre normal des choses qu'à la fin d'une guerre internationale et/ou civile, le retour à la paix s'accompagne de procédures destinées en quelque sorte à solder les comptes. Il s'agit d'abord de sanctionner les comportements les plus critiquables pour éviter que se développe un sentiment d'impunité et que les victimes aient l'impression d'avoir été

⁴¹ Frederik De Clerk est président de la République d'Afrique du sud de 1989 à 1994. Il est à la fois le dernier président de l'apartheid et celui qui a négocié la fin du système. Gilles TEULIE et Mélanie JOSEPH-VILAIN, *Healing South African Wounds*, Presses universitaires de Méditerranée, Montpellier 2009.

Les institutions de sortie de conflits

oubliées. Il convient en même temps de favoriser le retour à la normale par un effort de pardon réciproque à base d'identification équilibrée des responsabilités des deux camps, de réparation au profit des principales victimes et de repérage des moyens les plus adaptés pour éviter le retour des affrontements⁴². La ligne de partage entre ceux qui doivent être punis et ceux qui seront amnistiés est tracée moins en fonction des actes commis par les uns et par les autres que d'après le niveau des responsabilités et des pouvoirs reconnus à chacun.

Après tout, la technique n'est guère nouvelle, celle qui consiste depuis des siècles, sinon des millénaires, à mettre fin aux conflits en exécutant les chefs vaincus. Ils jouent en quelque sorte le rôle de boucs émissaires. C'est sur leur condamnation que repose la volonté d'épuiser le désir de vengeance et la reconstruction de l'unité nationale. Ce qui serait nouveau, c'est moins le résultat avec le châtement des plus hauts responsables et le pardon des exécutants que la surabondance des procédures symboliques qui entourent cette solution finalement traditionnelle. A l'encontre des dirigeants voués à l'élimination, se déploie tout un rituel juridictionnel, à base d'arrestations spectaculaires, de longues instructions, de confrontations dramatiques, de plaidoiries largement médiatisées et de proclamation solennelle de la sentence. Symétriquement, à l'égard du groupe vaincu, l'on privilégie le bilan nuancé, la recherche des explications abstraites, l'évaluation des risques pour l'avenir et des précautions à prendre. L'on pourrait soutenir que c'est se donner beaucoup de mal pour un résultat connu d'avance. D'un autre côté, l'on ne saurait faire trop de gesticulations si cela peut contribuer au retour de la paix dans les esprits.

Cela est d'autant plus nécessaire que le conflit porte en lui sa propre logique de pérennité. Au-delà des vengeances à assouvir sur

⁴² « Bien avant le pardon –et constituant une condition fondamentale du pardon comme de tout processus réparateur- la recherche de la vérité reste un impératif éthique incontournable » (Michelin LABELLE, Rachad ANTONIUS et Georges LEROUX, « Introduction », *Le devoir de Mémoire et les politiques du pardon*, *op. cit.*, p. 19)

plusieurs générations, avec des peuples martyrs que l'accumulation des rancunes conduit à se transformer en bourreaux plusieurs décennies plus tard, les guerres civiles s'auto entretiennent. Les dirigeants ont le sentiment de s'être rendus coupables de trop de forfaits, d'avoir blessé trop d'intérêts, de cumuler trop d'amertume sur leur tête pour avoir une chance d'immunité durable en cas de perte du pouvoir. Ils craignent d'être privés outre des avantages que leur apporte un poste avantageux, de la protection qu'il leur assure non seulement contre des poursuites judiciaires mais aussi contre les manifestations individuelles de haine de la part de ceux qui ont subi un préjudice.

Les expériences de leurs homologues d'autres pays qui ont été finalement rattrapés par les plaintes déposées par ceux qui ont souffert de leur politique, les convainquent de la fragilité des lois d'amnistie, des promesses d'immunité et de l'accueil à l'étranger par des dirigeants amis et complices qui risquent d'être poursuivis à leur tour pour leurs anciens forfaits⁴³. S'ils étaient tentés de prendre le risque d'un retrait volontaire, ils en seraient rapidement dissuadés par un entourage prompt arguer du fait qu'il a des droits à faire valoir, qu'il s'est courageusement et parfois imprudemment engagé et que c'est dans ses rangs que les victimes iront chercher les responsables tout désignés. S'ajoute enfin la masse des combattants, les plus engagés n'ayant aucun désir de renoncer à des moyens d'existence souvent confortable pour revenir à la vie civile et tenter de se faire oublier. Il n'est jusqu'à ceux qui ont été mobilisés sans trop l'avoir souhaité qui hésitent à s'engager dans les processus de réhabilitation que propose la société internationale.

⁴³ On sait les difficultés rencontrées par ceux qui veulent faire passer Hissène Habré en justice : accueilli par le Sénégal, protégé par Diouf puis par Wade, objet d'un mandat d'arrêt d'un juge belge, l'ancien chef d'Etat tchadien voit son sort confié par l'Union africaine à la justice sénégalaise en 2006. Le président Wade dit attendre de disposer des moyens financiers nécessaires à l'organisation du procès. Il est même question que Hissène Habré soit rendu au Tchad. En juin 2011, le Sénégal se retire des discussions engagées à ce sujet avec l'Union africaine.

Les institutions de sortie de conflits

Le retour à la paix doit mobiliser tous les moyens que propose le droit international et qu'il peaufine chaque année, à la lumière de l'expérience. Dans le discours évoqué plus haut stigmatisant les procédures d'amnistie, le secrétaire général de l'ONU fait preuve de moins de rigueur que notre première citation ne pourrait le faire croire. L'important est de mettre rapidement fin aux affrontements, au prix de quelques accommodements avec les grands principes : « Parfois, nous devons accepter moins qu'une pleine justice [...] parfois nous devons faire courir, à court terme, un certain nombre de risques à la paix dans l'espoir qu'elle sera mieux garantie à long terme [...] la poursuite incessante de la justice peut constituer un obstacle à la paix [...] et parfois nous devons accepter quelque chose qui est moins qu'une justice parfaite »⁴⁴. On en arrive à des projets paradoxaux tels que ceux qui consistent à chercher à élaborer un statut-type automatiquement accordé aux anciens chefs d'Etat, avec des garanties d'impunités et des engagements en matière de ressources et de protection. Certains peuvent s'en indigner qui invoquent, parfois imprudemment, un devoir de mémoire indéfini, avec des appels qui effrayent les dirigeants en place. En fait, ils les incitent à se maintenir à toutes forces. La guerre comme la paix se nourrissent d'elles-mêmes. L'important est de passer de l'une à l'autre dans le cadre des procédures étudiées dans le cadre de recherches qui se présentent comme relevant d'une nouvelle branche de la science politique, la *transitologie*. Affectée d'un nom peu valorisant, elle se traduit du moins par des travaux utiles.

⁴⁴ Un peu dans le même sens : « Ces commissions Vérité-Réconciliation prennent acte de ce que l'exigence de justice individuelle ne pourra être complètement honorée, qu'il demeurera toujours de l'irréparable, de l'irracontable, de l'insolvable. Elles peuvent tout au plus s'efforcer de les combler un peu en quittant le registre du droit pour celui de la promesse » (préface d'Antoine GARAPON dans Etienne JAUDEL, *Justice sans châtement. Les commissions Vérité-Réconciliation*, Odile Jacob, Paris 2009, p. 14).

**CONFLICTUALITE ET CRISE DU DEVELOPPEMENT EN
AFRIQUE. POUR UNE APPROCHE CONSTRUCTIVISTE
CENTREE SUR LA CAUSALITE MULTIFACTORIELLE
DES CONFLITS EN AFRIQUE**

**par Amadou Sarr Diop,
enseignant chercheur à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar,
Faculté des sciences et technologies de l'éducation et de la
formation/ FASTEF**

Le continent africain est, depuis les indépendances, une zone de turbulences. Pendant un demi-siècle, l'Afrique fut le principal foyer de conflits armés dans le monde, le continent le plus affecté par des crises politico-sociales profondes et des guerres civiles récurrentes (Ayissi 1994). Au processus de démocratisation de la fin des années 1980 et du début des années 1990, succèdent des crises sociétales génératives. Et pourtant, au lendemain de la chute du Mur de Berlin, beaucoup se sont fait une religion sur le recul des conflits armés en Afrique. C'est dire que la fin des conflits par procuration de l'époque bipolaire, présageait, pour certains observateurs, la vitalité des idéaux de paix et de progrès. Il était donc permis de penser qu'avec le retrait des protagonistes du conflit Est-Ouest, l'Afrique subsaharienne connaîtrait une pacification. Au contraire : plus que jamais les conflits violents se sont multipliés en Afrique. Durant la décennie 1990, plus de soixante conflits armés ont été dénombrés. Les statistiques révèlent que ces conflits ont fait 6,8 millions de morts, soit 4,3 % de la population africaine. A ces chiffres, il faut ajouter l'effroyable génocide rwandais. Une telle estimation ne concerne que onze pays qui sont le Soudan, l'Éthiopie, l'Ouganda, le Mozambique, l'Angola, le Liberia, la Sierra Leone, le Burundi, le Rwanda, l'ex-Zaïre et le Congo. Depuis 2000, les chiffres sont encore plus effrayants : dix-sept

pays sont concernés par les conflits armés soit 20 % de la population africaine. Le continent africain héberge le tiers des réfugiés de la planète, soit environ six millions, et la moitié des déplacés, soit environ vingt-cinq millions.

La panoplie des catastrophes est large et leur réapparition, à échéances régulières, renseigne sur l'évidence que les conflits sont loin de connaître un recul en Afrique. Ils sont d'ailleurs plus complexes du fait de la fragilisation des Etats-nations en Afrique due à un « triple déficit de légitimité, d'institutionnalisation et de régulation territoriale » (Broohm 2004). La transnationalisation des conflits, sous les effets de l'implication des organisations criminelles internationales, est un autre facteur catalyseur et amplificateur des foyers de conflits en Afrique subsaharienne. Les effets conjugués de la globalisation, de l'échec des politiques de développement, de l'affirmation des ankyloses identitaires symboliques fortes sous fond de revendications ethnocistes, régionalistes ou culturelles, corrélés aux incohérences du traçage des frontières, semblent constituer des facteurs d'engendrement des conflits. Cette hypothèse nous incite à soutenir que, du point de vue des grilles d'approche concernant l'analyse de la conflictualité en Afrique, tout porte à rompre avec le paradigme de l'ethnicité au profit d'une approche constructiviste centrée sur la causalité multifactorielle des conflits en Afrique.

La durabilité et la complexité des conflits en Afrique, du fait de la variation des registres et de la diversité des acteurs, sont de nature à remettre en question toute posture qui se limite à un seul aspect, à une seule variable pour rechercher les diverses dynamiques conflictuelles dans l'Afrique subsaharienne. Pour cette raison, l'approche constructiviste centrée sur la causalité multifactorielle, qui part de la conjonction de plusieurs variables pour appréhender la production et la reproduction des pratiques sociales avec leur caractère situé dans les contextes historiques, politiques, économiques, géographiques, sociologiques particuliers, constitue, à nos yeux, une grille analytique pertinente pour étudier, sous l'angle sociologique, les conflits armés en Afrique. Elle a l'avantage d'apporter un éclairage sur leurs causes multifactorielles et leur

Conflictualité et crise du développement en Afrique

contextualisation, de façon à comprendre les logiques d'acteurs et leurs motivations, ce qui ne dispense aucunement de repérer les causes majeures dans la panoplie des facteurs générateurs de conflits. C'est donc en proposant d'appliquer aux manifestations endémiques de la conflictualité africaine une approche constructiviste que l'on peut fournir une lecture outillée sur les conflits armés en Afrique.

L'objet de cette communication est de mettre en évidence la globalité des facteurs générateurs de conflictualité, en présupposant que la crise du développement et l'échec de la construction de l'Etat-nation sont les deux principaux facteurs générateurs et amplificateurs de la conflictualité endémique en Afrique. Dans cette perspective, les situations conflictuelles sont appréhendées comme relevant essentiellement des crises sociétales allogènes à l'échec du développement et à la crise de l'Etat-nation. Aucune société ne peut prétendre entrer dans l'ère de la modernité et de la stabilité sans régler ses rapports au développement et sans réaliser la construction d'un espace étatique viable et intégré. Ces deux impératifs sont les leviers essentiels pour la stabilité de toute société moderne. Or, l'Afrique est restée le seul continent confronté à ce double défi du développement et de la construction de l'Etat-nations. Voilà pourquoi l'impasse du développement en Afrique et son corollaire l'échec de la construction des Etats-nation représentent les terreaux par excellence d'engendrement des conflits dont les affirmations identitaires d'ordre ethnique ne sont que des facteurs amplificateurs.

I - La structure des conflits en Afrique : typologie et variables transnationales

La structure des conflits, l'enchevêtrement des facteurs générateurs et la diversité des acteurs selon les contextes, invitent à envisager une multiplicité de registres souvent concomitants qu'il faut prendre en considération dans l'analyse sociologique de la conflictualité en Afrique à partir de la nouvelle géostratégie générée par les processus de la globalisation. Ils renseignent sur la typologie des acteurs, la variation des registres et l'impact des dynamiques

transnationales sur la nature des conflits et les logiques d'acteurs en jeu.

A - Typologie des conflits, variation des registres et diversité des acteurs

Dans sa typologie des conflits en Afrique, Ben Hammouda (1999) distingue trois générations de conflits : les conflits interétatiques postcoloniaux (années 1950-années 1960), les conflits intra étatiques (années 1970-années 1980) et les conflits internes locaux d'après guerre froide (fin années 1980-années 2000). Dans cette typologie, les conflits intra étatiques sont les plus caractéristiques, vues leur complexité et leur récurrence et, surtout, vues les difficultés rencontrées pour leur éradication. Ils sont de nature plus complexe que ceux de la première génération, marqués par des positionnements idéologiques et géostratégiques. « Leur point commun est qu'ils cherchent à desserrer la chape de plomb de l'État sur la sphère politique et, par conséquent, à ouvrir celle-ci aux nouveaux besoins d'expression » (Samb 2008). En ce sens, la nouvelle conflictualité est alimentée par des rivalités politiques, mais elle dégénère, sous l'instrumentalisation des référents identitaires, en conflits armés « devant l'incapacité de l'État à définir des mécanismes de négociation et de régulation pacifique de l'ordre politique » (*ibidem*).

C'est cette dernière génération de conflits que nous décrivons sous des registres différents en nous focalisant essentiellement sur les conflits de la période post bipolaire. Ils se déclinent sous divers registres, mais en dépit de leur diversité selon les contextes et les acteurs impliqués, leurs mécanismes d'engendrement se déroulent sous la dynamique d'une causalité multifactorielle. Dans cette perspective, les conflits peuvent relever des revendications d'ordre identitaire, ethno-culturel (le problème de l'identité des sudistes au Soudan, des Tutsi au Rwanda, etc.), ethno-religieux, régionaliste et politique (Côte d'Ivoire), ethno-régionaliste (le cas de la Casamance au Sénégal), ethno-politique (la remise en cause de la légitimité du régime notamment au Soudan, au Rwanda), économique (contrôle de la rente pétrolière au Congo, les mines de diamant en Angola), enfin

Conflictualité et crise du développement en Afrique

d'ordre mafieux (Guinée Bissau). A cette diversité de types de conflits, s'ajoutent l'hétérogénéité des acteurs collectifs (rébellion, factions, forces armées régulières, milices, bandits) et le caractère de plus en plus souvent civil de ces acteurs (enfants soldats, miliciens désœuvrés, trafiquants, mercenaires). Comme toute typologie celle-ci est loin de rendre pleinement compte de la nature des conflits. Elle ne résiste pas à la confrontation avec la réalité où les différents types de conflits ainsi décrits peuvent interférer à la fois dans un même conflit.

B - La transnationalisation des conflits en Afrique

La naissance d'un monde débarrassé des conflits par procuration qui caractérisaient l'époque bipolaire a eu des effets induits sur les conflits en Afrique. L'érosion de l'Etat et la prééminence des acteurs non étatiques ont fini, du fait de la transnationalisation des leviers de la gouvernance mondiale, par impacter les conflits en Afrique : « c'est une conflictualité en spirale du local à l'international » à laquelle on l'on assiste dans le continent africain. Le contexte international a connu des changements profonds avec la juxtaposition de deux « mondes » : celui des interactions intergouvernementales avec ses logiques compétitives propres et l'univers « multiculturel » des acteurs non étatiques, « hors souveraineté ». Ces derniers sont composés de réseaux mafieux alimentant le trafic des armes, les réseaux de blanchissement d'argent et l'économie de la drogue. Nous ne sommes plus à l'époque des conflits classiques sur des questions purement identitaires et des revendications d'autonomie. La question de l'identité et de l'autonomie n'est souvent qu'un paravent, pour ne pas dire une étoffe idéologique, pour l'accaparement et la gestion des ressources ou encore pour le contrôle d'un territoire transformé en un sanctuaire par les narcotrafiquants de drogue.

II - Dynamique des conflits et causalité multifactorielle

La conflictualité en Afrique subsaharienne doit être comprise comme la conséquence logique d'une conjonction de facteurs multiples qui relèvent aussi bien de la situation interne aux Etats que

« des implications et des projections externes aux Etats africains ». C'est dans cette perspective que Philippe Hugon (2000) appréhende les dynamiques de conflictualité et de conflictualisation en Afrique au prisme de ce qu'il appelle l'enchevêtrement des facteurs explicatifs qui ne sont plus réductibles aux causes idéologiques de la guerre froide. On ne peut, non plus, en avoir une lecture purement ethniciste fondée sur le réflexe identitariste ou matérialiste par l'entremise des jeux d'intérêts des oligopoles ou par les rationalités économiques des agents.

A - Un mot sur le paradigme de l'ethnicité

L'ampleur des conflits ethniques en Afrique a aujourd'hui « redonné vigueur aux thèses primordialistes sur l'irréductibilité et l'immutabilité des « ethnicités africaines », promptes à (re)flourir dans certains discours politiques et médiatiques » (Otayek 1999 : 5). Mais une articulation de l'ethnicité au champ politique, sous l'angle de l'éclairage sociologique, invite à relativiser les thèses fondées sur un surdimensionnement de l'ethnicité conçue comme seul cadre analytique susceptible de rendre compte de la causalité des conflits en Afrique. Le paradigme de l'ethnicité n'est certes pas une grille d'interprétation dépassée mais il ne saurait être opérationnel s'il ne prend pas en compte d'une part, les mutations connues par le fait ethnique en Afrique postcolonial et d'autre part, les rapports complexes que ce fait ethnique entretient avec les autres facteurs explicatifs de la conflictualité dans les sociétés africaines. En faisant de l'ethnicité l'unique grille interprétative des phénomènes politiques qui se passent en Afrique, certains chercheurs africanistes ont ainsi fait du conflit ethnique la base explicative de tous les conflits politiques et sociaux en Afrique.

L'on ne peut nier le fait que le phénomène ethnique influence, de par ses implications multiples et complexes, la conflictualité dans les sociétés africaines actuelles. Même si, dans une certaine mesure, la variable ethnique peut être un déterminant majeur dans l'analyse et l'interprétation des conflits, toute la conflictualité en Afrique ne saurait trouver comme seul cadre interprétatif les rivalités ethniques.

Conflictualité et crise du développement en Afrique

C'est pourquoi Max Weber dénonçait l'erreur consistant à utiliser la notion de groupe ethnique en l'absence d'une analyse historique et sociologique concrète (Weber 1995). Les crises en Afrique sont vite assimilées à des manifestations purement ethniques, c'est-à-dire l'exacerbation des replis identitaires entre ethnies partageant le même territoire étatique. Or, en réalité l'ethnicité n'est qu'un mode de mobilisation identitaire dont on se sert, de manière pernicieuse, dans les dynamiques conflictuelles. C'est ce qui explique les contours politiques qu'on retrouve dans tout conflit en Afrique. Les hommes politiques africains recherchent le contrôle du pouvoir et sa préservation par l'instrumentalisation de leur tribu ou des fidèles de leur religion. Les guerres civiles et ethniques prennent souvent naissance à partir de la manipulation des ethnies, par les politiques en Afrique. Aussi bien pour ceux qui administrent que pour ceux qui s'opposent, le sentiment ethnique est transformé en une conscience identitaire instrumentalisée et manipulée de manière pernicieuse à des fins pouvoiristes. L'ethnicité est, à cet effet, un facteur de mobilisation pernicieux sur la base de l'idéologie identitaire.

B - Facteurs socioculturels, conflictualité des identifications et des appartenances

La conflictualité des identifications par des allégeances communautaires, sur fond de fragmentation ethnique, se décline sur plusieurs registres avec des spécificités inhérentes aux réalités caractéristiques de chaque localité et en rapport avec les logiques des acteurs individuels et collectifs concernés par les conflits. Sous ce rapport, les conflits en Afrique ont une base historique, politique, sociologique, culturelle et économique qui confère aux conflits des aspects hybrides et variées. De ce fait, plusieurs pistes doivent être scrutées pour évoquer les facteurs explicatifs des conflits.

Le tracé artificiel des frontières constitue la première raison évoquée dans l'analyse des facteurs explicatifs de la conflictualité des pouvoirs et des conflits armés en Afrique. Pour comprendre la géopolitique africaine actuelle et les conflits qui la traversent, il faut se référer, comme le pense Hugon, aux « héritages coloniaux » avec

l'existence de frontières largement artificielles. La nouvelle citoyenneté induite par les frontières de l'État post-colonial est vécue comme un traumatisme par les populations à la base. Elles sont en porte à faux avec l'histoire et avec les aspirations quotidiennes de ces populations pour une libre circulation de leurs personnes et leurs biens. Les frontières issues de la colonisation ont reconfiguré à la fois les identités africaines et l'unité transethnique à l'intérieur des États. Ceci est à l'origine de deux difficultés majeures auxquelles les États postcoloniaux se sont trouvés confrontés : d'une part, la fragmentation ethnique a fini par altérer l'unité de grands ensembles socioculturels et d'autre part, elle regroupe dans un même espace territorial des populations qui ont des références ethniques, tribales, linguistiques, sociétales et religieuses différentes.

La fracture ethnique constitue dans la logique du culturalisme différentialiste une autre approche qui rend compte des processus d'engendrement des conflits postcoloniaux en Afrique. Elle est à l'origine du repli identitaire avec des référents communautaires, tribaux, ethniques ou claniques qui favorisent, sous l'impact de la manipulation politique, des logiques de fractionnement (Roubaud 2006). Sous ce rapport, la fracture ethnique est un facteur actif des conflits. Elle est à l'origine de la résurgence des rivalités ancestrales et des oppositions traditionnelles qui ont subi les contrecoups des divers enjeux d'histoire. Elle a, de ce point de vue, un effet catalyseur sur la conflictualité en Afrique, renforcée en cela par la manipulation politique. Elle remet en question les tentatives de construction historique des identités de l'État postcolonial en valorisant la multiplicité des allégeances à des acteurs individuels ou collectifs confrontés à des logiques de positionnement dans un espace politico-économique en Afrique où la patrimonialisation de l'appareil d'État constitue une tendance majeure du jeu politique. C'est dans ce sillage, où l'ethnicité est un enjeu de pouvoir et un facteur de mobilisation et de positionnement au niveau des appareils étatiques, que les conflits prennent en Afrique une forme ethnique (Hugon 2003).

Un autre facteur de conflictualité retenu en Afrique est celui relatif à la « fracture sociale », comprise, au sens où l'entend

Conflictualité et crise du développement en Afrique

L'inventeur du concept le philosophe français Marcel Gauchet, comme le fossé entre l'élite, très souvent minoritaire, et les masses peinant à exister au quotidien. Le phénomène ostentatoire, l'exhibitionnisme d'une richesse insolente et impudique dans des espaces de pauvreté extrême, constitue une cause de conflits majeurs. L'apparition de sociétés duales, dont la ligne de césure se traduit par la juxtaposition d'une élite corrompue et arrogante et des populations nombreuses confrontées à une pauvreté affolante et durable, est un facteur belligène, porteur des germes de la conflictualité endémique en Afrique.

Le dernier facteur retenu dans notre approche est celui concernant la « guerre des ressources ». Cette dernière, dont les objectifs sont à la fois économiques et politiques, est génératrice d'un nouveau type de conflit en Afrique « qui rassemble des acteurs internes et externes, y compris les réseaux criminels internationaux ». Les ressources ont une double fonction dans les conflits en Afrique : d'une part, elles constituent une source privilégiée de financement des activités guerrières (achat d'armes et de munitions, solde des troupes et des mercenaires etc.) et d'autre part, les tentatives de contrôle des espaces-ressources sont à l'origine de beaucoup de conflits en Afrique. A cette double fonction, on peut ajouter le phénomène de la répartition inégale des ressources au sein des Etats africains, souvent dénoncée par des communautés appartenant à des régions périphériques. Le sentiment d'exclusion sociale ou celui de voir sa localité d'origine délaissée par un pouvoir est générateur de conflits. Les groupes armés font de ce sentiment d'exclusion un facteur conflictogène, et s'alimentent de l'idéologie identitariste de l'ethnicité pour mobiliser. La question de la répartition inégale des ressources est sous-jacente à tous les conflits en Afrique. Elle s'exprime, de manière explicite, dans l'argumentaire des mouvements de rébellion. L'argument de la faiblesse des investissements effectués est souvent mis en évidence par les rébellions africaines. L'enclavement de la région et l'absence de programmes de développement ont été les deux principales revendications implicites du Mouvement des forces démocratique de la Casamance qui a axé au

début sa principale revendication contre la marginalisation de la Casamance dans les plans quinquennaux de développement économique du Sénégal. De même, l'île d'Anjouan a évoqué le même motif pour demander son détachement des Comores.

L'analyse multi factorielle des causes de la conflictualité en Afrique ne peut être pertinente que si on la situe dans la globalité de la crise du développement et de l'échec de la construction de l'Etat-nation. La situation de conflictualité endémique dans le contexte actuel africain est inséparable de cette double crise : celle du développement et celle de la construction de l'Etat-nation. C'est au niveau de ce double échec qu'il faut situer la pluralité des facteurs conflictuels et leur interconnexion complexe dans le contexte de conflictualité généralisé que connaît le continent africain.

III - Conflictualité en Afrique : crise du développement et échec de la construction de l'Etat-nation

Les causes conflictuelles en Afrique sont à la fois endogènes et exogènes. Elles sont la conséquence de la jonction de plusieurs facteurs examinés. Tous ces facteurs ont eu comme variables génératives et structurantes la crise du développement et l'échec de la construction de l'Etat-nation avec son corollaire l'échec de la modernisation des sociétés africaines. La conflictualité en Afrique crée un cercle vicieux : elle est générée en partie par l'absence de développement et l'échec de la construction de l'Etat-nation (crise de la modernisation). Elle est aussi la cause et le facteur d'aggravation du sous-développement. La résurgence des référents identitaires ethniques, religieux ou nationalistes, la faillite des États de droit, la prééminence des organisations criminelles internationales dans les espaces de conflit, la gestion et l'exploitation des ressources ne sont des facteurs catalyseurs dans les zones de conflits en Afrique que parce qu'il y a une crise du développement et l'échec de la construction de l'Etat-nation en Afrique. Quelle que soit la ligne d'interprétation privilégiée pour rendre compte des facteurs explicatifs de la conflictualité dans l'Afrique postcoloniale, aucune ne peut se passer des déterminants économiques, des décennies de crise

Conflictualité et crise du développement en Afrique

consubstantielle à des politiques d'ajustement structurel qui n'ont ni empêché l'effondrement des équilibres antérieurs, ni fait émerger des solutions alternatives pour un développement économique viable du continent. A cela, s'ajoute l'échec du jacobinisme africain qui est lié à une greffe mal réussie de l'Etat-nation. La conjonction de ces différents facteurs explique largement pourquoi le continent africain n'a pas réussi son entrée dans le siècle de la modernisation parce que n'ayant pas résolu les problèmes liés à la pauvreté, à l'urbanisation rapide, à l'intégration régionale, à l'insécurité alimentaire, aux conflits et à la violence.

A - Synopsis sur la crise du développement en Afrique

L'Afrique subsaharienne compte plus de 750 millions d'habitants. Ce chiffre pourrait atteindre, selon les estimations de la Banque mondiale, plus d'un milliard en 2020. Les crises cycliques de l'économie mondiale à l'œuvre depuis les années 1970 ont eu des répercussions considérables sur la situation du continent. L'Afrique est la seule région du monde confrontée à la fois à des problèmes de pauvreté endémique, d'urbanisation rapide, de gouvernance, d'insécurité alimentaire, de conflits de toutes sortes, d'analphabétisme et de récession économique. Au plan économique, la crise est plus que révélatrice d'un malaise général. Elle est générative au point de constituer un facteur endémique qui hypothèque l'avenir du continent. Une mise en regard des contraintes structurelles, des déséquilibres macro-économiques et du bilan des politiques d'ajustement structurel, qui ont jalonné l'évolution des politiques de développement en Afrique depuis les années 1960, montre que le développement a échoué en Afrique (Diop 2010).

Quelques chiffres permettent de broser un portrait global de l'état de non développement que connaît le continent africain. L'Afrique subsaharienne, qui concentre à elle seule 12 % de la population du monde, ne représente que 1,7 % du PIB, 1,7 % des exportations et moins de 1 % de la valeur ajoutée industrielle au niveau mondial. Trente ans après les indépendances, la part des produits primaires dans les exportations est restée autour de 90 %. Le

poids de l'Afrique dans le marché mondial est passé de 2,4 % en 1970 à 1 % en 1990. Selon l'indice du développement humain du PNUD, durant la décennie passée, les quinze ou vingt derniers pays sur la liste sont des pays de l'Afrique au sud du Sahara. Le revenu par tête d'habitant est passé de 699 dollars US en 1995 à moins de 350 dollars en 2003. La pauvreté absolue affecte 46 % de la population africaine, c'est-à-dire que presque la moitié de la population de l'Afrique au sud du Sahara dispose pour vivre de moins d'un dollar par jour. L'Afrique est la zone où on connaît le plus haut niveau d'endettement en pourcentage du PIB et celle où la réserve alimentaire connaît une baisse inquiétante. 46 % des enfants en Afrique en bas âge ne sont pas allés à l'école ; le taux de scolarisation primaire n'a pas sensiblement évolué ; il se situe à 72 % et moins d'un quart de la population d'âge scolaire seulement suit des études secondaires. 25,3 millions, sur les 334 millions de personnes infectées par le VIH/sida dans le monde, sont Africains (Banque mondiale 2001). 20 % de la population est affectée et concernée par des conflits de toute sorte, soit en moyenne un Africain sur cinq.

Voilà le tableau synoptique de la situation catastrophique du continent. Il traduit l'immobilisme au plan économique et l'état de sous-développement et d'appauvrissement généralisé en Afrique. Au niveau de toutes les catégories sociales, la paupérisation se manifeste, affectant les couches sociales jusqu'ici épargnées, à l'exception de l'élite politique qui, en s'emparant des leviers de l'Etat, vit de captations et de rentes. Les fonctions régaliennes sont fortement affaiblies par cette crise du développement et, surtout, du fait des politiques d'ajustement structurel imposées par les bailleurs de fonds dont l'une des premières vocations a été la réduction des budgets des services publics. Parmi les facteurs favorisant les conflits, les programmes d'ajustement structurel (PAS) et leurs conséquences désastreuses (accroissement de la pauvreté, chômage, délitement des systèmes éducatif et sanitaire, exclusion sociale) ont joué un rôle majeur. Les PAS ont, non seulement, déstructuré les sociétés africaines, mais aussi les ont dépossédées, au profit d'oligopoles

Conflictualité et crise du développement en Afrique

occidentaux, de tous les secteurs économiquement viables (Samb 2000).

B - Sur la faillite du contrat social et de la patrimonialisation de l'Etat

C'est l'un des faits sociologiques majeurs des sociétés postcoloniales : il faut rechercher les véritables causes de la faillite de l'Etat en Afrique. Les sociétés africaines avaient une organisation du pouvoir politique variée dans l'espace, en fonction notamment de l'importance des sociétés considérées. D'une manière générale, quelle que soit la forme d'organisation sociale et politique historiquement dominante, la réalité sociologique des sociétés africaines était comme structures fondamentales de base la famille large et l'ethnie, et à un échelon plus élevé le clan ou la tribu. Ces sociétés, ainsi structurées à partir de l'ethnie ou de la tribu comme cellules sociopolitiques de base, ont connu l'irruption brusque de la domination et de la colonisation. Ce qui a eu pour effets la destruction du tissu social, la tentative de mise à mort de certaines valeurs de référence, encore que cette déstructuration n'ait pas été finalement, selon les théoriciens du dualisme à l'image de Ngango¹, Vieyra², Balandier et autres, aussi profonde et capitale que l'on a tendance à l'affirmer souvent. Pour eux, la nouvelle structure politique inspirée du modèle occidental ne s'est pas substituée facilement à la structure traditionnelle. Il y a eu, au contraire, juxtaposition : les cadres traditionnels vont servir non seulement d'assises à ces nouveaux États en Afrique, à ces nouveaux partis et syndicats, mais également d'armature. En effet, il y a eu une sorte de tutelle des cadres traditionnels et coutumiers sur l'État moderne. Ce qui aboutit par conséquent à une coexistence de formes

¹ Dans son article « L'Afrique entre tradition et la modernité » dans *Ethiopiennes, Revue socialiste de culture négro-africaine*, numéro spécial 1976, où il aborde la problématique du dualisme et de l'écartèlement qui caractérise la société africaine contemporaine.

² Ch. VIEYRA, « Structures politiques traditionnelle et structures politiques modernes » dans *Tradition et Modernité en Afrique noire*, Paris, Éditions du seuil, 1965, p. 202-203.

d'organisations traditionnelles comme la gérontocratie et la séniorité, les systèmes de castes, les systèmes ethniques, les systèmes féodaux et les formes d'organisation politique s'inspirant de l'état occidental démocratique.

C'est ainsi que la plupart des structures étatiques mises en place au lendemain des indépendances, n'ont pas eu un enracinement profond dans le système des valeurs de la société traditionnelle. Les modèles de structuration, de décentralisation politique et administrative, l'élaboration de politique économique, se trouvent confrontés à des systèmes communautaires d'organisation. Les concepts de démocratie, de droit de l'homme, de citoyenneté, tels que formulés dans le contexte occidental, sont restés en déphasage avec les réalités sociologiques proprement spécifiques aux sociétés africaines. Par exemple, dans les sociétés africaines traditionnelles, l'appartenance aux structures politiques était fonction de l'hérédité, avec l'approbation tacite et coutumière de tous. C'est un tel principe que les partis politiques ont essayé de reproduire à partir d'une manipulation de ces ressorts socioculturels. Les partis politiques du monopartisme ou du multipartisme ont dû recourir tous aux institutions traditionnelles comme l'ethnie, le clan, la tribu, le lignage pour s'implanter et se faire valoir sur l'échiquier politique. Or, ces entités traditionnelles sont dominées par des préoccupations séculaires dont elles n'entendaient pas faire table rase. Il s'en est suivi un jeu d'influences réciproques, d'actions et d'interactions qui, rendant la situation complexe, ont finalement produit des effets pervers parmi lesquels on peut signaler : l'instabilité politique et sociale des  tats Africains ; la persistance du tribalisme et l'absence d'état-nation cadre approprié pour la mise en œuvre de programmes d'édification de véritables projets harmonieux de développement durable ; enfin l'absence d'un espace politique et économique viable, et qui soit lié à l'existence d'une communauté socialement vécue sur la base des principes et des valeurs de justice et d'équité.

En poussant l'analyse un peu plus loin, on s'aperçoit que l'influence des institutions traditionnelles qui imprègnent l'état africain constitue un réel facteur de blocage pour une rationalisation

Conflictualité et crise du développement en Afrique

du pouvoir politique, selon le modèle idéal typique occidental. Selon Bayart la dynamique de l'État contemporain en Afrique noire est « orpheline d'une grande tradition étatique similaire à celles de l'occident, de l'Asie centrale ou de l'Extrême-Orient. On constate l'incapacité dans laquelle se trouvent les États africains à transcender l'ethnicité et le système traditionnel de prise de décisions, contraires aux valeurs d'une modernité d'inspiration occidentale. En essayant de reproduire l'État occidental, les élites africaines ont travesti son fonctionnement démocratique, dénaturé ses propres fondements à cause de considérations partisans, claniques, ethniques, raciales, lignagères, parfois religieuses et confrériques. L'instauration de l'État comme mode de gouvernance et modèle de construction politique importé ne se traduit pas, au plan des principes, dans la praxis du politique en Afrique pensé et conçu selon le paradigme de la modernisation. La réalité du pouvoir étatique en Afrique s'est construite dans une logique d'accaparement arbitraire du pouvoir central et une mainmise, par un groupe, des ressources. Ce qui se traduit par le règne du patrimonialisme qui « constitue le commun dénominateur de pratiques diverses si caractéristiques de la vie politique africaine, à savoir le népotisme, le clanisme, le tribalisme, le régionalisme, le clientélisme, le copinage, le patronage, le prébendalisme, la corruption, la prédation, le factionnisme, etc., qu'elles soient fondées sur l'échange social ou sur l'échange économique » (Médard, 1991 : 330).

L'échec de l'Etat postcolonial est à l'origine de situations conflictuelles, d'une altération du pouvoir central et de sa fragilisation au profit des réseaux de solidarité et de pouvoirs identitaires instrumentalisés par la classe politique à des fins de conservation ou de conquête du pouvoir politique ou de partage du pouvoir économique, pour ne pas dire de partage des ressources. Les conflits armés africains peuvent être lus comme des défaillances de contrat, de serment ou de réputation permettant des jeux coopératifs. « L'extranéité de l'Etat africain, coupé de ses fondements sociologiques, fragilise sa centralité dans le champ du pouvoir, offrant ainsi aux groupes communautaires les possibilités d'imposer des

perceptions d'organisation de leur groupe identitaire, de leur ethnie au modèle d'organisation de l'Etat » (Diop 2010 :254). On peut donc être d'avis avec Ela que « si l'on veut bien admettre que la crise de confiance des régimes en place est au cœur des problèmes contemporains en Afrique, c'est au niveau de la gestion du pouvoir qu'il faut chercher l'issue aux impasses actuelles. Dans cette perspective, le concept d'un « Etat fort », mais d'un Etat de droit capable d'intervenir de manière continue en matière économique et sociale est un thème à débattre dans la mesure où le marché ne peut dégager, seul, les ressources nécessaires à la croissance à long terme » (1998 : 211).

En dehors des guerres des ressources, qui sont liées aux enjeux de la mondialisation qui dépassent largement le contexte national, la plupart des conflits armés sont d'ordre interne et en grande partie fonction de l'échec du processus de démocratisation amorcé aux débuts des années 1990. Le processus de démocratisation amorcé entre 1988 et 1990 sur le continent africain avait suscité beaucoup d'espoirs parmi des populations ayant subi les conséquences désastreuses de l'autocratie des régimes à parti unique, tant sur le plan de la violation de leurs droits humains que sur celui de leurs conditions matérielles de vie. Dans ce contexte, l'avènement des régimes élus démocratiquement promettait de changer cette situation dans un sens beaucoup plus favorable à l'épanouissement des droits politiques, économiques, sociaux et culturels des peuples.

IV – Pour une solution durable de la conflictualité en Afrique : l'impérativité d'un scénario de rupture

Tout porte à croire que l'avenir de l'Afrique est compromis dans cette nouvelle unité systémique du monde. Mais les perspectives qui se déclinent dans le contexte géostratégique de la mondialisation permettent de relativiser le regard afro pessimiste. L'Afrique a encore une carte à jouer dans l'avenir de l'humanité. Seulement, si l'Afrique a un avenir dans la mondialisation, cela ne sera possible qu'au prix d'un scénario qui suppose des ruptures et une volonté ferme d'intégrer les territoires sociologiques et étatiques du continent

Conflictualité et crise du développement en Afrique

africain. Faudrait-il pour cela imaginer des schémas qui prennent en considération les déterminants de la mondialisation. Dans cette perspective du remodelage des stratégies existantes, les schémas d'approche ont varié. Il y a des chercheurs qui optent pour la stratégie de la soumission à la logique du marché mondial en se fondant sur l'axiomatique stratégique. Mais une telle approche ne tient pas compte du poids économique de l'Afrique face aux multinationales et aux puissances occidentales. C'est pour cette raison que d'autres théoriciens, à l'image de Samir Amin, soutiennent la stratégie de la rupture totale, en misant sur la stratégie du développement endogène à l'échelle continentale. Ce scénario paraît de plus en plus utopique dans un monde plus que jamais globalisé. Peut-être devrait-on privilégier l'approche comparative inspirée par le miracle économique asiatique. La référence au paradigme asiatique suppose la réalisation des quatre impératifs que sont la bonne gouvernance, l'élaboration des stratégies de rupture au modèle de développement imposé à l'Afrique, la réalisation de l'intégration des territoires sociologiques et des Etats légués par la colonisation et, enfin, la démocratisation des espaces sociologiques et des espaces politiques.

La bonne gouvernance suppose une rupture dans le management des Etats africains. Elle constitue, aux yeux des partisans de l'approche comparative, la condition pour assurer un avenir viable au continent africain. Elle suppose la transparence dans la gestion des ressources et une maximalisation des potentialités du continent africain. De manière interne, l'élite africaine doit opérer une introspection et s'inscrire dans une posture tendant à servir les populations africaines au lieu de se servir de leur statut de dirigeants pour s'enrichir. Elle doit mettre son expertise au service des peuples. La rupture avec le modèle de développement imposé à l'Afrique est plus qu'une exigence pour penser par nous-mêmes et pour nous-mêmes notre propre voie pour amorcer le progrès de l'Afrique. La rupture d'avec les politiques d'ajustement structurel est une condition requise pour sortir le continent du marasme économique. Un tel changement passe par une révision totale des relations avec les institutions internationales financières. Il s'agit de réfléchir

aujourd'hui à un modèle de développement qui accorde de plus en plus la priorité à l'expertise endogène. L'Afrique doit avoir ses propres réponses, ses propres dynamiques politiques à l'instar des autres régions du monde. L'adaptabilité des économies africaines aux changements dynamiques de la mondialisation doit être du ressort des experts africains (penser par soi-même et pour soi-même).

La rupture avec le *statu quo* du legs colonial qui suppose l'intégration du continent au double plan sociologique et politique constitue une autre exigence de l'Afrique pour mettre fin aux conflits. Les dirigeants africains ont très tôt envisagé, dès le début des indépendances, des démarches intégratives des Etats africains. Toutefois, ce désir d'intégration n'a pas abouti en raison des divergences idéologiques, politiques et, surtout, du refus des anciennes puissances métropoles, pour des raisons géostratégiques et géoéconomiques, à voir l'Afrique réunifiée. Plusieurs facteurs à la fois exogènes et endogènes sont à l'origine de l'échec de l'intégration en Afrique. Aujourd'hui la question de l'intégration en Afrique est plus qu'actuelle. L'abolition des barrages frontaliers devrait, selon certaines études, engendrer des flux de recettes représentant trois fois l'aide extérieure fournie aux pays en développement. Ceci montre que l'intégration du continent est la seule voie de sortie de crise. Elle permet aux économies africaines de se restructurer et d'être suffisamment attractive pour les investisseurs extérieurs. L'intégration aurait comme effet l'émergence de marchés suffisamment crédibles, l'amorce d'une croissance forte et durable et une meilleure visibilité du continent dans l'économie mondiale. Cependant, cette intégration ne doit pas se faire dans la reproduction des schémas macroéconomiques du paradigme de la modernisation, mais par un développement local articulé aux réalités des Etats et des territoires sociologiques. Ce qui suppose que la véritable intégration vers laquelle il faut s'orienter devra prendre en considération une intégration des territoires sociologiques, c'est-à-dire une intégration des tribus et des ethnies. Cela permet de mettre fin aux conflits ethniques et de construire des pôles de développement à l'échelle des territoires.

Conflictualité et crise du développement en Afrique

Le dernier impératif est l'émergence d'un vécu réellement démocratique dans le quotidien de l'homme africain. Se pose alors le problème de l'articulation des objectifs de démocratisation et de bonne gouvernance aux sociétés africaines. Il s'agit précisément pour les sociétés africaines de se réapproprier les espaces perdus par la démocratie. La démocratie, au sens de préalable pour le développement, ne devrait pas se limiter seulement à la sphère politique qui renvoie à une forme de gouvernement ou d'assemblée. Au-delà de la démocratie politique nécessaire pour le fonctionnement moderne des sociétés africaines, il faut introduire la démocratie et la bonne gouvernance dans l'espace de vie que sont les territoires où se mobilisent les acteurs locaux du développement. De ce point de vue, la démocratie à la base s'insère dans le cadre de vie des acteurs locaux et devient « un moyen pour promouvoir l'auto-expression et l'auto-détermination des différentes collectivités qui composent une nation ».

*

* *

La question de la conflictualité en Afrique est une question préoccupante. A cet effet, elle mobilise les intellectuels qui s'investissent, en rapport avec leurs spécialités, en vue de produire des modèles explicatifs et d'envisager des solutions d'urgence, vu l'ampleur du phénomène et de ses effets induits négatifs. Dans notre texte, nous avons misé sur le paradigme constructiviste pour mettre en évidence la causalité multi factorielle des crises en Afrique et de leur complexité en tant que phénomènes qui entretiennent avec la question du développement et de la construction des Etats- nations en Afrique, une causalité circulaire. Même si notre hypothèse présume que le double échec du développement et de la construction de l'Etat- nation postcolonial est la base explicative de l'ampleur, de la durabilité et de la profondeur des crises en Afrique, nous avons pris en compte les autres facteurs que nous considérons comme majeurs dans l'éclosion des conflits dans le continent africain. Pour cela, nous soutenons en dernière instance que la volonté de surmonter les crises

Amadou Sarr Diop

en Afrique passe par la prise en compte de tous ces facteurs tout en reconnaissant, par ailleurs, que l'ultime solution passe par des stratégies de développement viable pour le continent et par des institutions bien pensées qui privilégient le respect des territoires sociologiques comme soubassement de l'intégration des Etats.

Conflictualité et crise du développement en Afrique

BIBLIOGRAPHIE

- ACHILLE M.B., *De la postcolonie*, Paris, Karthala, 2000.
- AYISSI M., 1994, *Les organisations internationales*, Paris, Armand Colin, 1995.
- BANQUE MONDIALE, 2000/2001, *Rapport annuel. La coalition mondiale pour l'Afrique. Tendances économiques et sociales en Afrique*, DC Washington.
- BEN HAMMOUDA H., 1999, « Guerriers et marchands : éléments pour une économie politique des conflits en Afrique », *Africa Development* XXIV (3 & 4), p. 1-18.
- BROOHM O.N., 2004, « Etats-Nations et citoyenne : enjeux africains dans le contexte actuel de la mondialisation », in *Ethiopiennes*, n° 79, p. 56-70.
- DIOP A.S., 2010, « Conflictualité des pouvoirs et fragilisation de l'Etat en Afrique francophone : essai d'analyse sociologique », dans *Droit sénégalais*, n° 9, p. 240-257.
- ELA J.-M., 1998, « Les sciences sociales à l'épreuve de l'Afrique : les enjeux épistémologiques de la mondialisation », *Communication Assemblée Générale du CODESRIA*, Dakar.
- HUGON Ph., 2000, « L'économie des conflits en Afrique », *Revue internationale et stratégique* n° 43, p. 34-47.
- HUGON Ph., 2003, « Les conflits armés en Afrique ; apports, mythes et limites de l'analyse économique », in *Tiers-monde*, t. 44, n° 176, p. 829-856.
- MEDARD J.F., 1991, *Etats d'Afrique noire. Formations, mécanismes et crises*, Paris, Karthala.
- OTAYEK R., 1999, La démocratie entre mobilisations identitaires et besoin d'État : y a-t-il une « exception » africaine ?, *Autrepart*, n° 10, p. 5-22.
- SAMB D.J., « Conflits et crises en Afrique : étiologie, typologie, prévention et résolution », Leçon inaugurale de la Rentrée solennelle académique de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis délivrée le mercredi 6 février 2008.

Amadou Sarr Diop

VIERA CH., «Structures politiques traditionnelle et structures politiques modernes» dans *Tradition et Modernité en Afrique noire*, Paris, Éditions du seuil, 1965, p. 202-203.

L'INSTABILITE INSTITUTIONNELLE EN AFRIQUE

par Babacar Gueye,
professeur à la Faculté des sciences juridiques et politiques
Université Cheikh Anta Diop de Dakar
et Sémou Ndiaye,
enseignant chercheur à la Faculté des sciences juridiques
et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

La crise de l'Etat est une donnée structurelle en Afrique. La preuve la plus manifeste est l'ébranlement de l'Etat et de ses institutions. L'Afrique n'a pas su inverser les pronostics pessimistes du début des indépendances et suivant lesquels elle était mal partie¹. Les deux dernières décennies ont encore révélé les faiblesses et les inadaptations de l'Etat en Afrique. L'instabilité institutionnelle apparaît dans ce contexte comme un objet de recherche de premier plan.

La notion moderne d'Etat repose sur l'idée d'un pouvoir institutionnalisé fondé sur le principe de la distinction entre la position de pouvoir et la personne du titulaire de pouvoir. L'institutionnalisation de l'Etat suppose ainsi l'adoption de règles qui déterminent les modalités d'exercice et de dévolution du pouvoir. Il s'agit, comme le fait remarquer Georges Burdeau, « d'obéir à des règles pour ne pas obéir à des hommes ». En effet, la vocation de toute institution est de déterminer un ensemble de pratiques et de règles de

¹ R. DUMONT, *L'Afrique noire est mal partie*, Paris 1962, Seuil, coll. Points Politique.

conduite entre des individus. Appartenir à une institution suppose donc d'« interioriser des rôles, des obligations, des comportements »².

Du point de vue du droit, l'institutionnalisation du pouvoir politique apparaît comme une opération juridique ayant pour effet de détacher le pouvoir de la personne même de son titulaire pour acquérir un statut propre, autonome et durable. La patrimonialisation fondée sur la confusion entre les sphères publique et privé apparaît comme l'envers de l'institutionnalisation. Le propre de l'institution est ainsi de durer plus longtemps que les hommes.

Dans son acception classique, la notion d'institution désigne l'ensemble des organismes et des mécanismes existant dans une société donnée à une époque donnée. Il s'agit donc à la fois d'organismes et de règles en vigueur dans une société déterminée. *Le Petit Robert* définit ainsi les institutions comme non seulement les organes, les structures permanentes dont la création, la composition, l'organisation sont prévues par le droit mais également comme des règles de comportement. Les institutions sont, selon Emile Durkheim, « des phénomènes sociaux, impersonnels et collectifs, présentant permanence, continuité, stabilité »³. La notion d'institution renvoie donc à l'existence d'un ordre social : instituer, c'est fonder un ordre pour les acteurs sociaux concernés en fonction de la nature et de l'objet de l'institution concernée (qui définit le projet).

Maurice Hauriou en distingue deux variantes : les « institutions règles » et les « institutions corps ». C'est la constitution qui crée les différentes institutions⁴ qui composent l'Etat tout en organisant leurs rapports. Les principales institutions dans l'Etat moderne sont définies suivant un principe d'organisation des régimes politiques démocratiques à savoir le principe de la séparation des pouvoirs. Un principe sous-jacent à toute constitution comme en atteste l'article 16

² Sous la direction de David ALCAUD et Laurent BOUVET, *Dictionnaire de sciences politiques et sociales*, Sirey, 2004, p. 173.

³ Cité par Jean-Louis QUERMONNE, *L'appareil administratif de l'Etat*, Paris, le Seuil, 1999, p. 20.

⁴ Voir A. BEN ACHOUR, « Constitution et institutions », in AIDC, *La constitution aujourd'hui*, 2006, p. 1-84.

Instabilité institutionnelle en Afrique

de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen est que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ». Les pouvoirs dont il est question sont le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Des institutions sont créées pour exercer ces différents pouvoirs. Le pouvoir exécutif est ainsi confié à des institutions telles que le chef de l'Etat ou le président de la République et dans certains cas cumulativement le gouvernement, le pouvoir législatif au Parlement composé d'une ou de deux chambres et le pouvoir judiciaire aux juridictions.

Toutes les institutions étatiques ne figurent pas nécessairement dans la constitution. Il en est ainsi, par exemple, des institutions administratives dont la constitutionnalisation est tributaire du contexte sociopolitique des différents Etats. Les institutions constitutionnelles et politiques ne sont pas neutres. Elles « font l'objet d'une compétition permanente entre groupes sociaux, d'une lutte constante dont elles sont à la fois les moyens et les enjeux. Elles sont, le plus souvent, au moins en partie, un moyen de dissimuler la domination de certains groupes sur d'autres et de la faire respecter par les membres de ces derniers »⁵.

L'instabilité institutionnelle est un concept composite en ce sens qu'elle est la manifestation de plusieurs facteurs qui ne se recoupent pas entièrement mais qui néanmoins doivent être pris en compte simultanément dans l'analyse. Elle est la résultante soit d'un changement violent du pouvoir politique, soit de changements réguliers dans le respect des formes légales. La présente étude explore cette dernière hypothèse. Les facteurs dont il s'agit concernent cependant les causes réelles et potentielles de la crise institutionnelle en Afrique. L'Etat africain souffre d'un triple déficit : démocratique, de gouvernance inclusive dans la gestion et la répartition des pouvoirs et dans la répartition des ressources.

⁵ Maurice DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, PUF, 1959, p. 7-8.

La crise institutionnelle se manifeste diversement mais elle trouve sa traduction dans ce que certains ont qualifié de dynamique du provisoire pour signifier que beaucoup de régimes politiques africains sont toujours en transition parce que l'ordre constitutionnel est régulièrement rompu soit par des révisions constitutionnelles systématiques⁶, soit par des coups d'Etats récurrents, soit encore par le recours à des accords politiques qui ont cette particularité de participer à un processus de déconstitutionnalisation. Par ailleurs, après le renouveau du constitutionnalisme des années 1990, le continent africain connaît aujourd'hui un certain reflux caractérisé par des remises en cause de l'édifice institutionnel issu de la vague de démocratisation.

En France, le doyen Hauriou analysant l'histoire politique de la France parlait de cycles constitutionnels pour qualifier l'alternance entre des régimes autoritaires et des régimes démocratiques, entre des régimes à inclinaison présidentieliste et des régimes d'inspiration parlementaire. La ressemblance avec l'histoire politique de l'Afrique est, en effet, frappante. Après la remise en cause du régime parlementaire et son remplacement par le régime « présidentieliste », et sa résurrection à la faveur de la vague de démocratisation des années 1990, la période actuelle est marquée par un retour aux mécanismes du présidentielisme. Cette instabilité institutionnelle peut même être relevée dans le cadre d'un régime politique d'un pays comme le Sénégal considéré comme stable. Le poste de premier ministre supprimé en 1963 a été réintroduit en 1970, supprimé de nouveau en 1983 et finalement restauré en 2001.

Le Niger représente l'exemple topique d'une instabilité institutionnelle chronique. De 1995 à 1999, date d'adoption de la constitution du 9 août 1999, ce pays a connu une crise institutionnelle et politique sans précédent. Après l'accalmie observée jusqu'en 2008,

⁶ A. THIAM, « Une constitution ça se révisé ! Relativisme constitutionnel et Etat de droit au Sénégal », *Politique africaine*, n° 108, décembre 2007, p. 145-152 ; voir le rapport du Centre pour la gouvernance démocratique sur *Le constitutionnalisme et révisions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest : le cas du Bénin, du Burkina Faso et du Sénégal*, 2009, 46 p.

Instabilité institutionnelle en Afrique

le Niger a replongé dans une crise institutionnelle qualifiée « Tazartché » pour signifier le démantèlement de la constitution et des institutions politiques et financières du pays par l'ex président Tandja. Le Niger a connu ainsi sur une courte période cinq constitutions, donc cinq Républiques, quatre coups d'Etat et quatre transitions. Le renversement du président Tandja le 18 février 2010 annonce l'ère de la sixième République.

La République démocratique du Congo offre quant à elle l'exemple sinon de la plus longue, du moins de l'une des plus longues transitions en Afrique. Cette transition qui a commencé depuis 1990 sous le règne du président Mobutu s'est prolongée sous celui du président Laurent Désiré Kabila pour s'arrêter à la mort de ce dernier en 2001. Depuis la signature de l'accord global et inclusif en avril 2003, la RDC a connu une certaine période de relative stabilité. Elle n'en constitue pas moins un Etat marqué par un déficit démocratique et par le recours à la violence comme source d'instabilité politique constituant un mode privilégié, voire légitimé d'accès au pouvoir. Cette situation justifie l'interrogation sur les facteurs justificatifs de l'instabilité institutionnelle en Afrique⁷ (I). Mais au-delà de l'identification de ces facteurs, il s'agit de susciter une réflexion sur les voies de la stabilité institutionnelle en Afrique (II).

I - Les sources de l'instabilité institutionnelle en Afrique

Les facteurs de l'instabilité institutionnelle en Afrique sont nombreux et variés. Le rapport 2004-2005 sur les perspectives économiques en Afrique de l'OCDE, de la Banque mondiale et de la

⁷ Analysant la situation au Sénégal, le professeur Ismaïla Fall fait observer que « le cycle des réformes constitutionnelles par l'adoption de constitutions ou de lois constitutionnelles inscrit le Sénégal dans un tourbillon où le constituant tourne en rond, avec un mouvement de va-et-vient incessant entre les institutions qu'on instaure, supprime et restaure sans que la logique qui sous-tend ce mouvement soit toujours motivée par des préoccupations de rationalité démocratique » voir I.-M. FALL, *Evolution constitutionnelle du Sénégal de la veille de l'indépendance aux élections de 2007*, CREDILA, CREPOS, 2007, p. 150.

Banque africaine de développement révèle que les conflits ont certes eu tendance à diminuer au cours de la dernière décennie⁸. Il reste que la région accumule un grand nombre de facteurs générateurs d'instabilité : pauvreté, légitimité des institutions politiques, hypertrophie des pouvoirs présidentiels, injustice, corruption, impunité, distribution inéquitable des richesses, etc. On peut néanmoins distinguer entre les facteurs juridico-politiques et les facteurs sociaux-économiques.

A - Les facteurs juridico-politiques de l'instabilité institutionnelle

D'une manière générale, ces facteurs traduisent les résistances à la démocratisation en Afrique. Ils sont si pesants que l'on peut parler d'une crise de l'offre démocratique⁹. Ils tiennent, d'une part à l'aménagement du pouvoir, d'autre part à l'absence de légitimité des institutions.

1 - L'hégémonie présidentielle, source d'instabilité institutionnelle

L'Etat de droit repose sur le principe de la séparation des pouvoirs. En Afrique, ce principe est formellement proclamé dans toutes les constitutions. La vague de démocratisation des années 1990 avait redonné son plein sens à ce principe qui avait tant souffert de l'autoritarisme des régimes africains du début des indépendances jusqu'à la fin des années 1980. Force est de constater que, malgré les précautions prises pour limiter l'hégémonie de l'exécutif, les pouvoirs

⁸ Rapport de l'OCDE et de la Banque africaine de développement (BAD), « Perspectives économiques en Afrique 2004/2005. Quoi de nouveau en Afrique ? » : www.oecd.org/document/37/0,2340,fr_2649_15162.html

⁹ Achille MBEMBE, « Entre coups d'États, Élections reportées et mouvements sociaux : esquisses d'une démocratie à l'africaine », *Le Monde diplomatique*, octobre 2000, p. 20-21. La simultanéité de certains conflits avec l'émergence du processus démocratique conduit en effet à penser que l'avènement de la démocratie a augmenté, dans certains contextes, les raisons de recourir aux armes. Voir à ce titre les critiques de BUKASSA et TSCHIYEMBE contre le processus de démocratisation. In « Résistances traditionnelles à la démocratisation en Afrique », *Afrique 2000*, juillet septembre 1993, p. 39 et s.

Instabilité institutionnelle en Afrique

judiciaire et législatif demeurent encore sous l'emprise de ce dernier. Il convient d'ailleurs de souligner qu'assez paradoxalement, cette situation découle de l'aménagement du pouvoir par les constitutions africaines qui consacrent le chef de l'exécutif comme la clé de voûte des institutions. L'hégémonie de l'exécutif, notamment du président de la République, est une donnée constante du constitutionnalisme africain quelle que soit par ailleurs l'inspiration parlementaire ou présidentielle du régime considéré¹⁰.

Le Sénégal peut être ici cité à titre d'exemple. Bien que le préambule de la constitution proclame « la séparation et l'équilibre des pouvoirs conçus et exercés à travers des procédures démocratiques », le déséquilibre entre les pouvoirs est patent. Le président de la République détermine la politique de la nation, nomme le premier ministre ainsi que les membres du gouvernement. Il nomme aux emplois civils et à tous les emplois militaires en même temps qu'il accrédite les ambassadeurs. Il dispose même du pouvoir de nommer toutes les autorités administratives indépendantes. Au-delà de ces pouvoirs qui lui sont propres, l'hégémonie présidentielle se traduit par les prérogatives qui permettent d'interférer tant dans le domaine judiciaire que dans le domaine législatif. Le déséquilibre entre l'exécutif et le législatif au profit du premier se manifeste différemment.

Ce déséquilibre résulte d'abord de certaines dispositions de la constitution qui limitent les prérogatives du Parlement. S'inspirant de la constitution française de 1958, le constituant sénégalais ne reconnaît la nature législative qu'à certaines matières. Ainsi, en matière de législation la compétence de droit commun est dévolue à l'exécutif.

¹⁰ Voir A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, n° 52, 2002, p. 729, l'auteur fait observer qu'« à s'en tenir à la lettre de la plupart des constitutions, le premier ministre et le gouvernement ont vocation à exercer leur compétence sous l'autorité du président de la République. Même si les formules retenues pour exprimer cette primauté varient d'une constitution à une autre, elles traduisent toutes, parfois de manière confuse, le souci de préserver l'autorité présidentielle ». p. 731.

Même dans le domaine de la loi, le Parlement est loin d'être souverain. Les parlementaires ne sont ainsi autorisés à déposer des propositions de lois ou des amendements qui auraient pour effet, soit une diminution des ressources publiques soit une augmentation des charges publiques qu'à certaines conditions notamment en ce qui concerne les charges publiques : la nécessité de trouver des ressources supplémentaires qui puissent permettre de prendre en charge les charges supplémentaires induites par leurs propositions ou amendements.

Le président de la République dispose du droit de dissolution¹¹ alors que les moyens de sanctions dont dispose le Parlement à l'égard du gouvernement sont paralysés en raison notamment de leur strict encadrement. La motion de censure doit sous peine d'irrecevabilité être revêtue de la signature d'un dixième des membres de l'Assemblée nationale. Le vote ne peut intervenir que deux jours francs après son dépôt. Le même délai est requis pour la question de confiance. La majorité absolue est exigée pour l'adoption de la motion de censure ou le refus de la confiance.

La possibilité de renverser le gouvernement est également paralysée par la discipline des majorités parlementaires. Il est en effet très rare qu'une majorité renverse le gouvernement qu'elle est sensée soutenir. Sans doute la majorité a-t-elle besoin d'être soutenue dans la mise en œuvre de sa politique nationale. Mais le fait majoritaire est perverti, le Parlement vassalisé, lorsque la majorité parlementaire devient mécanique en raison du lien trop fort avec le gouvernement, lorsque la seule ambition du parlementaire est de plaire à l'exécutif dans une perspective de redistribution politique, d'un renouvellement

¹¹ Sur le droit de dissolution au Sénégal voir A. SALL, « Le droit de dissolution en question : l'article 75bis de la constitution sénégalaise à l'épreuve de l'alternance », *Revue EDJA*, n° 46, 2000, p. 61-65 ; M. NGAIDE, « Quelques remarques sur la réforme du droit de dissolution au Sénégal : du rituel à la pratique », *Revue EDJA*, n° 66, 2005, p. 7-44.

Instabilité institutionnelle en Afrique

des candidatures sur les listes du parti. Le risque de dérive autoritaire est dès lors prégnant.¹²

S'agissant du droit de dissolution, son inscription apparaît comme une curiosité en raison des relents présidentiels du régime politique sénégalais. Les pouvoirs du président se trouvent ainsi accrus. Le droit de dissolution tel qu'il est aménagé par la constitution du 22 janvier 2001 accentue le déséquilibre entre les pouvoirs au profit du président de la République. On doit à cet égard relever un certain paradoxe. En effet, le premier ministre engage la responsabilité de tous les membres du gouvernement par rapport à une politique dont il n'est que le simple exécutant. Le président de la République qui détermine la politique de la Nation, lui, bénéficie d'une immunité¹³.

La domination de l'exécutif sur le Parlement s'explique également par la confusion entre les fonctions de chef de l'Etat et celles de chef de parti. Ce cumul autorisé par la constitution¹⁴ permet au président de la République de domestiquer le Parlement. Les parlementaires obtenant leur mandat plus de l'allégeance au président dont ils constituent la clientèle politique, que de la confiance du corps électoral, sont condamnés à la docilité politique. Nombre de députés de la majorité parlementaire ont récemment affirmé lors de la destitution du président Macky Sall qu'ils étaient des députés du président Wade. Le parti constitue ainsi une ressource politique pour domestiquer le Parlement. Des députés qui se sont opposés à la volonté du président de la République ont été déclarés démissionnaires et exclus de l'Assemblée bien qu'ils aient toujours

¹² Cf. Augustin LOADA et Luc M. IBRIGA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, collection précis de droit burkinabé, Ouagadougou, 2007, p. 419.

¹³ Voir M. NGAIDE, *op. cit.*, p. 36.

¹⁴ L'article 38 de la constitution dispose en effet « la charge de président de la République est incompatible avec l'appartenance à toute assemblée électorale, Assemblée nationale ou assemblées locales, avec l'exercice de toute autre fonction publique ou privée rémunérée. Toutefois il a la faculté d'exercer des fonctions dans un parti politique ou d'être membre d'académies dans un des domaines du savoir »

soutenu n'avoir jamais démissionné¹⁵. Dans ces conditions, la stabilité de l'institution parlementaire reste tributaire de la volonté du président de la République.

Dépouillé de son pouvoir législatif au vu du nombre insignifiant de propositions de lois, le Parlement en est réduit à une fonction législative, c'est-à-dire à traduire en lois la volonté du président de la République. Le régime politique sénégalais correspond ainsi à ce que Bernard Chantebout qualifie de régime « hyper-présidentiel »¹⁶. Le président sénégalais bénéficie à la fois des avantages liés au régime présidentiel à savoir une légitimité populaire, une irrévocabilité et le libre choix des ministres et ceux relatifs au régime parlementaire avec un droit de dissolution et la possibilité d'intervenir dans la procédure législative.

L'hégémonie présidentielle se manifeste également dans les rapports de l'exécutif avec le pouvoir judiciaire. L'affirmation principielle de l'indépendance de la justice ne signifie nullement que le président de la République ne peut inférer dans le fonctionnement de la justice. Il convient de souligner que c'est lui qui détient le pouvoir de nomination des magistrats quelle que soit par ailleurs l'instance juridictionnelle à laquelle ils appartiennent. Tous les membres du Conseil constitutionnel sont ainsi nommés par le président de la République. L'exécutif dispose de plusieurs leviers pour instrumentaliser la justice. Le Conseil supérieur de la magistrature, instance de nomination à certains postes de responsabilité, de mutation et de discipline des magistrats est présidé par le président de la République qui est secondé par le ministre de la Justice. Le principe de l'inamovibilité des magistrats est souvent contourné par l'invocation du motif de la nécessité du service dont l'usage abusif est facilité par l'imprécision de ses contours.

Des magistrats du siège sont ainsi affectés sans leur consentement. Le parquet est de même sous la tutelle du ministère de la Justice. On comprend ainsi que des journalistes appréhendés par la

¹⁵ Il s'agit là d'une violation des articles 3 et 60 de la constitution.

¹⁶ B. CHANTEBOUT, « La constitution namibienne du 9 février 1990 », *RFDC*, n° 3, 1990, p. 539 et s.

Instabilité institutionnelle en Afrique

police soient libérés à la suite d'un appel lancé par le président de la République de l'extérieur du Sénégal. La toute puissance du président de la République s'exerce même à l'égard des autorités administratives indépendantes. Le président de la Commission électorale nationale autonome (CENA) en a fait l'amère expérience. Il a, en effet, été poussé à la démission par le président de la République qui lui a demandé de lui restituer le poste qu'il lui avait confié en violation de la loi organisant la CENA.

L'expérience sénégalaise qui d'être vient décrite est loin d'être spécifique. En Gambie, non seulement le président domine un législatif et un judiciaire faibles et mais il exerce une emprise sur les collectivités décentralisées. Ainsi depuis 2007, les lois sur la décentralisation ont été amendées pour permettre à l'exécutif de nommer les chefs de village et de district qui, jusqu'à cette date, étaient élus par les citoyens¹⁷. Cette situation d'hégémonie présidentielle caractéristique du constitutionnalisme africain¹⁸ post indépendance a résisté au renouveau démocratique des années 1990¹⁹. Le constitutionnalisme des années 1990 avait trois objectifs principaux : l'encadrement de la fonction présidentielle, la transparence et la sincérité des scrutins et la consolidation des libertés publiques et des droits de l'homme.

Certains analystes justifient la prééminence du président par diverses raisons. La première tient même à l'aménagement du pouvoir dans beaucoup de constitutions africaines. Le premier ministre se trouve dans une position de dépendance vis-à-vis du président de la République dès lors qu'il appartient généralement à ce

¹⁷ S.-F. JAGNE et A. DARBOE, « Evaluation des processus électoraux et de l'état de la démocratie en Afrique de l'Ouest : le cas de la Gambie », in *L'état de la démocratie en Afrique de l'Ouest*, Goree Institute, 2009, p. 156.

¹⁸ Th. HOLO, « La présidence impériale : du Potomac au Sahel », *Revue béninoise de sciences juridiques et administratives*, n° 9, décembre 1987, p. 1-9.

¹⁹ L.-L. NTUMBA, « Renouveau constitutionnaliste, Etat de droit et communauté de droit en Afrique », *Revue africaine des droits de l'homme*, 1998, p. 123.

dernier de définir la politique de la nation. Une deuxième raison qui expliquerait la prééminence présidentielle résiderait dans les sources mêmes de sa légitimité à savoir son élection au suffrage universel.

Le processus de démocratisation est en phase de reflux. Les mécanismes par lesquels on voulait encadrer la fonction présidentielle commencent à sauter. On assiste ainsi à des velléités de remise en cause de la limitation de la durée du mandat, voire de la durée du nombre de mandats. La crise récente au Niger est assez éloquente de ce point de vue. Le président Tandja, en violation de la constitution, a voulu proroger son mandat et se représenter par la suite autant de fois qu'il le souhaiterait à la magistrature suprême. Au Burkina Faso, la constitution vient d'être modifiée pour permettre au président Blaise Compaoré de briguer un nouveau mandat après plus de vingt ans à la tête de l'Etat. Le débat qui a eu lieu au Sénégal sur la validité de la candidature du président Wade à l'élection présidentielle de 2012 pour un troisième mandat, alors que la constitution n'en prévoit que deux, est un autre exemple de cette difficulté d'encadrer la fonction présidentielle.

Les crises institutionnelles sur le continent africain ont un lien avec l'institution présidentielle, parfois même elles sont générées par elle. Tel est le cas du Niger, du Togo, du Tchad, du Burundi et du Rwanda, de la République démocratique du Congo, du Congo Brazzaville, de la Côte d'Ivoire et hors de l'espace francophone du Kenya et du Zimbabwe. La preuve en est que l'antidote a toujours été le partage du pouvoir²⁰. Jean du Bois de Gaudusson fait observer à cet égard « qu'un des enjeux et une des causes des conflits résidaient dans l'organisation de l'exécutif »²¹.

De manière plus précise, la problématique de l'effectivité de la constitution en Afrique met toujours en cause l'institution présidentielle et jamais le pouvoir législatif ou judiciaire. En d'autres

²⁰ F. BANKOUNDA-MPELLE, « Repenser le président africain », Présentation au VII^e congrès français de droit constitutionnel, septembre 2008.

²¹ J. du BOIS de GAUDUSSON, « Quel statut constitutionnel pour le chef d'Etat en Afrique », *Mélanges G. Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 334.

Instabilité institutionnelle en Afrique

termes, dans les cas de soupçon de fraude ou de manipulation de la constitution, c'est l'institution présidentielle qui est toujours mise en cause²².

Par ailleurs, les pouvoirs importants reconnus à un président de la République élu au suffrage universel constituent des sources de conflits en cas de cohabitation avec un premier ministre issu d'une autre sensibilité, notamment d'une majorité parlementaire non acquise à la cause du président. Au Niger, sous l'empire de la constitution de 1992, le conflit permanent entre le président et le premier ministre appartenant à des familles politiques différentes a abouti à une crise institutionnelle qui a été dénoué par un coup d'Etat militaire.

Les crises viennent également souvent du caractère hybride des régimes africains (semi-parlementaire ou semi-présidentiel) ; le partage de pouvoirs entre le président de la République et le premier ministre est toujours à l'origine des problèmes. Les divergences éclatent en général en cas de cohabitation. Les exemples du Niger entre le président Mahamane Ousmane et son premier ministre Hama Amadou et du Zimbabwe entre Robert Mugabe et Morgan Tsvangira sont emblématiques à cet égard.

2 - La crise de légitimité des institutions

La légitimité des institutions étatiques est une vieille et problématique question en Afrique. Certaines analyses ont cherché à mettre en évidence le caractère inadapté des institutions étatiques. L'Etat serait, selon ces analyses, un phénomène étranger à l'Afrique. Cette situation serait le prétexte à une personnalisation du pouvoir plus conforme aux traditions africaines. Les présidentielismes qui ont émergé après les indépendances étaient ainsi censés répondre au souci d'adaptation des régimes politiques aux sociétés africaines²³.

²² Centre pour la gouvernance démocratique–Burkina, *Constitutionnalisme et révisions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest : le cas du Bénin, du Burkina et du Sénégal*, rapport de recherche, p. 23.

²³ Voir M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire*, Paris, LGDJ, 1987, p. 313 ; P.-F. GONIDEC, « A quoi servent les constitutions africaines ?

C'est ainsi qu'au Sénégal, le président Senghor a cherché à légitimer son projet de société sous le vocable de socialisme africain. Au Zaïre (actuelle République démocratique du Congo), le président Mobutu et les idéologues de sa doctrine de l'authenticité ont cherché à fonder le système politique sur la culture de l'authenticité. Pour justifier le régime autoritaire du président Mobutu, l'un de ses principaux idéologues, Mukendi, affirmait : « en nous retournant vers l'Afrique, vers nous-mêmes, nous avons redécouvert dans l'organisation politique traditionnelle le principe fondamental autour duquel se bâtit l'édifice social. C'est le principe de l'unité de commandement, fondement même du monolithisme démocratique que nous connaissons un peu partout en Afrique ». Julius Nyerere abonde dans ce sens lorsqu'il affirme que « la conception africaine du gouvernement était personnelle, non pas institutionnelle ». Le champ était dès lors balisé pour l'insertion d'une référence à la tradition dans les constitutions²⁴. Ce qui devait conforter l'exécutif au sein de l'appareil d'Etat. Cette prééminence sera renforcée par la constitutionnalisation du parti unique qui prime sur toutes les institutions de l'Etat²⁵.

Certains auteurs ont rejeté une telle thèse considérant que l'exercice du pouvoir dans les sociétés traditionnelles africaines était plutôt caractérisé par une certaine modération en raison de l'exercice de contrepouvoirs, ce qui est loin d'être le cas des régimes présidentielistes africains du début des indépendances. Certains ont démontré qu'il existait des traditions démocratiques en Afrique marquées par l'existence d'alternances politiques, de traditions anti-despotiques chez les gouvernés et que les sagesses populaires avaient

Réflexions sur le constitutionnalisme africain », *RJPIC*, n° 4, oct.-déc. 1988, p. 849-866.

²⁴ Le préambule de la constitution du Zaïre (actuelle RDC) disposait ainsi que « seule la politique du recours à l'authenticité nous permet d'affirmer notre personnalité ».

²⁵ Une prééminence explicitement affirmée par le préambule de la constitution togolaise de 1980.

Instabilité institutionnelle en Afrique

un contenu démocratique²⁶. Mieux, certains auteurs considèrent que la constitution dans son acception matérielle n'est pas une nouveauté en Afrique. Les sociétés africaines précoloniales avaient su dégager des règles de répartition et d'exercice mais également de contrôle du pouvoir. Elles auraient même inventé des contrepoids au pouvoir monarchique²⁷. L'instrumentalisation de la tradition pour asseoir des régimes autoritaires est mieux saisie si l'on sait que c'est la même tradition africaine qui a été convoquée pour justifier les conférences nationales tenues dans différents pays africains dans le cadre du constitutionnalisme des années 1990²⁸.

Certaines institutions représentatives ne sont pas réellement l'émanation du peuple. Il en est ainsi, par exemple, du Sénat sénégalais dont soixante-cinq membres sur les cent que compte l'institution, sont nommés par le président de la République. Pire, le président du Sénat qui assure l'intérim de la présidence de la République en cas de vacance ou de démission²⁹ n'est pas lui-même élu. Il est nommé par le président de la République. Mais pouvait-il en être autrement quand on sait que sa création obéit à un souci de trouver des rentes à une clientèle politique ? Le président Wade a toujours été hostile à la création du Sénat quand il était dans l'opposition. Arrivé au pouvoir, il a concrétisé sa promesse de le supprimer. Dès lors, la décision prise de le ressusciter ne pouvait obéir qu'à des contingences politiques.

La situation n'est pas différente dans un pays comme le Togo où le tiers des membres du Sénat sont nommés par le président de la République. Il convient de souligner que les modalités de l'élection du

²⁶ Voir M. DIALLO, « Pouvoirs d'Etat, gouvernance et traditions culturelles africaines », in Institut africain pour la gouvernance, *Bonne gouvernance et développement en Afrique*, Editions Démocraties Africaines (IAD), 1997, p. 193-210.

²⁷ Voir M.-A. GLELE, « La constitution ou Loi fondamentale », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. I, NEA, 1982, p. 22.

²⁸ J.-F. BAYART, « La démocratie à l'épreuve de la tradition en Afrique », *Pouvoirs* 2009/2, n° 129, p. 27-44

²⁹ Article 39, al. 1^{er} de la constitution de 2001.

président dans ce pays comme d'ailleurs au Gabon, ne garantissent pas à l'institution présidentielle une réelle légitimité. Le président dans ces pays est élu au scrutin majoritaire à un tour³⁰.

Dans le cadre du renouveau démocratique des années 1990, un accent particulier a été mis sur l'impérieuse nécessité de mettre un terme à la récurrence de la contestation des élections. Cette contestation est loin d'être injustifiée car il s'agissait de véritables parodies d'élections, des « farces électorales » avec des résultats préfabriqués. Dans le contexte de libération politique des années 1990, l'Etat, notamment le ministère de l'Intérieur, va être dépouillé de nombre de ses prérogatives électorales. Dans certains pays, cette dépossession fut intégrale alors que, dans d'autres, le ministère de l'Intérieur va partager ses prérogatives avec une commission électorale autonome ou indépendante.

Les processus de démocratisation avaient abouti à la mise en place d'institutions de régulation des élections plus connues sous le nom de commissions électorales nationales indépendantes ou de commissions électorales nationales autonomes. Si ces institutions ont connu un certain succès dans certains pays, tel n'a pas été toujours le cas dans tous les Etats africains. De manière générale, si l'on considère que l'autorité électorale est légitime car sans partis pris dans des pays comme le Bénin et le Mali, tel est loin d'être le cas dans des pays comme le Tchad et le Togo où cette autorité est perçue comme le prolongement de l'exécutif.

Quelques exemples permettent d'illustrer les dysfonctionnements³¹ des commissions électorales. Au Togo, la commission électorale nationale indépendante (CENI) n'a pas proclamé les résultats provisoires lors des élections législatives de 1994 et des élections présidentielles qui ont suivi. Lors des élections de 1994, sous de fortes pressions, la CENI n'a pas proclamé les

³⁰ Article 60 de la constitution togolaise qui dispose que « L'élection du président de la République a lieu au scrutin uninominal majoritaire à un tour. Le président de la République est élu à la majorité des suffrages exprimés ».

³¹ S. NDIAYE, *Analyse comparative des CENI et CENA en Afrique*, rapport à la Commission cellulaire sur la CENA au Sénégal, inédit, 2005.

Instabilité institutionnelle en Afrique

résultats dans cinq circonscriptions. Elle a ainsi envoyé les résultats à la Cour constitutionnelle qui n'était censée se prononcer qu'après proclamation provisoire des résultats par la CENI et éventuellement après avoir tranché les contestations relatives à ces résultats. La Cour, saisie dans ces conditions, n'en a pas moins proclamé les résultats dans certaines circonscriptions tout en annulant ceux d'autres circonscriptions.

Au Mali, la CENI a également connu une crise liée à ses difficultés d'organiser matériellement les élections. L'explication avancée était son inexpérience et le refus de l'administration de collaborer loyalement. L'institution tardive de la CENI au mois de janvier 1997 qui devait superviser les élections présidentielles au mois d'avril de la même année a également été avancée pour justifier ses défaillances. Cette crise a conduit à une réforme de la CENI qui a vu l'organisation des élections confiées à nouveau à l'administration, la CENI étant désormais cantonnée à un rôle de supervision et de contrôle des élections.

Au Sénégal, le consensus qui avait présidé à la mise en place de la commission électorale nationale autonome (CENA) n'a pas résisté aux élections qui ont suivi sa création. Ainsi le renforcement de ses prérogatives par rapport à l'ONEL³² qui avait pourtant contribué à l'avènement de l'alternance, n'a pas empêché la contestation de l'élection présidentielle de février 2007 et le boycott des élections législatives de la même année. L'opposition dite « significative » a considéré qu'il y a eu des fraudes et que les règles du jeu électoral n'ont pas respectées.

Le candidat socialiste Ousmane Tanor Dieng déposa par le biais de ses conseils un recours devant le Conseil constitutionnel le 5 mars. Il contestait le résultat notant de multiples irrégularités comme l'utilisation d'une encre délébile, des inscriptions et des distributions de cartes non équitables et l'impossibilité de voter dans des conditions normales pour de nombreux Sénégalais. Selon ses conseils,

³² Observatoire national des élections.

entre 20 et 30 % des Sénégalais n'ont pas pu s'inscrire ou voter. Il sera suivi par le candidat Abdoulaye Bathily.

D'autres candidats comme Moustapha Niasse, ont, en revanche, décidé de ne pas déposer de recours malgré des irrégularités qu'ils ont relevées. La raison avancée était qu'un recours devant le Conseil constitutionnel supposait des élections ce qui n'était pas le cas compte tenu de la fraude massive qui avait entaché toute la crédibilité des élections. Le 10 mars 2007, le Conseil constitutionnel a déclaré non fondées les requêtes présentées par les candidats Ousmane Tanor Dieng et Abdoulaye Bathily et déclaré élu Abdoulaye Wade dès le premier tour avec 55,86 % des voix exprimées.

L'opposition n'en a pas moins continué de contester la sincérité de scrutin présidentiel et demandé l'ouverture d'un dialogue sur le processus électoral. Face au refus du pouvoir d'accéder à leur demande (portant notamment sur l'audit du fichier électoral, le limogeage du ministre de l'Intérieur et son remplacement par une personnalité indépendante et l'instauration d'une CENI), les partis membres de l'opposition dite « significative » vont boycotter les législatives de juin 2007. Cette situation n'a certes pas abouti à une crise institutionnelle, mais de fait elle a fragilisé les institutions issues de ces élections.

La situation a été en revanche dramatique dans des pays comme le Zimbabwe et le Kenya. Au Kenya, la victoire de Mwai Kibati a été contestée par l'opposition à juste titre. Il est paradoxal de constater que le président Kibati qui a accédé au pouvoir par les urnes refuse le verdict des urnes. Cette situation était d'autant plus déplorable qu'elle déboucha sur des violences interethniques. Au Zimbabwe, le président Mugabe a refusé de quitter le pouvoir bien que battu aux élections présidentielles. L'opposant Morgan Tsvangira, arrivé en tête au premier tour, a dû se retirer pour éviter les violences contre ses partisans. Le président Mugabe s'est ainsi maintenu au pouvoir en contraignant son opposant historique à partager le pouvoir. Dans ces pays, le pouvoir politique s'est fait sienne la leçon de l'ancien président congolais Pascal Lissouba pour qui on n'organise pas des élections pour les perdre.

Instabilité institutionnelle en Afrique

En Côte d'Ivoire, la CENI a été dissoute en raison de soupçons de manipulation frauduleuse du fichier électoral par certains de ses membres notamment par son président.

Il convient de faire observer que la contestation des élections paraît justifiée dans certains cas. En effet, le processus électoral souffre toujours d'un certain nombre de lacunes qui ont pour noms les fraudes électorales, la faible capitalisation des expériences des commissions électorales, la corruption de la justice. Il s'y ajoute que le contentieux électoral qui devait aider à rendre crédible le processus électoral présente de graves dysfonctionnements. Au Nigeria, pour ne citer que cet exemple, le contentieux électoral n'a été vidé qu'un an et demi après l'investiture du défunt président Umaru Musa Yar'Adua³³.

Au total, l'élection, malgré sa consécration constitutionnelle, ne confère plus une légitimité certaine aux institutions en Afrique en raison des énormes irrégularités qui se généralisent tout en se diversifiant. Les perdants dans certains cas préfèrent recourir à la force, exposant ainsi les démocraties à de graves crises³⁴. Pour résumer cette situation, Dodzi Kokoroko fait observer que « les élections en Afrique noire actualisent deux idées majeures : le temps de la démocratie, sanctionné par la célébration du nouveau constitutionnalisme, et le temps de la dictature, marqué par une détermination inouïe des dirigeants en place à combattre le principe de l'alternance par le recours à la fraude électorale pour assurer leur

³³ Voir D.-F. MELEDJE, « Le contentieux électoral en Afrique », *Pouvoirs*, 2009/2, n° 129, p. 139-155.

³⁴ Ainsi outre le Zimbabwe et le Kenya précités, le Togo en 2005, le Tchad en 2006, la RDC en 2006 ont connu des lendemains d'élections très controversés. Aux déficiences liées à l'organisation des élections, il convient d'ajouter pour certains le manque de culture démocratique, certains hommes politiques refusant par principe de perdre les élections : L. SINDJOUN, « Le gouvernement de transition : éléments pour une théorie politico-constitutionnelle de l'Etat en crise ou en reconstruction », *Mélanges Slobodan Milacic. Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 967-1011.

pérennité au pouvoir »³⁵. En d'autres termes, si, dans certains cas, le processus de délégitimation des institutions est lié à la faiblesse de l'aménagement du pouvoir, dans d'autres cas il s'explique par le manque de culture démocratique des hommes politiques.

Faute de légitimité réelle, la politique se réduit à des jeux d'alliance entre leaders soucieux de conquérir le pouvoir et de le conserver sans chercher à lutter contre la pauvreté. Les élections souvent contestées opposent des candidats sans programme. Elles génèrent des institutions vides de contenu permettant de perpétuer l'impunité des dirigeants et l'allégeance d'une élite. Le processus de délégitimation des institutions procède également du fait que le peuple est écarté des procédures de révision de la constitution.

L'exclusion du peuple est systématique en ce qui concerne l'initiative de la réforme³⁶. Des objections à une telle initiative seraient la faiblesse du niveau d'instruction des populations ou encore la professionnalisation de l'activité politique. Le Burkina Faso constitue une exception puisque la constitution de ce pays admit que le peuple peut initier une révision de la constitution par voie de pétition signée par au moins trente mille personnes ayant le droit de vote.

Il est souvent prévu par les constitutions africaines que l'adoption des révisions constitutionnelles peut se faire par la voie d'un référendum. Il reste qu'en pratique, le peuple est souvent contourné, la voie parlementaire également prévue par la constitution lui étant préférée. Depuis l'alternance survenue au Sénégal en 2000, la constitution a été révisée à quinze reprises sans que le peuple soit consulté. Ce qui questionne naturellement sur la réelle légitimité de ces réformes.

³⁵ D. KOKOROKO, « Les élections disputées : réussites et échecs », *Pouvoirs*, 2009/2, n° 129, p. 120. Ce constat est partagé par la quasi-totalité des auteurs, voir entre autres, J. du BOIS de GAUDUSSON, « Les élections à l'épreuve de l'Afrique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 13, 2002, p. 100-105 ; P. QUANTIN, « Pour une analyse comparée des élections africaines », *Politique africaine*, n° 69, 1998, p. 12-29.

³⁶ Voir M.-F. DJEDJRO, « La révision des constitutions dans les Etats africains francophones- Esquisse de bilan », *RDP* 1992, p. 116.

Instabilité institutionnelle en Afrique

3 - La régulation déficiente du jeu politique

L'affirmation de Georges Burdeau suivant laquelle *la démocratie n'est pas dans les institutions mais plutôt dans les hommes* résume admirablement tout l'intérêt de la régulation du jeu politique. En d'autres termes, le fonctionnement des institutions est largement tributaire des hommes qui les animent. Par ailleurs, la surcharge institutionnelle qui favorise les conflits de compétence et hypothèque la saine et fructueuse collaboration entre les institutions rend plus que nécessaire cette régulation. En Afrique, l'instabilité institutionnelle résulte parfois de l'absence ou du déficit des mécanismes de régulation du jeu politique face au manque de culture démocratique de certains politiques.

Les constitutions sont ainsi révisées au gré des intérêts des détenteurs du pouvoir. Le Sénégal et le Niger permettent d'illustrer cette situation. Elle se manifeste sous plusieurs formes dont les plus manifestes résident dans les révisions unilatérales de la constitution. Tel est par exemple le cas de la restauration du Sénat au Sénégal en 2007 ou la prorogation du mandat des députés en 2006. Les mécanismes *ad hoc* et institutionnels de régulation du jeu politique ne fonctionnent pas correctement. Le renouveau du constitutionnalisme n'a pas mis un terme au déficit de régulation du jeu politique dans certains pays africains. Il faut rappeler que la justice constitutionnelle est apparue en Afrique depuis le début des indépendances. Elle n'a pu s'affirmer, étouffée qu'elle fût par le présidentielisme négro-africain³⁷.

La situation politique au Sénégal est également marquée par une crise du dialogue politique. Si le dialogue politique avait permis d'aboutir à un code électoral consensuel, ce consensus s'est aujourd'hui fortement érodé. L'opposition doute de la volonté réelle du président de la République de dialoguer et se montre peu pressée de répondre à son appel réitéré au dialogue. Le président, de son côté,

³⁷ Th. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs* 2009/2, n° 129, p. 102.

se méfie des initiatives de l'opposition. Il a ainsi refusé de répondre à l'invitation à se faire représenter aux assises nationales organisées par l'opposition significative en rapport avec certaines organisations et personnalités de la société civile.

Sur le plan institutionnel, on peut citer l'incapacité du Conseil constitutionnel sénégalais à réguler le jeu politique. Saisi à plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent. Invité à se prononcer sur une loi portant révision de diverses dispositions de la constitution notamment la suppression du nombre des mandats présidentiels et la règle dite du « quart bloquant », le Conseil constitutionnel dans sa décision en date du 9 octobre 1998 a considéré qu'il s'agissait d'une loi constitutionnelle dont le contrôle ne relève pas de sa compétence. Cette interprétation restrictive de ses compétences a de graves conséquences sur le fonctionnement du régime. L'exécutif pourrait violer en toute impunité toutes les dispositions de la constitution y compris celles ne pouvant faire l'objet de révision constitutionnelle comme la forme républicaine de l'Etat³⁸ car, même saisi, dans ce cas le Conseil constitutionnel ne vérifiera que le respect de la procédure de révision et non l'objet de la révision.

Le président Wade, de crainte de perdre les élections, a ainsi révisé la constitution pour proroger le mandat des députés³⁹ d'une année de manière à pouvoir coupler les élections présidentielles et les élections législatives. Dans ces conditions, rien légalement n'empêche le président de la République de se pérenniser au pouvoir avec sa majorité. Il lui suffira de proroger son mandat et celui de sa majorité. Cette attitude a contribué au record de révisions constitutionnelles réalisé par le Sénégal. Cette situation est d'autant plus regrettable qu'elle a permis d'intégrer dans la constitution des réformes considérées comme « dé-consolidantes » pour la démocratie⁴⁰.

³⁸ Article 103 de la constitution.

³⁹ Loi constitutionnelle n° 2006-11 du 20 janvier 2006 prorogeant le mandat des députés qui sera modifiée par une autre loi constitutionnelle du 19 février 2007.

⁴⁰ On peut citer notamment la révision constitutionnelle de mars 1998 mettant fin à la limitation à deux mandats présidentiels et supprimant le « quart

Instabilité institutionnelle en Afrique

B - Les facteurs socio-économiques de l'instabilité institutionnelle

1 - Les facteurs sociaux de l'instabilité institutionnelle

Ils tiennent à l'échec de la construction nationale en Afrique subsaharienne. Il faut rappeler que les découpages des territoires coloniaux avaient remis en cause les constructions nationales en gestation sur le continent africain⁴¹. Il appartenait ainsi aux jeunes Etats africains de construire de nouvelles nations pour consolider leur base. La tâche était d'autant plus ardue que l'Etat contemporain représentait une entité dans laquelle la majorité des populations ne se reconnaissait à tout le moins que difficilement⁴². L'extranéité de l'Etat par rapport à ce milieu faisait dire à certains qu'il était impropre de parler de nation. Les Etats issus des processus de décolonisation apparaissaient plutôt comme des satrapies⁴³.

Force est de constater aujourd'hui que les Etats africains ont échoué dans cette mission faute d'une stratégie adéquate. La construction nationale a été fondée officiellement sur une politique centralisatrice tendant à gommer les différences et les particularismes⁴⁴. Ainsi les références ethniques et tribales sont

bloquant », les lois constitutionnelles de 2006 et de 2007 prorogeant le mandat des députés, la révision de l'article 27 de la constitution rétablissant le septennat au détriment du quinquennat avec le choix contestable de la voie parlementaire, la révision constitutionnelle d'octobre 2008 qui retire la durée du mandat du président de l'Assemblée nationale de la constitution pour le renvoyer au règlement intérieur de l'Assemblée nationale qui le fixe désormais à un an.

⁴¹ M. DUPIRE, « Identité ethnique et processus d'incorporation tribale et étatique », *Cahiers d'études africaines*, 1994, vol. 34, n° 133-135, p. 265-280 ; l'auteur démontre comment des groupes peuls se sont intégrés dans les autres ethnies perdant ainsi leur identité peul.

⁴² E.-Y. GU KONU, « Entité étatique et développement en Afrique tropicale », *Cahiers d'études africaines*, 1986, vol. 26, n° 103, p. 306.

⁴³ *Ibid.*, p. 306.

⁴⁴ T. MICHALON, « A la recherche de la légitimité de l'Etat », in *La création du droit en Afrique*, colloque de Bordeaux, 1995.

interdites dans la création des partis politiques et le recrutement dans la fonction publique. Cette stratégie s'est révélée contre productive car elle a occulté le fait que la nation se construit par la prise en compte des intérêts de toutes ses composantes. Dans la pratique, l'expérience a montré que les références ethniques ou tribales sont souvent exacerbées pour être exploitées à des fins électoralistes. Le vote est ainsi déterminé par l'appartenance ethnique ou religieuse plus que la pertinence des programmes proposés par les candidats.

L'Afrique subsaharienne, en général, l'Afrique de l'Ouest en particulier est ainsi en prise avec ces convulsions communautaristes, source d'instabilité institutionnelle. Aucun pays de la sous-région n'est épargné par ce phénomène. Le Sénégal fait face depuis 1980 à une crise irrédentiste au Sud du pays, en Casamance. Les affrontements interreligieux sont monnaie courante au Nigeria. La Côte d'Ivoire, longtemps citée comme un exemple de stabilité, fait actuellement face à une crise grave née d'une volonté d'instrumentaliser à des fins de conquête du pouvoir par les uns, de conservation du pouvoir pour le général Guei, le concept d'ivoirité. Des changements constitutionnels ont été ainsi apportés pour limiter les droits des immigrants à la citoyenneté et à la participation politique. Il s'est agi de fait d'écarter la candidature de l'ancien premier ministre Alassane Ouattara. Le résultat au final a été la scission du pays entre le Nord et le Sud.

Dans ce contexte, les groupes, écartés de l'exercice du pouvoir, ont souvent recours à la violence. Les communautarismes exacerbés conduisent nécessairement à des recompositions politiques et institutionnelles. L'aggravation des conflits ethniques souvent encouragée par le pouvoir politique qui espère se pérenniser par la politique du « diviser pour régner » finit par rendre le pouvoir instable. On aboutit ainsi à des situations de non Etat comme ce fût le cas au Liberia et actuellement en Somalie ou d'affaiblissement de l'Etat comme ce fût le cas en République démocratique du Congo, au Burundi ou encore en Centrafrique.

Au Burundi, les clivages ethniques ont eu finalement raison sur l'ouverture démocratique. Malgré l'adoption à une forte majorité de

Instabilité institutionnelle en Afrique

89 % de la charte de l'unité devant organiser la coexistence entre les deux principaux groupes ethniques hutu et tutsi, ces derniers ont eu la crainte que la transformation de la majorité ethnique Hutu en une majorité politique leur soit préjudiciable. La victoire de Melchior Ndadaye à l'élection présidentielle du 1^{er} juin 1993 avec 64,75 % et de son parti le FRODEBU aux élections législatives du 29 juin avec plus de 71 % des suffrages exprimés a été ainsi présentée comme une victoire de la majorité hutu sur la minorité tutsi et ouvert une phase d'instabilité qui a conduit à l'assassinat du président Ndadaye par des éléments de l'armée constituée majoritairement de tutsi. Le 25 juillet 1996 Pierre Buyoya, originaire de l'ethnie tutsi, s'empare du pouvoir à la faveur d'un coup d'Etat.

Au Rwanda, la majorité hutu qui contrôlait déjà le pouvoir a été instrumentalisée avec l'objectif non seulement de pérenniser cette domination mais surtout d'éviter tout partage du pouvoir. S'ensuit le génocide qu'il n'est point nécessaire de rappeler ici.

Dans une période plus récente, notamment lors des dernières élections présidentielles en Guinée, le vote ethnique a été déterminant dans les résultats du premier tour.

Au Togo, c'est seulement lors de la dernière élection présidentielle que certains candidats originaires du sud du pays ont pu faire campagne dans le nord du pays. Ce qui était impensable dans le passé⁴⁵.

Le Bénin qui est réputé stable est actuellement menacé par les dérives régionalistes et ethnocentristes qui caractérisent actuellement le débat politique.⁴⁶

Au total, force est de reconnaître que les Etats africains ont été incapables de créer une identité nationale unificatrice à travers la citoyenneté. L'approfondissement des clivages ethniques certes favorisé par les frontières artificielles héritées de la colonisation mais aussi entretenu par des hommes politiques est ainsi au cœur de la majorité des crises électorales déstabilisatrices pour les institutions.

⁴⁵ Voir le rapport général du colloque sous régional sur les démocraties en Afrique – Cotonou, 24-25 mars 2010, p. 17.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 25.

2 - Les facteurs économiques de l'instabilité institutionnelle

C'est un truisme d'affirmer que l'Afrique est sans doute le continent le plus pauvre de la planète. En effet, le revenu par habitant est le plus faible au monde. Les indépendances avaient suscité un vaste espoir quant à l'amélioration des conditions de vie des Africains. Vingt ans après, l'heure fût au désenchantement. Les prix des matières premières baissaient continuellement alors que la facture pétrolière continuait d'augmenter. Au contexte international défavorable, s'ajoute la mauvaise gestion interne liée notamment à la corruption.

Les programmes d'ajustement structurel appliqués sous l'injonction des institutions de Bretton Woods contrairement aux résultats attendus, ont aggravé la pauvreté sur le continent. En imposant des privatisations et la libéralisation des activités productives et minières, les institutions de Bretton Woods ont privé les hommes politiques au pouvoir d'une part de leurs ressources habituelles pour leurs clients et pour eux-mêmes. Les institutions des Etats africains se sont trouvées ainsi fortement fragilisées.

Les mécanismes d'accès au pouvoir sont fort corrompus. Rares sont les formations politiques qui ont accédé au pouvoir sans avoir recours à la corruption : des postes de responsabilité sont alloués à des personnes ayant un certain poids politique en échange de leur allégeance ou alors c'est le processus électoral lui-même qui est affecté par la corruption notamment par l'achat de votes ou le financement de campagnes électorales au moyen de fonds collectés de manière illicite.

La généralisation de la corruption en fait un élément de l'équilibre politico-économique. Dans ce contexte, les pratiques corruptrices s'articulant avec les pratiques clientélistes deviennent l'élément de base d'un système officieux de répartition des ressources et participent à la régulation des rapports de forces entre pôles de pouvoir. C'est parce que la corruption est engendrée par le système en même temps qu'elle contribue à sa survie qu'il apparaît impossible

Instabilité institutionnelle en Afrique

de l'enrayer. Le pouvoir en place, conscient de cette réalité, réagit ainsi mollement aux pratiques corruptives⁴⁷.

L'ancrage de la corruption a été facilité par sa banalisation par la population qui, par fatalisme, la justifie au nom de traditions culturelles. La sémiologie populaire en est une parfaite illustration. La corruption des institutions politiques ne fait que renforcer la prégnance d'une représentation négative de l'Etat.

Le contexte de pauvreté fait que l'accès au pouvoir représente des enjeux économiques. Accéder au pouvoir signifie avoir accès aux ressources économiques contrôlées par l'Etat. La lutte pour le pouvoir devient ainsi en soi un enjeu. La démocratie est réduite à la conquête et à la conservation du pouvoir. Les groupes exclus de la gestion du pouvoir mobilisent tous les moyens y compris la violence pour accéder au pouvoir. Les détenteurs du pouvoir ne sont pas en reste et manipulent les ressources de l'Etat pour se maintenir au pouvoir.

Au Niger, la volonté de l'ex président Tandja de se maintenir au pouvoir aux prix de multiples violations de la constitution et de la charte de la bonne gouvernance n'est pas étrangère au développement de l'activité minière dans ce pays. La première violation concerne la volonté du président de se maintenir au pouvoir après l'expiration de son deuxième mandat. En effet, il résulte de l'article 36 de la constitution que le président de la République est élu pour cinq ans. Il est rééligible une seule fois. La deuxième violation concerne la volonté du président de modifier la constitution directement par voie référendaire. En effet si le président a le droit d'initier une révision de la constitution, une telle initiative ne peut réussir que si le projet est approuvé par l'Assemblée nationale à la majorité des quatre cinquièmes. Cela ne pouvait plus être le cas dès lors que l'Assemblée a été dissoute, le président anticipant le rejet certain de son initiative étant entendu que le projet n'était soutenu que par les membres de son parti très minoritaire à l'Assemblée nationale.

⁴⁷ E.-Y. GU KONU, « Entité étatique et développement en Afrique tropicale », *op. cit.*, p. 308.

Il s'y ajoute que l'initiative était irrecevable en soi car il résulte des dispositions de l'article 136 de la constitution que la durée du mandat du président de la république faisait partie des dispositions de la constitution ne pouvant faire l'objet d'une révision. Cette initiative du président nigérien apparaît également comme une violation de son serment par lequel il s'était engagé à respecter les dispositions de la constitution⁴⁸. Une autre violation de la constitution concerne le refus du président de se conformer à l'article 115 lequel dispose que « les arrêts de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Ils lient les pouvoirs politiques et toutes les autorités administratives, civiles, militaires et juridictionnelles ». En effet, le président a décidé de passer outre l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 12 juin 2009 par lequel elle annulait le décret portant convocation du corps électoral. Il faut rappeler que la Cour constitutionnelle, saisie par un certain nombre de partis politiques, avait considéré que le décret portant convocation du corps électoral pour le référendum sur la constitution de la VI^e République violait les articles 49 et 135 de la constitution.

L'article 49 dispose, en effet, que « le président de la république peut, après avis de l'assemblée nationale et du président de la Cour constitutionnelle, soumettre au référendum tout texte qui lui paraît devoir exiger la consultation directe du peuple à l'exception de toute révision de la présente constitution qui reste régie par la procédure prévue au titre XII. » L'article 135 quant à lui dispose que « pour être pris en considération, le projet ou la proposition de révision de la constitution doit être voté à la majorité des trois quarts des membres composant l'Assemblée nationale. » La procédure de révision de la constitution se déroule de la manière suivante : après l'initiative qui appartient au président et aux membres de l'Assemblée nationale, le projet ou la proposition de révision doit être approuvée par l'Assemblée nationale à la majorité des trois quarts. L'approbation à une telle majorité vaut révision définitive de la constitution. Si cette

⁴⁸ Article 39 de la constitution.

Instabilité institutionnelle en Afrique

majorité n'est pas acquise, la révision peut être soumise au peuple par référendum.

Il résulte ainsi de ces dispositions que l'assemblée nationale était incontournable dans la révision de la constitution. On constatera que, non seulement le président n'a pas respecté l'arrêt de la Cour constitutionnelle comme l'exige l'article 115 précité, mais il est allé plus loin en décidant de dissoudre la Cour constitutionnelle alors que les membres de cette juridiction sont inamovibles pendant la durée de leur mandat conformément aux dispositions de l'article 105 de la constitution. L'entêtement à vouloir se maintenir au pouvoir s'est donc dénoué par un coup d'Etat militaire.

En Guinée Bissau, l'instabilité institutionnelle reste largement déterminée par le contrôle de l'économie de la drogue.

En Afrique centrale, l'instabilité institutionnelle est liée à la lutte pour le contrôle des ressources naturelles. Les leaders politiques qui se sentent marginalisés dans la gestion des ressources sont souvent portés à créer des mouvements rebelles pour déstabiliser les régimes en place. La localisation des mouvements rebelles dans les régions où sont produites ces ressources en constitue une parfaite illustration. Le contexte de désintégration étatique et d'insécurité généralisée a favorisé le développement de stratégies de contrôle économique. Des réseaux militarisés se sont ainsi constitués pour l'extraction de profits économiques.⁴⁹

L'Afrique vit ce paradoxe d'être un continent riche en ressources naturelles et d'abriter les populations les plus pauvres au monde. Il convient d'ajouter que les politiques économiques appliquées qui, du reste, sont des recettes libérales ont favorisé une autonomisation de l'économie par rapport à l'Etat, à la société et à la culture. La légitimité des institutions étatiques a été ainsi affectée. La privatisation des services publics a, en effet, transformé leur logique de sorte qu'au lieu de servir les citoyens, ils en sont réduits à offrir des prestations à des citoyens-consommateurs. La conséquence est

⁴⁹ F. VAN ACKER et K. VLASSENROOT, « Les Maï-Maï et les fonctions de la violence milicienne dans l'Est du Congo », *Politique africaine*, n° 84, décembre 2001, p. 105.

naturellement l'affaiblissement de la cohésion sociale avec le risque de troubles sociaux. La crise économique a été considérée comme un facteur important de la crise des régimes autoritaires en Afrique en ce sens qu'elle a participé à la délégitimation de l'Etat auprès des populations⁵⁰.

Il convient ici de rappeler la vague de démocratisation des années 1990 est liée à l'échec des programmes d'ajustement structurel qui ont favorisé l'émergence des mouvements de contestation notamment de la société civile. Certains auteurs regrettent que les conférences nationales aient occulté les aspects économiques et financiers des changements souhaités. De ce point de vue, le renouveau démocratique des années 1990 n'a pas permis d'apporter des réponses concrètes aux aspirations de bien être des populations. Si, pendant les premières années des indépendances, les discours incantatoires du chef de l'Etat pouvaient faire croire aux populations que des solutions seraient trouvées à leurs problèmes de subsistance, tel n'est plus le cas aujourd'hui⁵¹. Dans ces conditions, les facteurs économiques risquent de continuer à déstabiliser les Etats africains. En effet, certains auteurs pensent que le libéralisme économique est une contrainte pour la consolidation démocratique car il accroît les inégalités sociales et réduit les capacités redistributives de l'Etat⁵². A la suite de la transition démocratique, le Mali a ainsi connu une période

⁵⁰ D. ETHIER, « Des relations entre libéralisation économique, transition démocratique et consolidation démocratique », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 8, n° 1, 200, p. 270.

⁵¹ Il est des auteurs qui sans méconnaître les difficultés en Afrique pensent qu'il y a des avancées démocratiques qui s'articulent avec des acquis économiques, voir par exemple L. ZINSOU, « Dynamiques économique et politique », *Pouvoirs* 2009/2, n° 129, p. 169-180

⁵² Voir D. ETHIER, *op. cit.*, p. 272. Certains auteurs tout en partageant ce point de vue considèrent néanmoins que le libéralisme économique a un impact positif sur la consolidation démocratique en ce sens qu'il élargit la participation et la représentation de divers groupes d'intérêt au système politique en affaiblissant les acteurs qui bénéficiaient d'une influence prépondérante sur le processus décisionnel dans le cadre de l'ancien modèle économique et en renforçant le jeu de la compétition, *ibid.*, p. 272.

Instabilité institutionnelle en Afrique

d'instabilité institutionnelle en raison notamment de l'incapacité de l'Etat à gérer les revendications sociales. Entre le 8 juin 1992 et le 15 février 1994, le Mali a connu trois premiers ministres soutenus par différentes coalitions⁵³.

II - Les voies d'une stabilité institutionnelle en Afrique

La persistance de l'instabilité institutionnelle malgré les efforts fournis, est une source d'inquiétude pour l'avenir de l'Afrique : pas de développement sans paix, risque de marginalisation. Quelles solutions alternatives ? Faut-il trouver de nouvelles solutions pour prévenir cette instabilité ? La voie est de s'inscrire dans un changement radical de perspective. Il faut tenter de régler le problème de l'instabilité à partir de ses causes et non pas de ses manifestations. Ce traitement à la racine s'appelle traitement étiologique. Il permet non seulement une prévention de l'instabilité mais lorsqu'elle survient malgré tout, il accroît les chances d'un règlement durable.

Mais la prévention dont il est question ici, doit être une prévention structurelle. Par opposition à la prévention opérationnelle, destinée à faire face à une crise imminente, voire déjà ouverte, par des mesures visant un effet à court terme, la prévention structurelle agit sur les facteurs fondamentaux d'une situation : le développement (politique, social, économique...) et surtout le bon fonctionnement des institutions dans une perspective à long terme de consolidation de la paix.

La question est de savoir, s'il est possible aujourd'hui d'identifier des facteurs politiques favorables à une pacification des rapports sociaux et politiques en Afrique. Au fond les enjeux sont fondamentalement politiques. Il s'agit d'une lutte pour le contrôle de l'Etat et des richesses qui sont attachées. Le concept de prévention structurelle recouvre plusieurs objectifs étroitement imbriqués : la paix sociale, le respect des droits de l'homme, un développement

⁵³ Voir M.-F. LANGE, « Insoumission civile et défaillance étatique : les contradictions du processus démocratique malien », *Autre part*, n° 10, 1999, p. 124.

économique soutenu par des structures politiques dynamiques et représentatives, capables de gérer le changement, et de régler les litiges d'une manière pacifique.

La construction de démocraties fondées sur une réunification sociale et nationale ainsi qu'une véritable séparation des pouvoirs permettra d'instaurer un nouvel équilibre structurel qui servira de base solide à la stabilisation institutionnelle en Afrique. La bonne gouvernance participe de l'amélioration des conditions de vie des populations et de l'atteinte des objectifs de réduction de la pauvreté avec notamment l'amélioration des performances économiques et administratives. Par conséquent, l'effort des Etats doit porter sur certains indicateurs de bonne gouvernance.

Sur le plan politique, il s'agit d'un meilleur respect de la constitution, de l'indépendance des pouvoirs législatif et judiciaire, de la crédibilité et de la légitimité des processus électoraux, du renforcement des contre-pouvoirs et d'une gouvernance inclusive. Sur le plan économique, il s'agit d'améliorer les conditions socio-économiques des populations, amélioration sans laquelle la démocratie n'aura pas de portée réelle pour ces dernières.

A - La consolidation de la gouvernance démocratique

C'est parce qu'elle touche aux mécanismes, aux procédures et aux institutions qui permettent aux citoyens de défendre leurs intérêts, d'exercer leurs droits, de s'acquitter de leurs obligations et de régler leurs différends, que la bonne gouvernance est un élément clef de toute politique de prévention des conflits. Une gouvernance mal exercée et mal assumée est facteur de guerres civiles et de crises. Dans une société donnée, les groupes recourent à la guerre quand ils ont le sentiment qu'ils obtiennent leurs droits plus par la violence que par les voies ordinaires du dialogue et de la négociation. En Afrique, la consolidation de la gouvernance démocratique passera par une réforme articulée autour d'un rééquilibrage institutionnel, du renforcement des contre-pouvoirs ainsi que de la régulation du jeu politique.

Instabilité institutionnelle en Afrique

1 - La nécessité d'un rééquilibrage institutionnel

Le déséquilibre institutionnel en faveur du président de la République est source, nous l'avons vu, d'instabilité institutionnelle. La solution à cette situation résiderait dans le strict encadrement de la fonction présidentielle, la réhabilitation du Parlement et le renforcement de l'indépendance de la justice.

a - Le strict encadrement de la fonction présidentielle

L'un des objectifs du renouveau constitutionnel des années 1990 a été justement d'encadrer la fonction présidentielle pour conjurer les dérives présidentielles des années 1960 et 1970. La traduction concrète de cette volonté réside dans l'institutionnalisation généralisée du poste de premier ministre ou la transformation du régime présidentiel ou présidentieliste en régime parlementaire ou, à tout le moins, en régime d'inspiration parlementaire.

Dans le contexte du renouveau démocratique, le poste de premier ministre a été restauré aussi bien dans les régimes d'inspiration parlementaire que dans les régimes d'inspiration présidentielle. Dans les régimes d'inspiration parlementaire, l'institution a été rétablie dans les Etats où il a été supprimé ou a connu une transfiguration avec l'instauration du régime parlementaire. Dans la première catégorie, on peut citer le Sénégal, la République Centrafricaine, le Togo, le Mali et la Mauritanie. La restauration de l'institution primatoriale est une réponse aux revendications de l'opposition politique. Dans la deuxième catégorie, on peut citer des pays comme le Gabon, la République démocratique du Congo, le Burundi ou encore le Rwanda.

Dans les régimes d'inspiration présidentielle, et contrairement à la logique du régime présidentiel caractérisé par un exécutif monocéphale, certains Etats africains ont institué le poste de premier ministre. Tel fût le cas de la Côte d'ivoire et du Bénin en particulier. On doit relever ici que si l'institution est prévue par la constitution ivoirienne, tel n'est pas le cas du Bénin. Dans la pratique, le bicéphalisme a eu peu d'impact sur le fonctionnement du régime. En

effet, dans certains cas, le bicéphalisme a conduit à une crise institutionnelle. Tel a été le cas au Niger.

L'encadrement de la fonction présidentielle doit, par conséquent, faire appel à d'autres initiatives. Dans cette perspective, le mandat du président doit être limité tant en ce qui concerne la durée que le nombre. Le mandat ne doit pas ainsi dépasser cinq ans et n'être renouvelable qu'une seule fois. Toute réforme du mandat à défaut d'être rendue impossible doit être soumise au peuple. Le risque d'une patrimonialisation du pouvoir incline d'ailleurs à rendre impossible toute réforme du mandat.

Les prérogatives du président doivent être réduites. Il doit en être ainsi notamment en ce qui concerne son pouvoir de nomination. Dans cette perspective, il ne doit plus détenir un pouvoir de nomination exclusif en ce qui concerne les organes qui jouent un rôle de contre-pouvoirs. Ainsi, les autorités administratives indépendantes ne doivent plus être plus être exclusivement désignées par le président de la République. Mieux : l'exécutif de ces autorités doit être choisi par les membres de ces entités. Dans les cas où l'autorité administrative indépendante est incarnée par une seule personne comme c'est le cas du médiateur de la République, le choix du président doit être conditionnée en ce qui concerne l'appartenance socioprofessionnelle de la personne choisie et le choix doit être entériné par le Parlement.

Le pouvoir de révision de la constitution doit être strictement encadré de manière à ce que l'adoption des révisions constitutionnelles par le Parlement devienne l'exception et non la règle. A tout le moins, il faut que le recours à la procédure parlementaire soit réservée à des révisions constitutionnelles d'ordre technique, les révisions portant sur des dispositions constitutionnelles de fond notamment le mandat du président de la République devant être approuvées par le peuple. Il s'agit de contrer les révisions constitutionnelles récurrentes seulement motivées par le souci de se

Instabilité institutionnelle en Afrique

pérenniser au pouvoir⁵⁴. Au fond, l'objectif est de favoriser des révisions consensuelles de la constitution, celles qui font l'objet d'une appropriation par le peuple.

L'encadrement de la fonction présidentielle passera également par le renforcement des mécanismes de reddition des comptes du président de la République. L'élection, de même que la mise en jeu de sa responsabilité en cas de haute trahison, ne suffisent plus. Avec une majorité soumise au Parlement, le président devient intouchable pendant la durée de son mandat. La multiplication de scandales financiers dans un contexte de rareté des ressources invite à repenser les mécanismes de reddition des comptes pendant l'exercice de son mandat. Le Bénin représente, de ce point, de vue un exemple à méditer. La constitution béninoise en son article 71 prévoit que le président engage sa responsabilité personnelle non seulement en cas de haute trahison ou d'atteinte à l'honneur ou à la probité, mais aussi pour outrage à l'Assemblée.

L'outrage à l'Assemblée est défini par l'article 76 de la constitution comme le refus par le président de fournir, dans le délai un délai de trente jours, une réponse aux questions posées par l'Assemblée nationale sur l'activité gouvernementale. A l'expiration de ce délai, le président de l'Assemblée nationale saisit la Cour constitutionnelle. Si, dans les plus brefs délais et dans tous les cas avant la fin de la session en cours, le président ne fournit aucune réponse, conformément à la décision de la Cour, il est alors déféré devant la Haute cour de justice pour outrage à l'Assemblée nationale⁵⁵. La sanction encourue dans ce cas peut être la destitution.

⁵⁴ M.-F. DJEDJRO, « La révision des constitutions dans les Etats africains francophones –Esquisse de bilan », *RDP*, n° 1, 1992, p. 111-134, spécialement les p. 125 et s. Voir également Centre pour la gouvernance démocratique-Burkina, *Constitutionnalisme et révisions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest : le cas du Bénin, du Burkina Faso et du Sénégal*, p. 20, les auteurs du rapport font observer que l'analyse de l'objet des réformes constitutionnelles recèle de forts enjeux de pouvoir et que la constitution est devenu un instrument de conservation du pouvoir.

⁵⁵ Article 71 de la constitution.

Dans ce cadre, il peut être envisagé une procédure de destitution du président en cas de manquement grave notamment lorsqu'il est impliqué dans certains scandales. Cette procédure dont l'initiative appartiendrait au peuple devra être prévue et aménagée par la constitution elle-même et être soustraite à toute possibilité de remise en cause. Elle prendrait la forme d'une pétition qui devra recueillir un nombre déterminé de signatures au prorata de la population de l'Etat et des régions administratives du pays.

b - La réhabilitation du Parlement

Elle passera par la limitation des restrictions dans l'exercice des moyens de contrôle de Parlement, la lutte contre le phénomène majoritaire, l'institution d'un statut au profit de l'opposition, une meilleure gouvernance au sein des partis politiques et l'interdiction du cumul des fonctions de chef de l'Etat et de chef de parti. Il n'est pas exact de considérer que le Parlement dans les Etats africains est dominé par l'exécutif et qu'il serait toujours dans l'incapacité d'exercer réellement son rôle de contrôle de l'exécutif. Les cas récents des Parlements du Niger et du Bénin sont là pour rappeler fort heureusement cette réalité. Au Niger, le Parlement s'est opposé à la volonté du président Tandja de réviser la constitution dans l'objectif de proroger son mandat et se maintenir au pouvoir alors qu'au Bénin le Parlement vient de voter la mise en accusation du président Boni Yayi impliqué dans un scandale financier. Il convient cependant de faire observer que, dans les deux cas, le président ne disposait pas d'une majorité au Parlement. Au Niger, le président était minoritaire au Parlement alors qu'au Bénin le président Boni Yayi a pu accéder à la magistrature suprême en sa qualité de membre de la société civile. Cette situation est impensable dans un pays comme le Sénégal où le président de la République dispose d'une majorité parlementaire totalement soumise.

La réhabilitation passera d'abord par la remise en cause de la subordination du Parlement au président de la République. Dans ce cadre, le cumul des fonctions de chef de l'Etat et de chef de parti doit être expressément interdit par la constitution. Les pistes tendant à

Instabilité institutionnelle en Afrique

imposer une bonne gouvernance des partis politiques doivent être explorées. De ce point de vue, il s'agira de renforcer le contrôle des partis politiques en exigeant en particulier le fonctionnement régulier et le renouvellement des instances de gouvernance des partis politiques. En d'autres termes, il s'agit de veiller au fonctionnement démocratique des partis politiques pour faire émerger des leaders politiques ayant une forte légitimité et capables de s'opposer aux dérives totalitaires du chef de parti. Si le choix des candidats des partis aux élections législatives reposait sur une telle légitimité et non sur la volonté de ce dernier, les députés ne se considéreraient pas comme ses députés. Combattre la subordination du Parlement vis-à-vis de l'exécutif passera également par le renforcement des prérogatives de l'opposition. Conférer un statut à l'opposition participerait de cet objectif à condition toutefois de donner de la consistance à un tel statut. L'expérience britannique de *shadow cabinet* pourrait inspirer toute réforme dans ce sens.

Le statut de l'opposition devra conférer au chef de l'opposition parlementaire un certain nombre de prérogatives sur le plan protocolaire notamment en cas d'accueil de personnalités étrangères et lors de cérémonies officielles. La présence effective de l'opposition dans les structures parlementaires, son rôle déterminant dans la procédure législative et le contrôle parlementaire doivent être organisés de manière efficace. L'accès aux médias d'Etat notamment par la couverture de ses activités statutaires et de propagande doit être garanti. Ces facilités doivent bénéficier à l'opposition non parlementaire⁵⁶. L'intérêt de ce statut de l'opposition est double. Il permet d'augmenter la qualité du travail parlementaire tout en participant à l'apaisement des rapports entre l'exécutif et le législatif d'une part, entre le pouvoir et l'opposition, d'autre part. Un tel contexte est naturellement favorable à une stabilité des institutions.

⁵⁶ E. MBODJ, *Statut de l'opposition et financement des partis politiques, rapport du Médiateur au président de la République du Sénégal*, 1999, 244 p ; voir également E. MBODJ, « Les garanties et éventuels statuts de l'opposition en Afrique », actes de la quatrième réunion préparatoire au symposium international de Bamako, inédit.

De ce point de vue, l'on doit se réjouir du fait que beaucoup de pays africains⁵⁷ aient conféré un statut à l'opposition soit dans la constitution⁵⁸ elle-même, soit par une loi particulière⁵⁹ notamment celle relative aux partis politiques⁶⁰. L'intérêt de ce statut de l'opposition est clairement affirmé par loi n° 95-073 du 15 décembre 1995 qui, en son article 1^{er}, dispose que « la présente loi a pour objet de conférer un statut juridique à l'opposition dans un cadre démocratique et pluraliste aux fins de contenir le débat politique dans les limites de la légalité et d'assurer l'alternance politique au pouvoir ».

La subordination du législatif à l'égard de l'exécutif pourrait être également combattue en renforçant le contrôle citoyen sur le travail parlementaire. La diffusion des débats parlementaires en particulier permettra de porter l'information aux citoyens qui se feront une religion sur la manière dont les parlementaires s'acquittent du mandat dont ils sont investis et les sanctionneront si nécessaire. La modification du système électoral pourrait être envisagée pour autoriser les candidatures indépendantes. Les exemples du Niger et du Bénin prouvent que l'absence d'une majorité n'est pas nécessairement synonyme d'instabilité à condition que l'exécutif s'inscrive dans une logique de bonne gouvernance et non dans des manœuvres de conservation du pouvoir.

La solution pourrait également résider cependant dans l'abandon des formes hybrides⁶¹ de régimes politiques. Les régimes politiques

⁵⁷ On peut, entre autres, citer le Sénégal, le Congo, le Niger et le Burkina Faso.

⁵⁸ Article 58 de la constitution sénégalaise de 2001.

⁵⁹ Voir la loi n° 07/008 du 4 décembre 2007 portant statut de l'opposition au Congo ou encore l'ordonnance n° 99-60 du 20 décembre 1999 portant statut de l'opposition au Niger.

⁶⁰ Loi n° 95-073 du 15 décembre 1995 portant statut des partis de l'opposition en République du Mali.

⁶¹ La notion de régimes hybrides n'est pas ici appréhendée au sens que lui donnent certains auteurs qui évoquent la situation de régimes ni vraiment autoritaires ni vraiment démocratiques : voir P. QUANTIN, « La démocratie en Afrique - A la recherche d'un modèle », *Pouvoirs*, 2009/2, n° 129, p. 73.

Instabilité institutionnelle en Afrique

africains sont souvent atypiques associant des mécanismes du régime parlementaire et des mécanismes du régime présidentiel. Cette situation dans certains cas crée des conflits entre l'exécutif et le législatif qui se résolvent souvent au détriment du législatif. Le retour à l'orthodoxie permettra de clarifier les rapports entre l'exécutif et le législatif et de confiner les deux pouvoirs dans leurs missions traditionnelles avec l'arbitrage du peuple et la régulation du pouvoir judiciaire. La réhabilitation du Parlement au-delà de l'objectif de lui faire jouer son rôle de contre pouvoir de l'exécutif doit viser la refondation de sa légitimité. Le bicaméralisme apparaît ainsi comme une source de légitimité complémentaire du Parlement.

Même s'il poursuit, en fonction des expériences spécifiques à chaque pays, des objectifs bien précis, on peut retenir que dans la plupart des pays, des préoccupations conjoncturelles ont nécessité la mise en place du bicamérisme comme mécanisme de gestion institutionnelle des conflits. Parmi les motivations qui ont conduit à la création d'une seconde chambre, la fonction de stabilisation et de conciliation semble primer les fonctions classiques du Parlement.

Le souci de modérer le pouvoir apparaît au second plan des préoccupations et s'apparente à la recherche d'un compromis, qui peut renforcer le consensus social, en protégeant les minorités, et en instituant une sorte de contrepouvoir. Au Botswana, la création d'une assemblée consultative représentant la chefferie, résulte du fait que le système politique est fortement enraciné dans les traditions. Bien avant l'arrivée des colons Britanniques, en 1885, la vie du village était gouvernée par le *kgotia*. Au Lesotho, la configuration du Sénat est conforme à la physionomie de ce petit pays, indépendant seulement depuis le 4 octobre 1966. Il est composé de 33 membres dont 22 chefs traditionnels et 11 sénateurs nommés par le roi, conformément à l'avis du Conseil d'Etat. Cette organisation traditionnelle est non seulement séculaire, mais a survécu sans difficulté au gouvernement militaire.

Du point de vue de leurs attributions, les secondes chambres en Afrique semblent évoluer dans le sens d'un approfondissement de la démocratie. Il s'agit dans certains cas d'asseoir les bases de la démocratie consociative c'est-à-dire une gestion pacifique de sociétés

divisées⁶². Ainsi la chambre des chefs du Botswana est-elle consultée obligatoirement sur les textes portant révision de la constitution, et ceux relatifs au droit coutumier, familial, civil.

c - Le renforcement de l'indépendance de la justice

L'indépendance de la justice est une thématique récurrente y compris dans les pays développés. Mais elle prend une dimension particulière dans les pays africains en raison de l'acuité de la question. Si toutes les constitutions affirment le principe de l'indépendance de la justice, la pratique révèle indiquée une justice instrumentalisée par l'exécutif. On se doit cependant d'indiquer que la justice dans des pays comme le Niger et le Bénin ont, dans une période récente, réaffirmé leur indépendance vis-à-vis de l'exécutif. En effet, la Cour constitutionnelle du Niger s'est opposée au projet de révision de la constitution par le président Tandja non seulement en déclarant ce projet inconstitutionnel mais surtout en annulant le décret de convocation du corps électoral. Au Bénin, la Cour constitutionnelle s'est opposée à la volonté des parlementaires de proroger leur mandat.

Au-delà de la nécessité de réformer la justice pour renforcer non indépendance, la réflexion doit être orientée vers les moyens de renforcer l'intégrité des magistrats. L'indépendance dans la perspective de la stabilité des institutions vise non seulement à consolider la protection des libertés pour favoriser le rôle de contre-pouvoirs de la société civile et de la presse en particulier mais également une justice constitutionnelle capable de réguler le jeu politique dans le sens d'une interprétation hardie et impartiale de la constitution.

Dans la poursuite de cet objectif, le pouvoir exclusif de nomination des magistrats, dévolu au chef de l'Etat doit être remis en cause. En matière de nomination, la méthode de désignation doit

⁶² Voir E. VAN HAUTE, « Les rapports entre droit et politique dans un contexte d'instabilité institutionnelle : effet de contagion ? - le cas de la Belgique fédérale », *Lex electronica*, vol. 11, n° 3, (Hiver/Winter), 2007, p. 7.

Instabilité institutionnelle en Afrique

s'orienter vers la diversification des autorités pouvant intervenir dans le choix des magistrats. Au-delà du président de la république, devront intervenir le Parlement, voire dans certains cas la société civile. L'intervention du Parlement peut emprunter plusieurs voies notamment la désignation surtout directe de certains membres des juridictions suprêmes ou alors l'approbation des choix opérés par le chef de l'Etat. Quant à la société civile, son implication doit se traduire notamment par le choix en son sein de certains membres des juridictions constitutionnelles.

L'indépendance de la justice nécessitera dans certains cas des réformes tendant à soustraire la gestion de la carrière des magistrats à des instances soumises à l'influence de l'exécutif. Il ne s'agit nullement de soumettre la carrière des magistrats à une instance exclusivement composée de magistrats avec le risque d'un gouvernement des juges mais de prévoir une composition plus équilibrée d'une telle instance en intégrant la société civile et le Parlement qui seraient à équidistance entre l'exécutif et le judiciaire.

L'intégrité des magistrats est une problématique essentielle pour lutter contre la corruption dans le système judiciaire. Deux voies peuvent être explorées à cette fin. Il s'agit d'une part, d'imposer la déclaration de patrimoine aux magistrats, d'autre part, de les soumettre à un code de déontologie conforme aux standards internationaux. Sur ce dernier point les principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire pourraient inspirer l'élaboration de tels codes. Les principes de Bangalore mettent l'accent sur six valeurs essentielles.

L'indépendance du magistrat postule non seulement son indépendance vis-à-vis de la société en général et des parties prenantes dans les différends sur lesquels il est appelé à statuer. Affirmer son indépendance signifie également s'abstenir d'entretenir toute relation inappropriée avec le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif et se défendre de toute influence de leur part. L'indépendance du magistrat postule enfin le refus de toute influence

de ses collègues magistrats dans les décisions qu'il sera tenu de prendre.

La deuxième valeur concerne l'impartialité dont le magistrat devra faire preuve tant dans la décision que dans le processus qui a conduit à cette décision. Il s'agit pour le magistrat d'exercer ses fonctions judiciaires sans favoriser, prendre parti ou porter préjudice à quiconque. Ainsi le juge devra se récuser lui-même dans toute procédure dans laquelle il serait incapable de décider de façon impartiale ou dans laquelle un observateur raisonnable peut considérer qu'il est incapable de décider de manière impartiale.

La troisième valeur concerne l'intégrité considérée comme essentielle pour donner convenablement décharge à la fonction judiciaire. Le juge devra ainsi veiller à ce que sa conduite soit irréprochable aux yeux d'un observateur raisonnable de sorte que non seulement la justice soit rendue mais aussi que le public soit convaincu que la justice a été véritablement rendue.

La quatrième valeur prescrite par les principes de Bangalore concerne les convenances que le juge devra observer dans l'exercice de toutes ses activités. La conduite du juge doit être conforme à la dignité de la fonction judiciaire. Pour ce faire, il devra accepter de façon volontaire des restrictions personnelles qu'un citoyen ordinaire pourrait considérer comme pesantes. Ainsi, il ne devra pas permettre à sa famille, à ses relations sociales ou à d'autres d'influencer de façon inappropriée son comportement ou sa décision en tant que juge.

La cinquième valeur a trait à l'égalité de tous devant les tribunaux que le juge doit garantir en toutes circonstances sans considération de la race, de la couleur, de la religion, de la nationalité d'origine ou du genre des parties.

La sixième et dernière valeur est relative à la compétence et à la diligence dont le juge devra faire preuve en toutes circonstances. Il s'agit là d'un préalable pour un exercice correct de la charge judiciaire. Pour ce faire, le juge devra consacrer entièrement ses activités professionnelles à l'exercice de ses fonctions et responsabilités de magistrat. Il devra également prendre toutes les dispositions nécessaires pour entretenir et améliorer ses

Instabilité institutionnelle en Afrique

connaissances, aptitudes et qualités personnelles pour une bonne exécution de ses fonctions.

d - L'approfondissement de la décentralisation

Le concept de décentralisation est différemment appréhendé suivant qu'on se situe dans l'espace francophone ou anglo-saxon⁶³. Dans l'espace francophone, la décentralisation est définie comme le processus par lequel l'Etat reconnaît l'existence des collectivités territoriales dotées de la personnalité juridique des compétences spécifiques et gérées par des instances autonomes. La décentralisation est ici appréhendée comme une modalité de réorganisation de l'Etat.

Pour les anglo-saxons, il s'agit d'un processus de transfert de ressources et de pouvoir de l'Etat vers à des organismes locaux ou privés. Les bénéficiaires ici recouvrent une variété d'acteurs tels que les ONG, les coopératives, les associations, voire les entreprises privées. Il apparaît ainsi que la différence entre les deux acceptions réside dans le fait que, dans la conception anglo-saxonne, le processus concerne des acteurs non étatiques alors que dans l'acception francophone, il ne concerne que des acteurs publics.

Analysant les mérites des deux conceptions, certains considèrent que la conception anglo-saxonne, est plus à même de faire émerger des modes de gouvernance plus démocratiques. D'autres auteurs appellent à nuancer une telle affirmation en raison souvent du décalage entre la théorie et de la pratique. En Afrique francophone notamment, c'est le modèle français qui est appliqué en raison du legs colonial. Faut-il rappeler que les premières communes sénégalaises ont été créées par l'ex puissance colonisatrice ?

En Afrique francophone, on peut distinguer entre deux processus de décentralisation : un processus qui reflète un itinéraire de rupture et un processus qui reflète un itinéraire de continuité. Le premier processus est caractéristique des pays qui ont organisé des conférences nationales avec une reconfiguration institutionnelle de

⁶³ Voir Y. POULIN, « Les décentralisations administratives en Afrique : qu'avons-nous appris ? », *Télescope*, vol. 11, n° 3, juin 2004, p. 2-6.

l'Etat⁶⁴ alors que le deuxième processus concerne des pays comme le Sénégal, le Cameroun et la Cote d'Ivoire dans une moindre mesure.

Toutes les formes de décentralisation peuvent jouer un rôle important dans l'augmentation de la participation des citoyens dans la gestion des affaires politiques, économiques et sociales dans les pays africains. La tradition du centralisme étatique impliquait une planification centrale et un contrôle des activités économiques et sociales et avait pour conséquence d'exclure les citoyens du processus de prise de décision.

La crise de légitimité de l'Etat se manifeste par un rejet d'une certaine forme d'Etat et implique la recherche d'une autre forme d'Etat. Il s'agit alors de jeter les bases d'une légitimité durable. Pour ce faire, il faut scruter l'Etat à partir de l'échelle locale où ce processus est facilement gérable. Dans l'optique de la stabilisation des institutions étatiques, la décentralisation en favorisant le développement local et la démocratie apparaît ainsi comme un levier important.

La décentralisation peut, en effet, constituer un facteur permettant de renégocier l'adhésion de tous aux institutions étatiques et de faire émerger une citoyenneté basée sur la négociation d'un nouveau contrat social. Parce que liée aux conquêtes des libertés, la décentralisation promet l'existence, au sein de l'Etat, de collectivités humaines unies par des liens de solidarité et d'intérêts qui légitiment leurs revendications pour la reconnaissance d'une identité spécifique au sein de l'ensemble national.

La décentralisation, c'est donc un Etat plus proche, plus sensible aux demandes des populations. C'est tout le sens qu'il faut donner au principe de subsidiarité, qui postule une articulation harmonieuse entre le niveau local et le niveau nationale. Outre le principe de libre administration qui consacre solennellement la liberté et la responsabilité comme régime de plein droit d'administration et de gestion des collectivités territoriales, qu'on retrouve au demeurant

⁶⁴ Parmi ces pays, on peut citer le Bénin, le Mali, le Togo et le Tchad où la décentralisation de façade a été dénoncée.

Instabilité institutionnelle en Afrique

dans les législations de la plupart des pays africains héritiers du modèle français d'administration du territoire, certaines expériences s'inscrivent dans une perspective d'ouverture du cadre institutionnel.

C'est le cas du système administratif nigérien dont la spécificité réside dans l'intégration de la chefferie traditionnelle dans le dispositif institutionnel local en en faisant des « membres de droit des différents organes délibérants des collectivités avec voix consultative ». Comme on le voit, la décentralisation offre aux populations africaines longtemps écartées des centres de décision, une nouvelle modalité d'exercice de la démocratie, par la participation directe à la vie publique nationale.

C'est tout le sens qu'il convient d'accorder aux réformes administratives entreprises au début des années 1990 par certains Etats africains et dont la finalité était de répondre à « la demande sociale » de participation locale. La décentralisation comme axe majeure de ces réformes est entendue comme une voie de sortie de la double crise économique et sociopolitique dans la laquelle se trouvent les Etats. C'est cette conception politique de la décentralisation qui a été adoptée en Afrique et utilisée, par exemple, pour résoudre certaines revendications sécessionnistes.

La décentralisation peut permettre une plus grande représentation politique des divers groupes politiques, ethniques, claniques, religieux et culturels dans les processus de décisions et d'exécution des politiques de développement⁶⁵. Elle favorise ainsi l'unité nationale tout en contribuant à faire émerger une véritable citoyenneté susceptible fonder un meilleur contrôle des politiques publiques. Au Mozambique et en Ouganda, la décentralisation a permis une participation à l'administration du pays, de toutes les factions en conflit. La politique de décentralisation dans des pays

⁶⁵ Voir L. SINDJOUN, « La démocratie est-elle soluble dans le pluralisme culturel ? Eléments pour une discussion politiste de la démocratie dans les sociétés plurielles », rapport introductif au colloque international Francophonie-Commonwealth sur la Démocratie et les sociétés plurielles, Yaoundé, 24-26 janvier 2000.

comme le Sénégal, le Mali ou le Niger n'est pas étrangère à la volonté de neutraliser les velléités irrédentistes et préserver l'unité nationale.

Aussi bien au Niger qu'au Mali où le développement des rebellions armées s'appuie sur une revendication en faveur de la décentralisation, le redéploiement de l'appareil politique en vue d'assurer la participation locale dans la gestion des territoires est perçu comme un moyen de sauvegarder de la paix et de la stabilité. Dans ces deux pays, en particulier, l'échec de l'option militaire a conduit à des négociations qui ont abouti à la reconnaissance de la nécessité d'une réforme de l'administration territoriale de l'Etat en faveur d'une large décentralisation.

C'est donc sous le mode de la paix civile au Mali au Niger, que la décentralisation a amené les rébellions armées du Nord à renoncer à certaines de leurs revendications. Il en est de même au Cameroun, où la cristallisation du credo unitaire marquée par le passage de la formule fédérale de 1962 à l'Etat unitaire en 1972, est tempérée par l'instauration de la décentralisation de 1996. De même la nouvelle constitution de la République démocratique du Congo érige les chefferies traditionnelles en collectivités décentralisées⁶⁶. La décentralisation envisagée par cette nouvelle constitution apparaît ainsi comme la réponse institutionnelle à la crise de l'unité congolaise⁶⁷. Le processus de décentralisation dans ces différents pays s'inscrit dans une logique de démocratie consociative.

La décentralisation joue également sur les facteurs économiques d'instabilité de l'Etat en Afrique pour au moins deux raisons. D'abord, les décisions de dépenses publiques reflètent davantage les demandes de services des populations. Les citoyens ont ainsi la possibilité de gérer au quotidien leur développement. Ensuite, les citoyens consentent à payer pour des services en adéquation avec leurs priorités surtout lorsqu'ils sont associés à la prise et à l'exécution des décisions.

⁶⁶ Article 3 de la constitution de 2006 instituant la III^e République.

⁶⁷ Voir S. MELMOTH, « République démocratique du Congo : décentralisation et sortie de crise », *Afrique contemporaine*, 2007/1, n° 221, p. 78.

Instabilité institutionnelle en Afrique

C'est sans doute conscient de cette réalité que la constitution de la RDC de 2006 reconnaît aux provinces la qualité d'acteurs économiques en leur confiant l'élaboration et la mise en œuvre des programmes agricoles et forestiers mais surtout miniers, minéralogiques, industriels et énergiques d'intérêt provincial⁶⁸. En Afrique, le processus de décentralisation a été entamé dans certains pays comme le Sénégal depuis l'époque coloniale. Dans d'autres pays, la décentralisation apparaît comme le corollaire du mouvement de démocratisation des années quatre 1990. Il reste que, même au Sénégal où le processus est plus ancien, la politique de décentralisation connaît encore des difficultés. Les carences en termes de compétences techniques ne permettent pas l'exercice des compétences transférées. La principale difficulté tient cependant au manque de ressources financières. L'Etat a parfois transféré des compétences sans pour autant transférer les moyens financiers. L'indigence des collectivités locales fait qu'elles sont souvent incapables de mobiliser la contrepartie exigée par les bailleurs pour bénéficier de certains financements.

Pour faire jouer pleinement son rôle à la décentralisation, les Etats africains devront s'engager à achever le processus dans les pays comme au Niger où le processus est encore inachevé, renforcer surtout les capacités administratives et financières des collectivités locales et veiller à corriger les incohérences qui minent la politique de décentralisation. S'agissant de la capacité administrative, il faudra mettre en œuvre des politiques hardies de formation des personnels des collectivités locales. Quant aux moyens financiers, au-delà de la nécessité du transfert effectif des ressources de l'Etat vers les collectivités locales, il faudra trouver à ces dernières des ressources propres notamment par le biais d'une fiscalité adaptée.

S'agissant des incohérences, il a été surtout relevé que l'Etat dans le cadre de la mise en œuvre de politiques sectorielles tentait souvent de reprendre des compétences transférées aux collectivités locales. Les Etats africains, de ce point de vue, se doivent de corriger de telles

⁶⁸ Article 204 de la constitution.

incohérences en liaison avec les bailleurs de fonds qui financent les politiques de décentralisation et les politiques sectorielles.

2 - Le renforcement des contrepouvoirs

Le rôle de la société civile a été décisif dans l'émergence du pluralisme démocratique en Afrique. Au Mali par exemple c'est véritablement l'Union nationale des travailleurs du Mali qui a ouvert la voie de l'opposition au régime militaire lors de son Conseil central extraordinaire des 28 et 29 mai 1990. Dans la déclaration faite à cette occasion, elle proclamait que le parti unique constitutionnel et institutionnel ne répondait plus aux aspirations démocratiques du peuple malien et qu'elle rejetait par conséquent le dirigisme politique qui entravait le développement de la démocratie au Mali. C'est à la suite de cette déclaration dans laquelle elle disait opter pour le multipartisme et le pluralisme démocratique que commence à se structurer un vaste mouvement d'opposition au régime militaire avec la création notamment d'associations démocratiques notamment chez les jeunes. Les marches pacifiques contre la dictature déboucheront sur les émeutes et le renversement du régime de Moussa Traoré par un groupe de militaires dirigé par l'actuel président malien Amadou Toumani Touré le 26 mars 1991. Cette date marque le début du processus de démocratisation au Mali.

Malgré ce rôle important, la société civile n'est pas toujours bien perçue par les hommes au pouvoir en Afrique. Elle est parfois même diabolisée au lieu d'être considérée comme un partenaire. Le président Wade est celui qui exprime le mieux ce jugement en qualifiant les membres de la société civile d'opposants qui n'ont pas le courage de descendre sur le terrain politique. Ils sont ainsi souvent présentés comme des candidats de l'opposition. Cela pose la question de la ligne de démarcation entre le monde politique et la société civile. Mais dans un contexte de dictature structurelle notamment de violations des droits de l'homme, le départ entre la politique et la

Instabilité institutionnelle en Afrique

société civile est difficile à établir⁶⁹. La société civile est également critiquée car, pour certains, elle n'est motivée que par l'accès aux ressources de l'Etat ou des bailleurs de fonds.⁷⁰ Pour d'autres, la société civile est corrompue.

Le rôle de la société civile demeure cependant essentiel dans la bonne gestion des affaires publiques notamment dans l'émergence d'un contrôle citoyen. L'importance de la société civile pour la stabilité institutionnelle peut être illustrée par le Bénin. L'intention prêté à l'ancien président Mathieu Kerekou de modifier la constitution pour supprimer la limitation du mandat présidentiel a donné lieu à une forte mobilisation de la société civile. Ce qui a conduit le président Kerekou à déclarer qu'il ne souhaitait nullement se représenter. Il importe par conséquent que la société civile soit associée au processus constitutionnel non seulement dans la définition initiale des règles constitutionnelles mais aussi dans leur révision. Le Bénin s'est engagé dans cette voie et c'est ainsi que le processus actuel de révision de la constitution⁷¹. Il convient de rappeler que la constitution béninoise qui n'a pas encore fait l'objet d'une révision, est le résultat d'un processus participatif, la conférence nationale instituée à cet effet ayant impliqué à l'époque l'ensemble des forces vives de la nation.

Au Burkina Faso, l'assassinat du journaliste Norbert Zongo a permis une nouvelle structuration de la société civile qui est parvenu à imposer au régime du président Compaoré d'inscrire dans son agenda les problématiques liées à l'impunité, à l'Etat de droit et à la démocratisation⁷².

⁶⁹ Voir A. LOADA, « Réflexions sur la société civile en Afrique : Le Burkina de l'après- ZONGO », *Politique africaine*, n° 76, décembre 1999, p. 142.

⁷⁰ M.-F. LANGE, *op. cit.*, p. 128.

⁷¹ Centre pour la gouvernance démocratique, *Constitutionnalisme et révisions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest : le cas du Bénin, du Burkina Faso et du Sénégal*, rapport de recherche, 2009, p. 25.

⁷² Voir A. LOADA, *op. cit.*, p. 142.

Pour jouer son rôle, la société civile africaine devra s'autonomiser par rapport à l'Etat ce qui n'est pas toujours le cas. Il ne s'agit nullement d'une opposition stérile au pouvoir en place mais de s'affirmer dans la défense des principes fondateurs de la République. Pour ce faire, la société civile doit faire preuve d'expertise pour être crédible face au pouvoir mais également face aux populations pour pouvoir mobiliser ces dernières chaque fois que de besoin.

L'émancipation de la société civile mais également de la presse n'est concevable que dans le contexte de protection des libertés publiques. Bien que les constitutions africaines soient généreuses dans la proclamation des droits de l'homme et des libertés publiques, leur effectivité demeure problématique quoique la situation en Afrique soit assez contrastée. Si les violations massives des droits de l'homme constatées surtout lors d'élections dans des pays comme le Zimbabwe ou le Kenya, demeurent préoccupantes, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin en la matière est particulièrement encourageante. Le rôle de contre pouvoirs des autorités administratives indépendantes ne doit pas être perdu de vue. En raison de leur nombre et leur diversité, il est impossible de les analyser toutes. Il convient de rappeler leur rôle en particulier dans le contrôle de l'Administration, en général et dans la défense des droits des citoyens, en particulier.

3 - Le renforcement de la régulation du jeu politique

Il devra porter tant sur les mécanismes internes ou nationaux de régulation du jeu politique que sur les mécanismes régionaux.

a - Les mécanismes nationaux de régulation du jeu politique

Les tentatives de démocratisation ont été le plus souvent des réponses tactiques ou stratégiques conçues par les acteurs face à des situations de crise et de blocage dans le fonctionnement de l'Etat néo-patrimonial. Il faut donc aller plus loin, en recherchant les conditions d'un vrai changement structurel qui conduirait à l'installation de démocraties durables en Afrique. Toutefois, il apparaît de plus en plus évident qu'aucun projet de réforme de l'Etat africain, ne peut

Instabilité institutionnelle en Afrique

ignorer deux exigences : la responsabilité de ceux qui exercent des charges publiques et la prise en compte des demandes sociales.

Les moyens les plus efficaces pour ne pas dire exclusifs pour satisfaire ces deux exigences et assurer des fonctions de prévention des conflits sont : la consolidation de la démocratie et la promotion de la bonne gouvernance. Dans la mesure où la démocratie repose sur la résolution pacifique des conflits, ainsi que sur la forclusion de la violence, on peut partir de l'hypothèse selon laquelle son ancrage au sein de la société constitue un facteur de raréfaction du recours à la violence. Une seconde piste, corollaire de la première concerne la recherche de conditions dans lesquelles les pouvoirs publics peuvent s'acquitter de leur tâche avec efficacité, dans la transparence, en s'appuyant sur des mécanismes institutionnels adéquats et comptables de leurs décisions. Un courant institutionnaliste considère comme une preuve de la réussite du processus démocratique, l'institutionnalisation du processus électoral et l'acceptation du changement de régime.

Pour ce qui est de l'Afrique, il est admis généralement que certaines transitions des années 1990 se sont consolidées car plusieurs alternances politiques se sont succédé depuis. Il en est ainsi du Bénin, du Mali, du Ghana, du Mozambique, du Nigeria et du Niger etc. D'autres sont bloquées ou retardées ; il s'agit de la Côte d'Ivoire, de la Guinée-Bissau, de la République centrafricaine, du Tchad, de la Guinée et de la région des grands Lacs.

La démocratie constitue un mode particulier de gestion des conflits qui a pour effet de dissuader les acteurs sociaux de recourir à la violence pour les résoudre. Pour autant, cela ne signifie pas que les démocraties ne se font jamais la guerre ou n'utilisent pas la violence à l'intérieur de leurs frontières. Mais, à l'évidence ce n'est pas leur mode de fonctionnement quotidien et normal.

La démocratie est universellement reconnue comme une idée et un but. Elle est basée sur des valeurs communes partagées par les peuples du monde malgré leurs différences culturelles, politiques, sociales et économiques. Trois caractéristiques la conditionnent : la compétition entre différents individus ou groupes politiques en vue

d'occuper le pouvoir à des intervalles réguliers et à travers des procédures pacifiques ; le droit des citoyens de participer aux choix de leurs dirigeants à travers des élections libres, transparentes et justes ; enfin la reconnaissance et la garantie juridique de l'exercice des libertés civiles et politiques et des droits reconnus mondialement comme faisant parties des droits humains.

La démocratie consensuelle se présente comme modèle de gouvernement dont l'organisation et le fonctionnement réalisent l'intégration et la participation des principales forces politiques concurrentes. Elle est caractérisée par l'inclusivité, la négociation et le compromis. Sur le plan pratique, le modèle consensuel renvoie à deux logiques complémentaires. Dans un premier temps, il proscrit et rend inadmissible le recours à la force dans le débat public. En second lieu, il organise le cours à des procédures institutionnalisées de régulation de la compétition politique et de la résolution des conflits. L'expérience des vieilles démocraties dans ce domaine précis est particulièrement convaincante.

Etant donné que la démocratie est en partie fondée sur la compétition entre des intérêts ou symboles, l'élection constitue le principal moyen de régulation de la compétition. On mesure la très haute importance de cette question dans les pays africains. Il est assez symptomatique de constater qu'en Afrique, les conflits les plus violents, ceux qui perdurent le plus, sont ceux liés à la régularité des élections. Il faut donc mettre en œuvre l'autre dimension de la démocratie, c'est-à-dire le consensus, en vue de l'établissement de compromis sur les règles du jeu politique, de manière à construire une « démocratie partagée ».

Le modèle consensuel démocratique, signifie la soumission de tous les acteurs et de leurs intérêts, aux règles de la compétition. Elle postule également un consensus sur la définition des règles et procédures auxquelles doivent se conformer tous les acteurs. A titre d'exemple, on peut citer le code électoral consensuel du Sénégal dans le cadre duquel s'est opérée l'alternance en mars 2000. A cette époque, l'ensemble des acteurs politiques avaient travaillé à l'élaboration des

Instabilité institutionnelle en Afrique

règles du jeu et reconnu leur caractère consensuel, bien avant les élections.

L'exemple qui vient d'être cité prouve à suffisance que le jeu politique, surtout dans le contexte africain marqué par une certaine instabilité politique, a besoin d'être régulé. En effet, les acquis de la démocratie en Afrique sont encore fragiles de sorte que l'ancrage de la démocratie ne se conçoit guère sans de solides mécanismes de régulation du jeu politique. La régulation du jeu politique à l'échelle nationale peut emprunter plusieurs formes. Elle peut être assurée par des mécanismes *ad hoc* ou des mécanismes institutionnels.

Les mécanismes *ad hoc* pourraient prendre la forme de consultations par le président de la République des acteurs de la vie politique sur toutes les questions d'enjeu national. Il s'agit d'instaurer un dialogue politique entre les acteurs de la vie politique et sociale. Les acteurs politiques peuvent également s'accorder sur un ensemble de principes fondamentaux devant inspirer leur conduite.

La régulation peut emprunter une forme institutionnelle. On pense à la justice constitutionnelle. Le rôle de la justice constitutionnelle -faut-il le rappeler ?- est d'assurer la suprématie et le respect des règles constitutionnelles aussi bien par les pouvoirs publics que les citoyens. André Hauriou faisait observer à cet égard que constitutionnaliser le pouvoir, c'est le soumettre à des règles précises, et plus particulièrement mettre au point des mécanismes de représentation politique, établir auprès des gouvernements des censeurs qui seront habilités à dialoguer avec ceux-là⁷³. Garantir la suprématie de la constitution qui détermine les institutions et leurs rapports revient à assurer les conditions d'une coexistence et d'une stabilité de ces institutions.

La Cour constitutionnelle du Bénin dans plusieurs décisions a indiqué la voie à suivre. Elle a ainsi tranché le conflit opposant le président de la République et le Parlement à propos de la création de la commission électorale nationale autonome (CENA). La Cour a ainsi

⁷³ A. HAURIOU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 1970, 4^e éd., p. 73.

décidé que la création d'une telle structure relevait bel et bien des prérogatives du législateur et a saisi cette occasion pour qualifier une telle institution d'autorité administrative indépendante aussi bien du législateur que de l'exécutif⁷⁴. La régulation du jeu politique s'étend d'ailleurs aux rapports entre la majorité et la minorité parlementaire. Toujours à propos de la CENA, la Cour a fait droit à une revendication de la minorité parlementaire qui contestait la répartition des personnalités appelées à siéger à la CENA. La Cour a ainsi estimé que la composition de la CENA devait tenir compte de la configuration politique pour assurer la représentation de toutes les forces politiques représentées à l'Assemblée nationale et pour garantir la transparence, principe à valeur constitutionnelle dans la gestion des élections.⁷⁵

La Cour constitutionnelle béninoise s'est également illustrée en s'opposant à la volonté des députés béninois de proroger leur mandat. La Cour dans sa décision en date du 8 juillet 2006 a considéré que le mandat de quatre ans des députés a été établi par consensus par la Conférence nationale et par conséquent la prorogation du mandat des députés constituait une violation de ce consensus auquel il reconnaît une valeur constitutionnelle. Cette solution audacieuse de la Cour constitutionnelle béninoise atteste simplement de la prise de conscience de son rôle de régulateur du jeu politique.

Cette attitude courageuse a été également adoptée par la Haute cour constitutionnelle de Madagascar qui n'a pas hésité à confirmer la destitution du président de la République prononcée par l'Assemblée nationale⁷⁶. A défaut de suivre leur homologue béninois, les autres juges africains notamment le juge constitutionnel sénégalais devrait voir ses prérogatives renforcées, particulièrement dans le cadre d'une réforme constitutionnelle pour éviter la multiplication de ce que certains ont qualifié de contentieux sans juge.

L'indépendance des juridictions constitutionnelles doit être renforcée notamment par le choix de leurs membres. Le président de

⁷⁴ Voir DCC34-94 du 23 décembre 1994.

⁷⁵ Voir DCC00-078 du 7 décembre 2000.

⁷⁶ Voir la décision n°17-HCC/D3 de 1996.

Instabilité institutionnelle en Afrique

la République ne doit pas détenir le monopole dans la nomination de ces membres. Cette prérogative doit être partagée avec d'autres autorités politiques voire d'autres instances comme l'Université ou certaines associations représentatives de la société civile. Certains pays africains se sont engagés dans cette voie en associant le président de l'Assemblée nationale (Gabon), l'Université et le barreau (Niger).

La régulation du jeu politique ne saurait être l'apanage exclusif des Cours constitutionnelles. Malgré l'échec de certaines structures administratives indépendantes de gestion des élections, l'heure est à leur consolidation et non à leur remise en cause. Il s'agira de corriger les faiblesses en termes de prérogatives, de moyens financiers et humains tout en renforçant leur indépendance. Il convient de rappeler que des alternances politiques ont été réalisées grâce au rôle décisif des commissions électorales. On peut citer les cas du Bénin, du Mali⁷⁷ ou encore du Ghana.

b - Les mécanismes sous régionaux de régulation du jeu politique

En Afrique, la gouvernance n'est pas seulement mauvaise, les modèles de gouvernance qui y sont laborieusement transplantés sont inadéquats. La construction d'une société démocratique, la lutte contre la corruption et pour le partage des richesses nationales ne peuvent se faire en dehors de valeurs, de normes et de référentiels connus, compris et admis par les Africains eux-mêmes.

La gouvernance, la paix et la stabilité sont des questions interdépendantes et indivisibles. La paix et la stabilité sociales sont impossibles sans la bonne gouvernance. Inversement, on ne peut institutionnaliser la bonne gouvernance sans la paix et la stabilité. Ces interdépendances sont devenues, au cours de la décennie écoulée, un thème central du débat sur le développement de l'Afrique.

Ces enjeux de la gouvernance sont bien perçus par les organisations régionales africaines. C'est pour cette raison que, dans leurs efforts de prévention des conflits, ces organisations tiennent

⁷⁷ Voir S. NDIAYE, « Approche comparative des CENI et CENA en Afrique », rapport à la Commission cellulaire sur la CENA – Sénégal, 2005

aujourd'hui compte de la dimension « bonne gouvernance », comme en atteste l'exemple de la CEDEAO avec son protocole 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.

Ce texte est sans doute, le plus ambitieux des textes adoptés par la CEDEAO visant la consolidation de la paix, de la démocratie et de la stabilité dans la région. Alors que le mécanisme s'attaque plus spécifiquement au traitement de conflits et aux autres types de causes, le protocole additionnel prend en compte les causes politiques profondes des conflits, de l'instabilité et de l'insécurité. Le protocole additionnel⁷⁸ de 2001 sur la démocratie et la bonne gouvernance a été adopté le 12 décembre 2001 à Dakar. Il a pour objectif principal le développement de l'Etat de droit, la consolidation de la démocratie et l'adoption de principes communs de bonne gouvernance dans l'espace CEDEAO. Le protocole vient conférer une dimension politique au processus d'intégration qui avait initialement des objectifs économiques. Il traduit en même temps les convergences constitutionnelles fortes des pays de la sous-région et l'articulation nécessaire entre les dimensions économiques et sociopolitiques de toute politique de développement.

Dans cette perspective, le protocole insiste sur l'exigence d'aller au-delà des pétitions de principe, de rendre effectif l'Etat de droit. L'article 34 du protocole appelle à la « mise en place au niveau national et régional des modalités pratiques permettant l'effectivité de l'Etat de droit, des droits de la personne, de la bonne justice et de la bonne gouvernance ». De manière plus concrète, il s'agit d'établir une bonne législation conforme aux droits de l'homme, une justice indépendante, une bonne administration, une bonne et saine gestion de l'appareil d'Etat. Il s'agit d'asseoir les bases d'une bonne gouvernance démocratique et économique dont le déficit a constitué l'un des facteurs d'instabilité institutionnelle en Afrique.

⁷⁸ Il s'agit du protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion et de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité.

Instabilité institutionnelle en Afrique

Les effets stabilisateurs du protocole résultent également de l'affirmation de l'incompatibilité entre la démocratie et la bonne gouvernance avec une gestion militaire du pouvoir politique. Il convient de rappeler pour apprécier à sa juste valeur cette disposition qu'entre 1960 et 2001 seuls le Sénégal et le Cap Vert parmi les membres de la CEDEAO, n'avaient jamais connu de coup d'Etat. Le protocole promeut une démilitarisation de la politique et la subordination du militaire au pouvoir civil.

Le protocole appelle également une réponse à un facteur d'instabilité institutionnelle à savoir les crises électorales. En Afrique - faut-il le rappeler ?- l'accès au pouvoir est synonyme d'accès aux ressources économiques. Les élections revêtent ainsi des enjeux stratégiques tout en constituant des moments gros de risques politiques susceptibles de déboucher sur une déstabilisation des Etats. Le protocole sensible à cette situation dispose que « toute accession au pouvoir doit se faire à travers des élections libres, honnêtes et transparentes ». Dans la poursuite de cet objectif, le protocole proscriit les réformes notamment partisans de la loi électorale. Ainsi « aucune réforme substantielle de la loi électorale ne doit intervenir dans les six mois précédant le scrutin sans le consentement d'une majorité des acteurs politiques »⁷⁹.

C'est le non respect de cette disposition par l'ex président Tandjan du Niger qui, à moins de six de l'expiration de son mandat, s'est octroyé une prolongation de quelques mois et de manière unilatérale qui a abouti à la suspension du Niger des instances de la CEDEAO. Le protocole dans la logique de fiabilisation des processus électoraux impartit une mission particulière à la société civile appelée à participer à la sensibilisation et à la formation des populations. La CEDEAO est impliquée dans les processus électoraux à travers l'observation et la supervision électorale. Le protocole apparaît ainsi comme un levier pour rendre irréversible les processus fragiles de démocratisation en raison de la menace des coups d'Etat et d'autres crises.

⁷⁹ Article 2 section II du protocole.

C'est pour cette raison qu'il importe qu'il soit ratifié par tous les Etats membres de la CEDEAO. Une stratégie d'appropriation du protocole par les différents acteurs nationaux doit être définie. Ses principales dispositions doivent faire l'objet d'une transposition dans le droit interne pour une plus grande visibilité. Les différents Etats membres se doivent également de soutenir toutes les initiatives allant dans le sens de sanctionner tout Etat qui enfreint les dispositions prises par la CEDEAO. La crise nigérienne est assez édifiante de ce point de vue. A la suite du coup d'Etat qui a renversé le président Tandjan, les putschistes ont vite fait de prendre l'attache de l'organisation et de s'engager pour un retour à une vie constitutionnelle normale après une période de transition d'une durée raisonnable.

B - Refonder la gouvernance économique

La consolidation de la démocratie gage d'une stabilité institutionnelle passera également par la réforme de la gouvernance économique. Les réformes entreprises dans le cadre de la gouvernance démocratique auront certainement des conséquences positives sur la gouvernance démocratique comme cela a été démontré dans les développements précédents. Il ne s'agit pas ici de discuter de la pertinence du libéralisme économique dès lors qu'il s'agit aujourd'hui du modèle universel d'organisation économique des Etats. Des analyses économiques, sans méconnaître les effets déstabilisateurs du libéralisme en ce qu'il augmente les inégalités sociales et réduit les capacités de l'Etat, ont considéré que le libéralisme avait un impact positif sur la démocratie. En effet, il élargit la représentation et la participation d'un nombre plus grand de groupes d'intérêt au système politique tout en renforçant le jeu de la compétition⁸⁰.

En Afrique, l'amélioration de la condition économique des citoyens passera par une gestion plus transparente des affaires publiques et plus particulièrement la lutte contre la corruption. Une

⁸⁰ D. ETHIER, *op. cit.*, p. 272.

Instabilité institutionnelle en Afrique

valeur fondatrice de la bonne gouvernance est l'efficacité de la gestion publique, c'est-à-dire l'aptitude à utiliser judicieusement les ressources disponibles pour améliorer les conditions de vie des populations. Une gestion efficace doit ainsi contribuer à la croissance et au recul de la pauvreté qui est souvent source de conflit. Pour y arriver l'Etat africain a besoin d'une administration imprégnée de l'intérêt général, compétente et motivée.

La gestion efficace suppose la transparence qui est une exigence de la démocratie. Elle renvoie au droit de la population de savoir comment les décisions la concernant sont prises, par qui et dans quelles conditions, comment les ressources publiques sont gérées, par qui et pour quoi faire. De ce point de vue, la transparence participe dans une large mesure à la lutte contre la corruption qui figure parmi les causes des conflits en Afrique et qui entrave le développement des nations africaines. La gestion transparente doit se traduire par le renforcement de l'accès à l'information et par le renforcement des mécanismes de reddition des comptes.

S'agissant de l'accès à l'information administrative, elle suppose une concrétisation du droit à l'information. Il est fort regrettable qu'à l'heure actuelle, seuls le Maroc et le Mali aient fait des pas décisifs dans ce sens. Au Sénégal, la société civile a élaboré un avant-projet de loi sur le droit à l'information et travaille à le faire endosser par le gouvernement. Le contrôle sur la gestion des affaires publiques revêt plusieurs formes. D'une manière générale, on distingue entre le contrôle administratif, le contrôle politique et le contrôle juridictionnel.

Le contrôle administratif est souvent exercé par des organes internes à l'administration. Il existe aussi des autorités administratives indépendantes qui exercent un contrôle sur la gestion des affaires publiques. Dans le domaine sensible des marchés publics, on peut signaler l'existence de l'Autorité de régulation des marchés publics au Sénégal dont le travail est fort apprécié.

Quant au contrôle politique, il est exercé par le Parlement par le biais de divers mécanismes. Entre autres, on peut citer les commissions d'enquêtes, les questions orales ou écrites. Ce contrôle

peut déboucher sur des sanctions telles que la motion de censure ou le refus de la confiance. Le contrôle juridictionnel, enfin, est en particulier exercé par des Cours des comptes. La répression de la corruption fait intervenir les juridictions répressives classiques.

Malgré l'existence de toutes ces structures, la mauvaise gestion des affaires publiques est une donnée constante de la majorité des pays africains. La corruption s'est banalisée aggravant du coup les difficultés économiques, les ressources devant financer le développement étant détournées par une minorité. Les inégalités sociales ont été analysées comme étant des facteurs de déstabilisation des Etats or la corruption renforce ces inégalités dès lors que les services publics sont proposés aux plus offrants⁸¹. En soi la corruption fragilise les institutions car elle prive ces dernières de toute crédibilité auprès des citoyens qui s'en détournent⁸². La lutte contre la corruption apparaît ainsi comme un élément essentiel dans toute politique de développement.

Les obstacles⁸³ sont nombreux et tiennent à des facteurs sociologiques et juridico-institutionnels. Sur le plan sociologique, la difficulté réside dans le fait que la corruption est tellement ancrée dans la société que certains n'hésitent pas à y voir un élément de l'équilibre sociopolitique. D'autres considèrent qu'elle trouve sa pleine expression dans la sémiologie populaire des pays africains. Sur le plan institutionnel et juridique les principales lacunes tiennent à la non application des lois contre la corruption, à l'absence d'indépendance et au pouvoir d'investigation limité des organes de lutte contre la corruption. Des réformes s'imposent pour consolider les cadres nationaux de lutte contre la corruption. Ces réformes

⁸¹ J. CARTIER-BRESSON, « Corruption, démocratisation et libéralisation », *Revue Tiers-Monde*, 2000, t. 41, n° 161, p. 11.

⁸² E. LAVALLEE, « Corruption et confiance dans les institutions politiques : test des théories fonctionnalistes dans les démocraties africaines », *Afrique contemporaine*, 2006/4, n° 220, p. 163-190.

⁸³ I. HORS, « Les difficultés de lutte contre la corruption : l'expérience de quatre pays en développement », *Revue Tiers-Monde*, 2000, t. 41, n° 161.

Instabilité institutionnelle en Afrique

doivent être accompagnées de campagnes de sensibilisation des populations sur les méfaits de la corruption.

La gouvernance économique pour vaincre les inégalités devra s'enrichir des nouvelles perspectives ouvertes notamment par le concept de démarginalisation des pauvres par le droit⁸⁴. Cette approche s'inscrit dans la stratégie de lutte contre la pauvreté par la promotion des droits de l'homme en général, les droits économiques et sociaux en particulier. La démarginalisation des pauvres par le droit est le processus par lequel les pauvres acquièrent une protection et une capacité de faire usage de la loi pour faire valoir leurs droits et leurs intérêts vis-à-vis de l'Etat et sur le marché. La démarginalisation des pauvres par le droit repose sur quatre piliers à savoir l'Etat de droit et l'accès à la justice, le droit de propriété, le droit à l'emploi et le droit d'entreprendre.

L'Etat de droit et l'accès à la justice représentent le cadre habilitant pour les pauvres sans lequel la réalisation de ces différents droits est impossible. Ce concept de démarginalisation des pauvres par le droit s'articule parfaitement avec les politiques économiques dans les pays en développement qui mettent l'accent sur la lutte contre la pauvreté. La généreuse proclamation des droits de l'homme et des libertés publiques dans les constitutions africaines offre une opportunité de valorisation de ce concept. Il revient aux juridictions constitutionnelles de donner un contenu à ce concept. La Cour constitutionnelle du Bénin a, de ce point de vue, indiqué la voie à travers une jurisprudence où elle tente de donner un contenu aux droits économiques et sociaux⁸⁵.

La promotion de l'intégration économique sous-régionale voire régionale doit constituer un axe structurant pour asseoir les bases d'une stabilité institutionnelle. Une telle politique permettra non

⁸⁴ Voir Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit, *Pour une application équitable et universelle de la loi*, rapport, 2008, 108 p.

⁸⁵ E. HOUANKA, « Le juge constitutionnel béninois et la protection des droits fondamentaux de la personne », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n° 15, 2005, p. 99-129.

seulement de faire face à la mondialisation mais également de vaincre les irrédentismes transnationaux.

*

* *

L'instabilité institutionnelle n'est pas liée à une quelconque recherche d'institutions adaptées à l'Afrique. Elle tient pour l'essentiel à des contingences politiques même si elle est également liée au contexte sociopolitique propre à l'Afrique. La recherche d'une stabilité institutionnelle suppose l'élargissement des cadres de participation et de représentation de toutes les composantes des Etats en Afrique. Une telle démarche favoriserait une appropriation et la défense, chaque fois que de besoin, des institutions par les populations elles-mêmes.

Une telle démarche proscriit cette tendance de certains dirigeants africains à vouloir fonder leur légitimité sur le plan international et non au plan national⁸⁶. En effet, certains politiques une fois au pouvoir privilégient la reconnaissance internationale notamment celle des institutions de Bretton Woods au détriment d'une adhésion des forces vives de la Nation.

⁸⁶ S.-L. WOODWARD, « Construire l'Etat : légitimité internationale contre légitimité nationale », *Critique internationale*, n° 28, juillet-septembre 2005, p. 139-152.

**LA PROTECTION DES RESSOURCES EN EAU EN PERIODE
DE CONFLIT ARME : ENTRE DROITS HUMAINS
ET DROIT DE L'ENVIRONNEMENT**

**par Saïdou Nourou Tall*,
agrégé des Facultés de droit
FSJP - UCAD**

La charte européenne de l'eau considérait que « l'eau n'a pas de frontière »¹ et le préambule de la déclaration de Rio insistait sur le fait que « la Terre, foyer de l'humanité, constitue un tout marqué par l'interdépendance »². Ces textes démontrent l'importance considérable de l'eau. Indispensable à l'homme, à toute vie végétale ou animale, l'eau est l'objet de différentes utilisations et source de nombreux conflits. Depuis des décennies, l'eau est au centre de

* Saïdou Nourou Tall, agrégé de droit public et de sciences politiques (CAMES, 2005), occupe depuis 2007 les fonctions de vice-doyen de la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (Sénégal). Spécialiste de droit constitutionnel, de droit international public, de droit humanitaire et de droit communautaire africain, il enseigne également à l'Institut diplomatique et des relations internationales de Ouagadougou (2006-2008), à l'Institut des sciences politiques, des relations internationales et de la communication de Bamako (depuis 2009) et à l'Université catholique de l'Afrique de l'Ouest à Abidjan (depuis 2007). Il a publié de nombreux articles et communications dont « Le statut des députés au Sénégal », « Les ordonnances en Afrique noire francophone », « L'arbitrage des différends avec les investisseurs privés étrangers : les Etats d'Afrique subsaharienne devant le Tribunal du CIRDI », etc.

¹ Onzième principe de la charte européenne de l'eau proclamée par le Conseil de l'Europe le 6 mai 1968.

² Exposé des motifs de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement.

convoitises et suscite des problèmes d'assainissement, de partage et de distribution, d'hygiène et d'accès à la ressource pour des populations entières. Selon une certaine opinion, il est reconnu qu'« Aujourd'hui par exemple, deux milliards et demi d'individus ne disposent d'aucun système viable d'assainissement ; plus d'un milliard n'a pas accès à l'eau potable ; enfin, chaque jour, entre 15 et 30 000 individus décèdent à cause de maladies liées à une mauvaise qualité de l'eau ou à sa pénurie. Le problème se complique dès lors que cette eau, lorsqu'elle est disponible, est commune à plusieurs Etats. En effet, on estime qu'il existe plus de 250 bassins fluviaux partagés entre deux ou plusieurs Etats, ces bassins couvrant 45,3 % des surfaces émergées, sans compter l'Antarctique. L'eau devient alors l'objet de convoitises et de débats quant aux règles de son partage et de sa distribution »³.

C'est dans l'optique de pallier ce stress hydrique que la convention des Nations unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation adoptée à New York, le 21 mai 1997, demande aux Etats qu'une attention spéciale soit « accordée à la satisfaction des besoins humains essentiels » (art. 10), étant entendu qu'il s'agit de la « fourniture d'eau en quantité suffisante pour la vie humaine, qu'il s'agisse de l'eau potable ou de l'eau à réserver aux productions vivrières destinées à empêcher la famine »⁴.

En effet, on constate que l'eau est menacée soit du fait des dégradations entraînées par les pollutions de cette précieuse substance, soit à cause de l'exploitation industrielle extensive, soit du fait de la salinisation. Un autre fait avéré est que cette surexploitation est à l'origine de nombreux gaspillages dans les activités industrielles,

³ Anna PEYDENOT, « Le droit international de l'eau ; état des lieux » in *Les notes d'analyse du CIHEAM*, n° 29, février 2008, 34 p.

⁴ Voir le texte de la convention in Laurence BOISSON de CHAZOURNES, Richard DESGAGNE, Makane MBENGUE et Cesare ROMANO, *Protection internationale de l'environnement*, Paris, Pedone, 2005, p. 297-312 ; Lucius CAFLISCH, « La Convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation », *A.F.D.I.*, 1997.

Les ressources en eau en période de conflit armé

agricoles ou domestiques. Si, à l'échelle planétaire, l'eau est abondante et présente dans les océans, les calottes polaires, les lacs, les rivières, les nuages, les fleuves, les précipitations et les eaux souterraines, elle demeure inégalement répartie⁵. Dès lors, son statut ne cesse d'attirer l'attention des juristes.

Par ressources en eau, on entend l'ensemble des eaux d'un bassin fluvial⁶, et par extension, les eaux de surface⁷ et les eaux souterraines⁸.

⁵ Selon l'opinion la plus avérée, on estime à 1,4 milliard de kilomètres cubes, les stocks d'eau de la planète, répartis en océans et mers (97 %), glaces (2 %) et un pour cent (1 %) en eau douce sous forme liquide. Neuf pays totalisent 45 % du débit annuel mondial dont l'Islande, la Norvège et la Nouvelle-Zélande. Quant aux pays qui connaissent le plus de problèmes d'eau, on peut citer le Niger, l'Irak, l'Ouzbékistan, le Pakistan, l'Égypte, le Turkménistan et la Syrie. Voir Salif DIOP et Philippe REKACEWICZ, *Atlas mondial de l'eau : une planète menacée*, Paris, Edition Autrement, 2003 ; Aaron WOLF, *Atlas of the International Freshwater Agreement*, Nairobi, PNUE, 2002.

⁶ Selon la directive-cadre 2000/60/CE sur l'eau du Conseil de l'Union européenne du 23 octobre 2000, en son article 2.13, un bassin hydrographique regroupe toutes les eaux de ruissellement convergeant dans un réseau de rivières, lacs et fleuves vers la mer par une seule embouchure, par un seul delta ou estuaire. Il englobe plusieurs bassins versants, c'est-à-dire des aires géographiques délimitées par des lignes de partage des eaux alimentant un cours d'eau composé d'affluents. On compte plus de 250 bassins fluviaux dans le monde.

⁷ Les eaux de surface sont des eaux stagnantes, qui s'écoulent à la surface de l'écorce terrestre mais aussi les eaux douces superficielles ; voir également la directive n° 75/440/CEE du 16 juin 1972 concernant la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production (JOCE du 25 juillet 1975) et la directive 79/869/CEE du 9 octobre 1979 relative aux méthodes de mesures et à la fréquence des échantillons de production de l'eau alimentaire dans les États membres (JOCE L.271 du 29 octobre 1979). Frédéric LASSERRE et Alexandre BRUN, « La gestion par bassin versant : un outil de résolution des conflits ? », *Lex Electronica*, vol. 12, n° 2, automne 2007, 19 p. et le site www.dictionnaire-environnement.com/eau.

⁸ Il s'agit de toutes les eaux sous la surface du sol. On distingue trois formes : l'eau de constitution (contenue dans la structure cristalline des minéraux), l'eau de rétention (pelliculaire, capillaire ou d'absorption par les argiles) et l'eau libre (disponible dans les nappes phréatiques et les aquifères et qui peut être exploitée par des puits ou des forages). Cf. Ariane BLUM et Laurence

Autrement dit, ces ressources hydriques englobent toutes les eaux disponibles, accessibles au bénéfice de l'homme et de l'écosystème en entier, y compris les nappes phréatiques, les zones humides et cours d'eau.

L'expression « ressources » peut prêter à discussion. Une opinion voudrait qu'on récuse l'usage de ce concept, puisque l'eau, source de vie, est difficilement convertible en monnaie au sens de ressource économique (bien, marchandise). Cette opinion s'adosse sur l'argument selon lequel l'eau est un bien social, ressource vitale comme l'air et à la différence des autres ressources naturelles, indispensable à toute personne physique mais aussi aux structures sanitaires, industrielles, scolaires, religieuses, tant en milieu urbain qu'en milieu rural. Elle est considérée comme un bien commun, voire un patrimoine commun⁹.

Un point de vue contraire permet d'atténuer cette assertion : les services liés à l'eau, à sa distribution peuvent s'apprécier en termes de coûts et de rentabilité. On en veut pour preuve, les utilisations économique et industrielle, notamment en matière de dessalement de l'eau de mer ou pour le remorquage et l'usage des icebergs comme substitut ou complément à l'eau douce. Cette argumentation est soutenue par le fait que, même si originellement, l'eau est obtenue

CHERY, « L'eau souterraine est-elle toujours potable à l'état naturel ? » in *Géosciences*, n° 5, mars 2007, p. 58-67 ; Stephano BURCHI et Kerstin MECHLEM, *Les eaux souterraines et le droit international, Compilation de traités et autres normes juridiques*, Rome, Etudes législatives de la FAO, n° 86, 2007.

⁹ Programme Action 21, § 18.8 souligne que « Dans la mise en valeur et l'utilisation des ressources en eau, il faut donner la priorité à la satisfaction des besoins fondamentaux et à la protection des écosystèmes. Toutefois, au-delà de ces exigences, les utilisateurs devraient payer un juste prix. » Cf. également, Alexandre Charles KISS, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *Académie de droit international de la Haye, R.C.A.D.I.*, t. 175, 1982 ; Sylvie PAQUEROT, *Eau douce : la nécessaire refondation du droit international*, Presses universitaires du Québec, 2005, 246 p.

Les ressources en eau en période de conflit armé

gratuitement, sa mise à disposition aux usagers implique des coûts liés à son traitement, son transport et son assainissement¹⁰.

A mesure que la population mondiale augmente, la quantité d'eau par individu diminue. Cette rareté¹¹ de l'eau touche vingt-six pays dont onze en Afrique, avec une situation préoccupante au Moyen Orient. La conjonction entre cette inégalité dans la répartition des ressources en eau et les préoccupations de souveraineté des Etats dans les utilisations prioritaires explique l'enjeu stratégique de cette substance.

Les questions liées à l'eau relèvent de divers ordres. Les voies d'eau posent aujourd'hui des problèmes relatifs à leur navigabilité et à leur niveau de pollution. Qu'il s'agisse des eaux douces ou maritimes, des fleuves, des canaux, des eaux archipélagiques ou des lacs, la gestion et le règlement des différends y afférents constituent une des préoccupations majeures du droit international contemporain avec la multiplication des organisations internationales dans ce domaine et spécialement en Afrique¹².

A ces problèmes de gestion, viennent s'ajouter divers conflits d'appropriation, de contestation sur le caractère national ou international de la voie d'eau ou de partage entre Etats riverains¹³.

¹⁰ Cf. Henri SMETS, *Le droit à l'eau*, Conseil européen en droit de l'environnement, 2002, 111 p.

¹¹ A cet égard, il est souligné que 20 % de la population mondiale consomme actuellement 86 % des ressources hydriques de la planète. Voir Riccardo PETRELLA, *Le Manifeste de l'eau pour le XXI^e siècle*, éditions Fides, 2008 ; Riccardo PETRELLA, *Le Manifeste de l'eau. Pour un contrat mondial*, Éditions Labor, Bruxelles, 1998.

¹² On compte plus d'une vingtaine d'organisations internationales africaines en matière de gestion et de coopération dans le domaine de l'eau entre Etats riverains de fleuves, lacs et rivières internationaux, notamment l'Autorité du Liptacko-Gourma, l'Autorité du bassin de la Volta, l'Autorité du bassin du Niger, le Mano River Union, l'Organisation pour la mise en valeur du fleuve Sénégal, l'Organisation pour la mise en valeur du fleuve Gambie, la Commission du bassin du Lac Tchad, etc.

¹³ Des risques de conflits peuvent ou ont eu à se poser entre le Sénégal et la Mauritanie, le Bénin et le Niger, le Cameroun et le Nigeria, le Nigeria et le Niger, le Ghana et le Burkina, etc. Voir Madiodio NIASSE, « Prévenir les

Ainsi, l'aménagement des superficies cultivables à partir de l'exploitation des barrages peut générer des conflits dus au cubage d'eau à attribuer aux Etats riverains¹⁴. A cet égard, le droit international de l'eau, dans ses aspects conventionnels, prend le contrepied de la doctrine de Judson Harmon¹⁵ (selon laquelle un Etat d'amont d'un fleuve international aurait le droit de l'utiliser comme il l'entend, y compris d'en détourner les eaux sans se préoccuper des intérêts des Etats riverains), qui a fait long feu¹⁶.

D'autres doctrines ont également été avancées pour soutenir les thèses des Etats comme celle de la *première appropriation* par la mise en valeur la plus ancienne chronologiquement défendue par l'Egypte

conflits et promouvoir la coopération dans la gestion des fleuves transfrontaliers en Afrique de l'Ouest », in *Vertigo, revue électroniques en sciences de l'environnement*, volume 5, n° 1, mai 2004 www.vertigo/revues.org

¹⁴ Le professeur Charles Rousseau soulignait que « le droit international contemporain considère l'ensemble des riverains de la voie d'eau comme une entité régionale soumise au principe de l'utilisation commune du fleuve et de ses affluents. La conséquence directe de ce principe est l'interdiction de toute utilisation excessive par l'un des Etats en vertu de sa souveraineté territoriale ». Cf. Charles ROUSSEAU, *Droit International Public*, t. 4, Paris, Sirey, 1980, p. 493.

¹⁵ Exprimée pour la première fois à l'occasion du différend opposant de 1880 à 1906 les États-Unis d'Amérique et le Mexique sur la question de l'utilisation des eaux du Rio Grande, fleuve qui prend sa source aux États-Unis et y coule sur un tiers de sa longueur avant de constituer la frontière avec le Mexique, la doctrine fut énoncée par le ministre de la Justice des États-Unis d'Amérique à la fin du XIX^e siècle lors de ce conflit. Cet avis juridique d'Harmon du 12 décembre 1895 affirme que les États-Unis n'avaient, à l'égard du Mexique, aucune obligation de limiter leur exploitation des eaux du Rio Grande puisque leur « souveraineté territoriale absolue » leur donnait le droit de disposer des eaux situées sur leur territoire comme ils le souhaitaient, quelles qu'en soient les conséquences pour le Mexique. Cf. Conseil d'Etat, « L'eau et son droit », *Rapport public, 2010 – Considérations générales*, Paris, La Documentation française, ouvrage précité.

¹⁶ Voir Stephen MC. CAFFREY, "The Harmon Doctrine one hundred years later: Buried, not praised", 36, *Natural Resources Journal* 725 (1996).

Les ressources en eau en période de conflit armé

(Nil), la Syrie et l'Irak (Mésopotamie), de *l'intégrité territoriale absolue*¹⁷ (thèse de l'Espagne) ou de *la souveraineté territoriale absolue*¹⁸ sur la terre et les ressources aquatiques (thèse de la France)¹⁹. Au regard de l'acuité des différends liés aux ressources en eau, les débats doctrinaux se sont également articulés autour des concepts suivants : le droit d'utilisation raisonnable et équitable d'un cours d'eau international ou de l'utilisation non dommageable du territoire (dit principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*), les aspects relatifs à l'usage à des fins autres que la navigation, la pollution par le transport de déchets dangereux et le contrôle de leur mouvement transfrontière²⁰, la protection de l'environnement en période de conflit armé²¹, etc.

¹⁷ Conformément à cette thèse, les États riverains ont le droit absolu au flux naturel et non diminué ni en quantité ni en qualité.

¹⁸ Selon la thèse de la souveraineté territoriale absolue (avatar moderne de la doctrine d'Harmon), un État a le droit absolu d'utiliser l'eau de son territoire comme bon lui semble.

¹⁹ Tribunal arbitral, *affaire du Lac Lanoux* (France, Espagne) sentence arbitrale du 16 novembre 1957, a rejeté ces deux prétentions en estimant que : « L'Etat d'amont a, d'après les règles de bonne foi, l'obligation de prendre en considération les différents intérêts en présence, de chercher à leur donner toutes les satisfactions compatibles avec la poursuite de ses propres intérêts et de montrer qu'il a, à ce sujet, un souci réel de concilier les intérêts de l'autre riverain », *Recueil des Sentences Arbitrales*, 1957, vol. XII, p. 281-317.

²⁰ De nombreuses conventions régissent la matière, notamment la convention de Genève sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (IRTAP) du 13 novembre 1979, la convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 janvier 1982, la convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination du 22 mars 1989, la convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux et le contrôle des mouvements transfrontières en Afrique du 30 janvier 1991, la convention de Sofia sur les effets transfrontières des déchets industriels du 17 mars 1992, la convention d'Helsinki sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux de mars 1992, etc.

²¹ Voir Antoine BOUVIER, « Travaux récents relatifs à la protection de l'environnement en période de conflit armé », *Revue Internationale de la Croix Rouge (RICR)*, n° 798, novembre-décembre 1992, p. 578-591.

Dans ce domaine, le droit international n'a pas suffisamment cerné certaines notions telles que les « ressources naturelles partagées »²², la « communauté de droits et d'intérêts »²³ ou encore le concept déjà évoqué d'utilisation « équitable et raisonnable »²⁴.

Denrée précieuse, l'eau est sacralisée dans diverses traditions et religions. Aussi est-elle utilisée dans les rites chrétiens de baptême, hindouistes de bain purificateur dans le Gange, musulmans d'ablutions ou dans les rituels de la religion juive. Depuis l'antiquité, de nombreux cultes ont magnifié et vénéré l'eau : Dragons de Bornéo, Eau des Aztlan du Mexique, Serpents d'eau de Chine, Culte du Nando chez les Dogons du Mali, etc. La relation entre l'eau et la religion s'est, en outre, traduite par l'organisation du règlement des différends. Ainsi, un qadi réglait les problèmes de gestion d'eau dans les villages montagneux d'Oman et le célèbre Tribunal de *Las Aguas*

²² Selon le projet d'articles de la commission du droit international de 1980, *Annuaire de la C.D.I.*, 1980-II, 2^e partie, p. 117.

²³ Cf. Cour permanente de justice internationale(CPJI), *Affaire de la Jurisdiction Territoriale de la Commission Internationale de l'Oder*, Avis consultatif du 10 septembre 1929, Série A, n° 23.

²⁴ L'article 5 de la convention de New-York de 1997 dispose : « 1. Les Etats du cours d'eau utilisent sur leurs territoires respectifs le cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. En particulier, un cours d'eau international sera utilisé et mis en valeur par les Etats du cours d'eau en vue de parvenir à l'utilisation et aux avantages optimaux et durables, compte tenu des intérêts des Etats du cours d'eau concernés, compatibles avec les exigences d'une protection adéquate du cours d'eau. // 2. Les Etats du cours d'eau participent à l'utilisation, à la mise en valeur et à la protection d'un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. Cette participation comporte à la fois le droit d'utiliser le cours d'eau et le devoir de coopérer à sa protection et à sa mise en valeur, comme prévu dans les présents articles. » Cette notion de « communauté d'intérêts et de droits » est la codification de la jurisprudence de la CPJI, reprise par la Cour internationale de justice dans l'*Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, CIJ, *Recueil* 1997, p. 56, § 8 et dans l'*Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine/Uruguay)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, *Rec.* p. 10, § 39 et p. 17, § 64.

Les ressources en eau en période de conflit armé

(Valence, Espagne) s'était érigé en gardien et répartiteur des besoins en eau²⁵.

Déjà rare en temps de paix, l'eau devient d'un accès onéreux en temps de conflit armé. Son appropriation entraîne des tensions entre la Turquie et ses voisins (pour l'Euphrate)²⁶, entre Israël et les pays arabes riverains du Jourdain²⁷ et des relations difficiles entre l'Égypte,

²⁵ Le Tribunal de *las aguas de Valencia* ou encore Tribunal de la plaine de Valence est une survivance millénaire (depuis 960 après Jésus Christ, du temps des califes Abd-al-Rahman III et Al Hakam II), pour régler les différends entre paysans en matière d'irrigation et d'usage des canaux de Quart, Benager, Faitanar, Tormos, Mislata, Favara, Rascanya et Rovella. Composé de huit représentants de ces communautés, il se réunit tous les jeudis à midi à la Casa Vestuario.

²⁶ La Turquie, pays d'amont du Tigre et de l'Euphrate refuse de reconnaître le caractère international de ces deux fleuves en retenant leurs eaux, or le traité de Lausanne de 1923 stipulait la consultation de l'Irak alors sous mandat britannique. Elle a construit de nombreux barrages pour l'irrigation des terres de l'Anatolie du Sud-est, alors que l'Euphrate arrose aussi la Syrie et l'Irak. Elle a également construit le gigantesque barrage d'Ilisu qui inquiète l'Irak avec la mise en place du *Great Anatolian Project* pour fragmenter les eaux de ces deux fleuves. La Turquie a signé un accord avec Israël en mars 2008 pour exporter 50 millions de mètres cubes par an pendant vingt ans. Consulter sur la question, Georges MULIN, *L'eau dans le monde arabe*, Coll. Carrefours de la géographie, Paris, Ellipses 2000 ; Frédéric LASSERRE, *L'eau, enjeu mondial et géopolitique du partage de l'eau*, Paris, Le Serpent à plumes, 2003.

²⁷ Le conflit israélo-arabe n'est pas seulement centré sur les terres mais a aussi pour enjeu, l'eau. Israël exploite illégalement les nappes phréatiques de Cisjordanie à son seul profit privant les Palestiniens de la majorité de cette ressource. Ainsi, les Palestiniens ne disposent que de 8,2 % des sources d'eaux qui coulent sur leur territoire alors qu'Israël contrôle 57 % et la Jordanie 34,7 % de ces ressources. De même, il menace de bombarder régulièrement tout canal de dérivation des eaux des fleuves Hasbani au Liban et Yarmouk en Syrie ; voir Frédéric LASSERRE et Luc DECROIX, « Eaux et Territoires, tensions, coopérations et géopolitiques de l'eau » in *L'eau dans tous ses états*, Paris, L'Harmattan, 2003 ; Mohamed Larbi BOUGUERRA, *Les batailles de l'eau : pour un bien commun de l'humanité*, Paris, Enjeux Planète, 2003.

le Soudan et l’Ethiopie (Nil)²⁸, entre l’Inde et le Bangladesh (Barrage de Farrakka), entre les riverains du Mékong, de l’Indus, du Paraná, du Congo et du Sénégal²⁹, etc. Les conflits armés portant sur la maîtrise de l’eau, son accès et sa distribution et proliférant dans un contexte mondial de rareté et de conflits dans les Etats du tiers-monde, le droit international public n’est pas indifférent au traitement de ces questions.

Il s’agit, avant tout, des droits humains à travers principalement le droit international humanitaire applicable en période de conflit armé international ou non international, mais aussi, du droit international des droits de l’homme dans ses ambitions de protéger en tous temps et en toutes circonstances la personne humaine en veillant à son épanouissement et à la sauvegarde de sa dignité. Il s’agit, enfin, du droit international de l’environnement, ensemble de règles et de

²⁸ Le bassin du Nil baigne les pays suivants : Burundi, Egypte, Ethiopie, Erythrée, Kenya, Ouganda, RDC, Rwanda, Soudan et Tanzanie, soit 2 849 000 km². Long de 8 700 km, le Nil, formé de la rencontre du Nil Bleu dont la source est le lac Tana en Ethiopie et du Nil Blanc dont la source est le lac Victoria, se jette, après avoir parcouru toute l’Egypte, dans la mer Méditerranée. Egypte et Soudan estiment avoir des droits historiques sur le Nil depuis le traité de partage des eaux de 1929 amendé en 1959 attribuant 55,5 milliards de m³ à l’Egypte et 18,5 milliards au Soudan, soit 87 % du débit du fleuve qui fournit 90 % des besoins d’eau de l’Egypte. Ils ont boycotté récemment la rencontre d’Entebbe qui a abouti à la signature d’un accord-cadre sur le partage équitable des eaux du Nil, conclu en mai 2010 par la Tanzanie, l’Ouganda, le Rwanda et l’Ethiopie en l’absence du Burundi et de la RDC. Voir Sylvie PAQUEROT, *Un monde sans gouvernail. Enjeux de l’eau douce*, Athéna, Outremont, Québec, 2005 ; Georges MULIN, *L’eau dans le monde arabe*, op. cit.

²⁹ Pour un tour d’horizon des problèmes liés au fleuve Sénégal, voir Mathieu MERINO, « L’eau : quels enjeux pour l’Afrique subsaharienne ? » in *Note de la Fondation de la Recherche Stratégique*, n° 20, décembre 2008, p. 1-13 ; Guy MEUBLAT, « De la gestion des fleuves internationaux en Afrique et du bassin du Sénégal en particulier », *Revue Tiers-Monde*, n° 166, avril-juin 2001 ; Martin KIPPING, « Conflits et coopération liés à l’eau du fleuve Sénégal », *Revue Géocarrefour*, vol. 80, n° 4, 2007 ; Patricia KAMERIMBOTE, « Eau, conflits et coopération : leçons tirées de l’expérience du bassin du fleuve Sénégal » in *Navigating Peace*, n° 4, avril 2008.

Les ressources en eau en période de conflit armé

principes qui régissent et ordonnent les rapports entre sujets de droit international public en matière de protection de l'environnement naturel et de l'environnement humain.

A cet effet, certains juristes prédisent que les guerres du nouveau millénaire auront l'eau pour enjeu stratégique³⁰. A l'inverse, une autre doctrine, dont l'un des tenants est Thomas Homer-Dixon, n'y voit qu'un « myth of global waters war »³¹ ce qui sera dénoncé par le second forum mondial de l'eau organisé à La Haye en mars 2000. Aujourd'hui, de nombreuses conventions préconisent un partage équitable, une coopération dans la gestion de ces ressources en eau ainsi que la préservation des atteintes à l'environnement, sans toutefois épuiser ni les controverses doctrinales ni les positions des Etats.

Le droit international humanitaire en partage les préoccupations en se focalisant sur l'assistance humanitaire aux victimes des conflits armés et des catastrophes naturelles de tout genre, privilégiant ainsi la voie de la sauvegarde et du respect de la dignité de la personne humaine. Les quatre conventions de Genève³², les deux protocoles

³⁰ Ils reprennent ainsi les propos de l'ancien vice président de la Banque mondiale, Ismail SERAGELDIN, qui déclarait en 1995 « les guerres du XXI^e siècle auront l'eau pour enjeu ».

³¹ Il soutient que le cas conflictuel le plus probable pourrait concerner la vallée du Nil et que l'Egypte pourrait toujours faire prévaloir ses droits historiques et donc son point de vue. Cf. Thomas HOMER-DIXON, *Environment, Security and Violence*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 139-140.

³² Ce sont respectivement la I^{ère} convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne ; la II^e convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer ; la III^e convention relative au traitement des prisonniers de guerre ; et la IV^e convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre. cf. *Les Conventions de Genève du 12 août 1949*, Ed. CICR, Genève, novembre 1989, 251 p. ; Dietrich SCHINDLER et Jiri TOMAN, *Droit des conflits armés*, Genève, CICR/IHD, 1996, 1470 p.

additionnels de 1977³³ et de nombreuses autres conventions en réglementent la matière ainsi que des règles coutumières³⁴. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur des problèmes y afférents. De ce qui précède, il découle que cette étude mettra l'accent sur la protection des ressources en eau, en convoquant à la fois les dispositions du DIH et du droit international de l'environnement, éclairées par les normes des droits de l'homme.

Toutefois, il faut se résoudre au constat selon lequel, si en temps de paix, un régime juridique précis s'applique aux ressources en eau, à l'inverse, en période de conflit armé, un statut en la matière fait défaut³⁵. Cette absence de statut pour l'eau n'entraîne cependant pas un vide juridique. Une protection est assurée par le biais de différentes conventions, en particulier, en matière de respect des droits de l'homme et de l'environnement en période de conflit armé (I).

Les contours statutaires de l'eau en période de conflit armé étant peu consolidés, seules des dispositions éparses en réglementent la substance. Le droit des conflits armés n'appréhende la protection des ressources en eau que de façon indirecte, médiate, par prétériorité, soit dans le cadre des catégories de biens civils, soit par destination au bénéfice de la population civile (II).

³³ Les protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949 sont le protocole I relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux et le protocole II relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux. Voir *Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Ed. CICR, Genève, 1977, 136 p.; Maurice TORELLI, *Le Droit international humanitaire*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1983, 127 p.

³⁴ Jean Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I: Règles, CICR/Bruylant, Bruxelles, 2006.

³⁵ Voir Théo BOUTRUCHE, « Le statut de l'eau en Droit international humanitaire », *RICR*, n° 840, décembre 2000, vol. 82, p. 889.

Les ressources en eau en période de conflit armé

I – L'absence d'un statut véritable de l'eau en période de conflit armé

Si on définit le statut comme un régime juridique particulier, se suffisant à lui-même et autonome, régissant un ensemble de règles relatives à l'organisation de structures et au fonctionnement des services liés à l'eau, il faut reconnaître son absence en droit international humanitaire. Le droit des conflits armés, de l'avis de Zemmali, « ne contient pas de réglementation spécifique portant sur l'eau, car celle-ci relève du droit applicable en temps de paix »³⁶. L'inexistence d'un cadre juridique propre à cette ressource naturelle, en temps de guerre, peut s'expliquer par différentes raisons dont l'imprécision du régime juridique (A), due à un bouillonnement de normes disparates et peu ordonnées (B).

A – L'imprécision d'un régime juridique de protection de l'eau en période de conflit armé

Cet élément vital ne dispose pas d'un statut précis en période de conflit armé, à la différence du droit des ressources en eau, qui, en temps de paix, réglemente ses différentes utilisations. Une double explication peut être tentée sur la question : d'abord celle qui s'attache aux différentes formes et utilisations de l'eau dont le caractère protéiforme commande la mise en place d'un droit des conflits armés plus adapté (1) ; ensuite, celle relative à la versatilité d'un régime juridique qui est à l'image de la fragmentation normative qui caractérise sa réglementation environnementale (2).

1 – Variabilité du caractère de cette ressource naturelle

Le droit international humanitaire (D.I.H.) ou droit des conflits armés est habituellement défini comme un corps de règles qui s'appliquent aux « problèmes humanitaires découlant directement des conflits armés, internationaux ou non internationaux, et qui

³⁶ Ameer ZEMMALI, « La protection de l'eau en période de conflit armé », *RICR*, 1995, vol. 77, n° 815, p. 603.

restreignent, pour des raisons humanitaires, le droit des parties au conflit d'utiliser les méthodes et moyens de guerre de leur choix ou protègent les personnes et les biens affectés ou pouvant être affectés par le conflit »³⁷.

L'eau n'est donc pas visée de manière spécifique. En effet, destiné à régir des situations particulières, le DIH n'appréhende que de façon indirecte l'eau, à travers ses principes et objectifs fondamentaux, en sorte que, de façon isolée, l'eau n'est jamais l'objet d'une protection directe. La raison invoquée découle de son extrême variabilité puisque l'eau peut, tour à tour, être une arme, une victime ou une cible.

En tant qu'arme, l'eau peut être utilisée par les belligérants comme moyen offensif ou défensif. La pratique contemporaine regorge d'exemples. Ainsi, au XVII^e siècle, les Hollandais ont inondé une partie de leurs terres cultivables en rompant les digues pour empêcher la progression des troupes adverses. Cette leçon de l'histoire semble avoir été assimilée puisque les Allemands inondèrent d'eau de mer des milliers d'hectares aux Pays-Bas pour endiguer l'avancée des alliés en 1944. De même, on cite l'exemple des Chinois qui, pour entraver les mouvements des troupes japonaises, détruisirent les digues du fleuve Jaune près de Chang Chow ou encore les bombardements des digues et ponts allemands par les Anglais en 1943. L'eau est, trop souvent, utilisée comme arme de guerre. A ce titre, il est rapporté le déclenchement de pluies artificielles par les Américains lors de la guerre du Vietnam, mettant gravement en péril la faune et la flore, ou l'usage de l'eau comme arme dans la guerre civile du Yémen en 1994³⁸.

³⁷ Cf. « Les démarches du CICR en cas de violation du DIH », *RICR* n° 728, mars-avril 1981, p. 79-86.

³⁸ Pour d'autres exemples, cf. Djamchid MOMTAZ, « Les règles relatives à la protection de l'environnement au cours des conflits armés à l'épreuve du conflit entre l'Irak et le Koweït », *Annuaire Français de Droit International*, 1991, vol. XXXVII, p. 203-219.

Les ressources en eau en période de conflit armé

Par ricochet, l'eau se retrouve en qualité de victime lorsque la folie guerrière, par divers moyens³⁹ ou méthodes⁴⁰ de combat, agresse cette substance par le biais de la pollution due à l'emploi d'armes de destruction massive. Cette victimisation peut découler des effets collatéraux des conflits. Ainsi, lors de la guerre civile congolaise ou du génocide rwandais, de nombreux cadavres ont été jetés dans les fleuves, engendrant des cas de choléra, de typhoïde. La guerre pour l'eau, par l'eau et sur l'eau est une caractéristique des conflits actuels, d'où la difficulté d'une analyse globale se traduisant par l'énoncé logique d'une ligne directrice adéquate.

A l'opposé du droit international des cours d'eau, certaines utilisations de l'eau en période de conflit armé ne sont visées que de façon résiduelle. Il en est ainsi de règles de navigation en mer pour les navires-hôpitaux et les embarcations sanitaires⁴¹. Il n'est fait mention de l'utilisation agricole, industrielle ou économique de l'eau, que par déduction des articles portant sur les ouvrages ou installations contenant des forces dangereuses. Les diverses utilisations ne sont pas l'objet du DIH dont la priorité est axée sur la protection de la population civile relativement à sa santé, sa survie et sa distinction avec les combattants et les objectifs militaires.

Dès lors, le DIH n'appréhende pas de manière exhaustive les nombreuses caractéristiques de l'eau en ne distinguant ni les eaux de surface, ni les eaux souterraines, se bornant à les inclure ensemble dans l'environnement naturel. Loin de laisser un vide juridique, cette absence de statut pour l'eau semble comblée, quoi qu'imparfaitement, par une floraison de règles assurant la protection de l'environnement.

³⁹ Les moyens de combat sont les armes conventionnelles ou non conventionnelles utilisées dans les conflits armés.

⁴⁰ Les méthodes de combat sont les utilisations faites de ces armes pour atteindre les buts que se sont assignés les belligérants.

⁴¹ Voir la convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949, dite II^e convention de Genève de 1949.

2 – Protection découlant de dispositions éparses

Un constat de bouillonnement normatif est de rigueur, lorsqu'on établit la relation entre l'eau et les conflits armés. Pourtant, la réflexion ne s'est instaurée que sur le tard avec les travaux de l'Association de droit international⁴². Cette amorce de codification, d'origine privée, ne sera supplantée par des dispositions plus contraignantes qu'avec l'adoption des deux protocoles additionnels de 1977 aux conventions de Genève de 1949⁴³

La matière étant demanderesse en règles, il faut convoquer des textes anciens susceptibles de s'y appliquer. Ainsi, parmi les moyens interdits depuis des siècles, on relève l'utilisation des poisons et autres armes empoisonnées. L'article 23 du règlement annexé à la IV^e convention de La Haye du 18 juin 1907 interdit cet usage. Le Tribunal militaire international de Nuremberg a admis que les conventions de 1907 lient même les Etats qui n'en seraient pas expressément parties, énonçant ainsi des normes coutumières⁴⁴. A cet égard, l'interdiction du poison remonte au code Lieber (1863)⁴⁵, suivi en cela par la déclaration de Bruxelles (1874)⁴⁶ et l'art. 8 du manuel d'Oxford de l'Institut de droit international (1880)⁴⁷. L'empoisonnement des eaux

⁴² Cf. « Rapport intermédiaire sur la protection des ressources en eau et des installations hydrauliques en période de conflit armé » (New-Delhi, 1974-1975, Londres 1976) cité par BOUTRUCHE, *op. cit.* p. 890.

⁴³ Articles 35, 54, 55, 56 du protocole I et articles 14, 15 du protocole II.

⁴⁴ Arrêt du 1^{er} octobre 1946, in *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International*, Nuremberg, 1949, vol. XXII, p. 489, 496, 528 et 624 ; cf. aussi *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, édité par Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI, Bruno ZIMMERMANN, CICR, Genève, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, 1647 p.

⁴⁵ Art. 16 du code Lieber (1863).

⁴⁶ Art. 13 de la déclaration de Bruxelles (1874).

⁴⁷ Cf. A. ZEMMALI, *op. cit.*, p. 604. Voir également notre thèse, *Théories et réalités du Droit International Humanitaire : contribution à l'étude de l'application du droit des conflits armés en Afrique noire contemporaine*, UCAD, Dakar, janvier 2001, multig. 474 p.

Les ressources en eau en période de conflit armé

fluviales est donc constitutif de crime de guerre⁴⁸ et peut nuire gravement à la santé et causer « des dommages étendus, durables et graves » au sens de l'article 55 du protocole I de 1977 sur les conflits armés internationaux. L'empoisonnement des puits de l'ennemi, s'il ne constitue pas, *expressis verbis*, un cas de perfidie au sens d'actes faisant appel à la bonne foi de l'adversaire avec l'intention de le tromper, ne peut en toute hypothèse être constitutif de ruses de guerre tels que camouflages, leurres, faux renseignements, surprises, embuscades, coups de mains, attaques simulées, etc.

A côté de ces dispositions du droit des conflits armés, il faut noter une variété de conventions susceptibles de s'appliquer en période de guerre, notamment la convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation en son article 29⁴⁹, la convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires⁵⁰, la convention du 10 avril 1972 sur les armes bactériologiques (biologiques), la convention de Paris du 13 janvier 1993 sur les armes chimiques, le protocole de Genève du 17 juin 1925 sur les gaz asphyxiants ou toxiques et des moyens bactériologiques⁵¹, le protocole III sur les armes incendiaires à la convention de Genève du 10 octobre 1980 sur certaines armes classiques⁵². L'exégèse de cette diversité normative laisse percer l'idée selon laquelle la protection des

⁴⁸ Art. 8, parag. 2. b (xvii) du statut de la Cour pénale internationale, Rome, 17 juillet 1998.

⁴⁹ L'article 29 dispose : « Les cours d'eau internationaux et les installations, aménagements et autres ouvrages connexes bénéficient de la protection accordée par les principes et règles du droit international applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux et ne sont pas utilisés en violation de ces principes et règles ».

⁵⁰ Adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies, résolution 37/12 du 10 décembre 1976, texte in Dietrich SCHINDLER et Jiri TOMAN, *Droit des conflits armés*, Genève, CICR, 1996, 1470 p.

⁵¹ Protocole concernant la prohibition de l'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques - Genève, 17 juin 1925. Texte in D. SCHINDLER et J. TOMAN, p. 115-138.

⁵² Texte in *RICR*, volume 63, n° 727, janvier-février 1981, p. 20-34.

ressources en eau s'effectue de façon incidente par le canal du droit de l'environnement.

B – La protection de l'eau par l'intermédiaire des règles relatives à l'environnement en période de conflit armé

Au regard de ce qui précède, le droit international de l'environnement, cet « atelier d'expérimentation juridique » selon l'expression du professeur Condorelli, entretient des relations certaines avec le droit humanitaire des conflits armés, d'autant plus que l'environnement naturel s'entend de « l'ensemble des conditions physico-chimiques et biologiques qui permettent et favorisent la vie d'êtres humains »⁵³. Il en découle la nécessité de tenir compte des préoccupations environnementales (1) dans la prise en charge de la question des ressources en eau malgré la diversité des règles de protection susmentionnées (2).

1 – La nécessité de la prise en compte des préoccupations environnementales

Comme l'affirmait la CIJ en 1996, « l'environnement n'est pas une abstraction mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir »⁵⁴. De manière plus explicite, ces préoccupations sont ainsi soulignées dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* : « Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement. Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité –qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures–, de nouvelles normes et exigences

⁵³ Pietro VERRI, *Dictionnaire du Droit international des conflits armés*, Genève, CICR, 1988, 147 p.

⁵⁴ CIJ, Affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juin 1996, *Rec.* 1996, p. 241.

Les ressources en eau en période de conflit armé

ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des États envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé. Le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement. »⁵⁵

Lors de la conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (Genève 1974-1977), l'environnement naturel était défini par le groupe de travail de la 3^e commission « groupe Biotope », par opposition à l'environnement humain, qui renvoie aux « conditions et influences affectant la vie, le développement et la survie de la population civile et des organismes vivants »⁵⁶.

En dehors des plus de trois cents conventions qui concernent l'environnement à divers niveaux universel, régional, sous régional ou bilatéral, dont une bonne partie en droit international de l'eau, un grand nombre de textes relevant de ce qu'il est convenu d'appeler la *soft Law* (droit non contraignant exprimé sous forme de recommandations, plans, programmes, agendas, principes directeurs, codes de bonne conduite, résolutions) irrigue le droit des ressources en eau lui conférant ainsi un caractère fragmenté, conditionnel, programmatoire ou incantatoire d'une logique de prévention, d'anticipation, de veille et d'alerte ou de réaction après des catastrophes naturelles ou industrielles majeures ou des situations d'urgence du même ordre.

⁵⁵ CIJ, Affaire relative au projet *Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *op. cit.*, § 140.

⁵⁶ Rapport de la conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (Genève 1974-1977), CDDH/III.GT/35, p. 1-1, § 5).

A titre d'exemple, de nombreuses résolutions de l'AG de l'ONU ont abordé la question de l'eau⁵⁷. On peut signaler également la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 13 juin 1992, la charte mondiale de la nature⁵⁸, plusieurs autres résolutions de la conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge⁵⁹, les *Principes de Dubrovnik*⁶⁰ et les *Règles d'Helsinki* adoptées en 1966 par l'Association de droit international⁶¹ et les résolutions de 1911 et de 1979 de l'Institut de droit international.⁶² Une majorité de ces textes traite de l'environnement en période de

⁵⁷ Cf. résolutions 2444, 2675, 3318, 3712, 47/37, etc.

⁵⁸ Charte mondiale de la nature, New-York 28 octobre 1982, AGNU, Res. 37/7, Documents officiels de l'AGNU, 37^e session, supplément n° 51, Doc. A/37/51, p. 19 (1983), article 20 et § 5, I.

⁵⁹ Voir à titre indicatif, la résolution 2 de la XXVI^e conférence (Genève 1996) mettant l'accent sur le caractère vital de l'eau pour les victimes des conflits et demandant aux Etats d'adopter « toutes les précautions possibles » pour éviter d'endommager les sources et les systèmes d'approvisionnement utilisés par les civils, *Revue internationale de la Croix Rouge* n° 817, janvier-février 1996, p. 68.

⁶⁰ Adoptés par sa résolution de 1956. Son principe n° 7 dispose : « Tout Etat qui ne prend pas de mesures pour empêcher la pollution de l'eau sur son territoire et qui cause, de ce fait, de graves dommages à un autre Etat, est responsable du dommage en cause », *ILA, Report of the Fifty Seventh Conference*, 1956, p. 247.

⁶¹ L'article IV des règles d'Helsinki reprend le principe d'utilisation raisonnable et équitable en ces termes : « Chaque Etat du bassin a, sur son territoire, un droit de participation raisonnable et équitable aux avantages que présente l'utilisation des eaux d'un bassin de drainage international », *International Law Association, Report of the Fifty Second Conference*, Helsinki, 1966.

⁶² La résolution de 1911 adoptée à sa session de Madrid concluait que : « toute modification de la composition chimique de l'eau, tout déversement de matières, sont également interdits », *Annuaire de l'IDI*, 1911, vol. 24, p. 166. Quant à la résolution de 1979 adoptée à Athènes, intitulée « La pollution des fleuves et des lacs internationaux », elle dispose : « Les Etats ont le devoir de faire en sorte que leurs activités ou celles exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle, ne causent pas, au-delà de leurs frontières, de pollution aux eaux des fleuves et des lacs internationaux », *Annuaire de l'IDI*, 1979, vol. 58-II, p. 196-198.

Les ressources en eau en période de conflit armé

conflit armé, englobant, dans leur sphère, l'eau. De nombreux textes, relevant de la *soft law*, mettent l'accent sur cette prise en compte environnementale. Ainsi, le principe 2 de la déclaration de Rio énonce que les Etats ont « le devoir de veiller à ce que les activités qui relèvent de leur compétence ou de leur pouvoir ne portent pas atteinte à l'environnement d'autres Etats ou de zones situées au-delà des limites de leur juridiction nationale ». Ce principe de prévention, ainsi induit, est conforté par le principe 24 du même texte qui précise que « la guerre exerce une action intrinsèquement destructrice sur le développement durable. Les Etats doivent donc respecter le droit international relatif à la protection de l'environnement en temps de conflit armé et participer à son développement, si nécessaire ».

Auparavant, le principe 21 de la déclaration de Stockholm de 1972⁶³ mettait l'accent sur cet aspect de la prévention. Certes, les situations de conflit armé international ou non international exacerbent les difficultés relatives à l'environnement mais ne dispensent pas les Etats de leurs obligations. Cette obligation de prévention est solidement ancrée dans le droit international, comme l'attestait la Cour internationale de justice, « l'obligation générale qu'ont les Etats de veiller à ce que des activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale, fait maintenant partie du corps de règles de droit international de l'environnement »⁶⁴, en ce sens qu'ils « doivent aujourd'hui tenir compte des considérations écologiques lorsqu'ils décident de ce qui est nécessaire et proportionné dans la

⁶³ Le principe 21 se lit ainsi : « Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale. » Le texte de la déclaration a été adopté lors de la conférence des Nations unies sur l'environnement, à Stockholm du 5 au 16 juin 1972,

⁶⁴ CIJ, Avis 1996, *op. cit.*, § 29.

poursuite d'objectifs militaires légitimes »⁶⁵. De même, la CIJ relève la nécessité « de tenir compte des nouvelles normes en matière d'environnement »⁶⁶ du fait de son importance et de sa vulnérabilité. Diverses autres règles de protection, à la normativité moins contestée, peuvent également être évoquées.

2 – Diversité des règles de protection de l'environnement naturel

Ces dispositions, assez générales par ailleurs, semblent refléter le droit international coutumier des cours d'eau à travers un triptyque d'obligations d'utiliser le cours d'eau d'une manière équitable et raisonnable, de ne pas causer de dommages et d'informer les Etats souverains s'ils risquent d'être affectés par les mesures projetées. Ces obligations conventionnelles conçues pour un contexte de paix, ne peuvent prospérer en période de conflit armé que si on détermine un lien étroit avec des normes *erga omnes* ou des principes généraux de droit au sens de l'article 38 du statut de la CIJ, alors même que son simple caractère de *jus dispositivum* semble plus avéré. L'argumentation peut être affermie en faisant appel aux normes coutumières du droit de l'environnement consolidées par une *opinio juris* plus forte et confirmées par la jurisprudence de l'Oder⁶⁷, du Détroit de Corfou⁶⁸, du Lac Lanoux⁶⁹, ou du Projet Gabčíkovo-Nagymaros⁷⁰ etc.

⁶⁵ CIJ, Avis 1996, *ibid.*, § 30.

⁶⁶ CIJ, *Affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, arrêt du 27 septembre 1997 *Rec.* 1997, p. 7-241. Cf. également Philip SANDS « Les cours d'eau, l'environnement et la Cour Internationale de Justice : L'affaire Gabčíkovo-Nagymaros », in *Cours d'eau internationaux – Renforcer la coopération et gérer les différends. Rapport technique de la Banque Mondiale n° 414*. Actes du Séminaire de la Banque mondiale établis par A. SALMAN et Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, p. 105-128.

⁶⁷ CPJL., *Affaire de la Juridiction Territoriale de la Commission Internationale de l'Oder*, Avis consultatif du 10 septembre 1929, Série A, n° 23.

⁶⁸ CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou*, fond, arrêt du 9 avril 1949, *Rec.* 1949, p. 4.

Les ressources en eau en période de conflit armé

De surcroît, lorsqu'elles sont mesurées à l'aune de l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève de 1949 (standard minimum humanitaire applicable « en toutes circonstances », même en cas de guerre civile), certaines obligations, auxquelles sont assujetties les parties, ressemblent aux normes impératives du droit international général, exprimant les impératifs de la conscience universelle et bornant les compétences étatiques.

Depuis 1997, la convention de New-York a établi une connexion entre l'eau et le DIH, relativement aux règles de précaution et de ne pas causer de dommages à l'environnement et sous la réserve du respect « des principes et règles du droit international applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux et ne sont pas utilisés en violation de ces principes et règles »⁷¹. D'autres conventions humanitaires interdisent les mesures de guerre hostiles à l'environnement. Ainsi, la convention de 1972 précitée, prohibe l'utilisation « d'agents microbiologiques ou autres agents biologiques et les toxines » ainsi que les armes, vecteurs et équipements destinés à l'emploi de ces agents ou toxines, à des fins hostiles ou dans des conflits armés⁷².

De même, la convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou à toutes autres fins hostiles de 1976⁷³ interdit les techniques « ayant

⁶⁹Tribunal arbitral, *affaire du Lac Lanoux* (France, Espagne) sentence arbitrale du 16 novembre 1957, *Recueil des Sentences Arbitrales*, 1957, vol. XII, *op. cit.*

⁷⁰ CIJ, *Affaire du Projet Gabcikovo-Nagymaros*, *op. cit.*

⁷¹ Voir article 29, *op. cit.*, note n° 46.

⁷² Article 1^{er} de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, Londres/Moscou/Washington, 10 avril 1972. Voir texte *in RGDIP* 1973, p. 345-350.

⁷³ Convention ENMOD : convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies par la résolution 31/72 du 10 décembre 1976 (ouverte à la signature et à la ratification du 18 au 31 mai

des effets étendus durables ou graves en tant que moyens de causer des destructions, des dommages ou des préjudices » (art. I, § 1). Cette obligation pèse non seulement de façon directe sur les Etats-parties mais également ils s'engagent à ne pas encourager, aider ou inciter un autre Etat, groupe d'Etats ou organisation internationale (art. I, § 2).

Le champ d'application de ladite convention couvre, selon l'art. III : « toute technique ayant pour objet de modifier –grâce à une manipulation délibérée de processus naturels- la dynamique, la composition ou la structure de la Terre, y compris ses biotes, sa lithosphère, son hydrosphère et son atmosphère, ou l'espace extra-atmosphérique ». L'article 2 du protocole III sur les armes incendiaires à la convention de 1980 précitée, en interdit l'usage « en toutes circonstances » sur les civils et les biens de caractère civil. Cette ligne directrice inspire également la convention de 1993 sur les armes chimiques, fondée sur l'idée que ces dernières peuvent entraîner des perturbations sérieuses des équilibres naturels pour l'homme et les autres organismes vivants.

Quant à l'article 35 du protocole I de 1977, il rappelle l'une des règles fondamentales de protection, à savoir la prohibition d'usage des méthodes ou des moyens de guerre pouvant causer des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel. Il est rejoint en cela par un article 55 intitulé « Protection de l'environnement naturel » et qui se lit ainsi : « 1. La guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves. Cette protection inclut l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant, de ce fait, la santé ou la survie de la population. 2. Les attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites ».

Il convient de faire le départ entre ces articles dont les finalités semblent identiques bien qu'exprimant des objets dissemblables.

1977 à Genève), in D. SCHINDLER et J. TOMAN, *Droit des conflits armés*, p. 173-180.

Les ressources en eau en période de conflit armé

Alors que l'article 55 entend assurer la survie et la santé de la population civile vivant dans un environnement du temps de guerre, l'article 35 a une portée plus large, plaçant l'interdiction des maux superflus, résolument sous l'angle des méthodes de guerre. Ces deux dispositions, même si elles se recoupent en partie, ne font pas double emploi.

Pour sa part, la CIJ, relativement à l'emploi de l'arme nucléaire, tirait le constat selon lequel « le rayonnement ionisant est susceptible de porter atteinte à l'environnement, à la chaîne alimentaire et à l'écosystème marin dans l'avenir et de provoquer des tares et des maladies chez les générations futures... Le pouvoir destructeur de ces armes ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps ». Il en résulte, selon la Cour, que le droit de l'environnement « met en avant d'importantes considérations d'ordre écologique qui doivent être dûment prises en compte dans la mise en œuvre des principes et règles du droit applicable aux conflits armés »⁷⁴.

L'absence d'un statut de l'eau résulte de son appréhension en droit international humanitaire. Les droits humains ne s'y intéressent que de façon générale à travers certains principes fondamentaux. Par conséquent, cette protection n'est qu'incidente.

II – La protection incidente des ressources en eau en période de conflit armé

La protection des ressources en eau en période de conflit armé a un double objectif : d'une part, préserver cette ressource précieuse qui est une composante des biens de caractère civil (*A*), et d'autre part, réserver l'eau pour les besoins de la population civile qui en est la principale destinataire (*B*).

⁷⁴ Avis de 1996, op. cit., *Rec.* 1996, p. 243.

A – L'eau en tant qu'élément de la catégorie des biens de caractère civil

La protection de l'eau comme bien à caractère civil la fait bénéficier du même régime que les autres biens de caractère humanitaire dans les situations de conflit armé international (1). En revanche, la même certitude n'a pas été relevée dans les situations de conflit armé non international (2).

1 - L'eau, un bien essentiellement protégé en période de conflit armé international

Le droit des conflits armés est pour l'essentiel concentré dans les quatre conventions de Genève du 12 août 1949 et les deux protocoles additionnels de 1977. Au-delà des distinctions entre conflit armé international (guerres interétatiques, guerres de libération nationale) et conflit armé non international (guerres civiles, rébellion) ou entre le droit de Genève (droit proprement humanitaire orienté vers la protection et la sauvegarde des personnes civiles) et le droit de La Haye (ou droit de la guerre axé sur les règles de conduite des hostilités armées), le DIH s'articule autour des principes fondamentaux suivants : la nécessité de concilier les exigences humanitaires et les nécessités militaires ; la restriction du choix des moyens de nuire à l'ennemi ; la protection de la population civile et des biens civils ; la protection de l'environnement naturel ; le traitement humanitaire minimum en cas de conflit armé interne, etc.

Il en découle l'interdiction d'utiliser toute arme infligeant des dommages aux biens civils. De ce fait, l'eau, composante de l'environnement mais également élément indispensable à la vie, bénéficie du régime juridique dévolu à la catégorie des biens civils. Ces impératifs de protection se retrouvent autour de l'immunité de la population civile, catégorie non combattante.

Le principe cardinal est posé à l'article 35 § 1, à savoir que « Dans tout conflit armé, le droit des parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité ». Dans cet esprit, certaines catégories de biens, du fait de leur importance, sont

Les ressources en eau en période de conflit armé

protégées contre les effets des hostilités. Ces biens de caractère civil ne peuvent ni faire l'objet d'attaques ni de représailles⁷⁵.

L'immunité d'un bien civil se justifie par le fait qu'il s'agit d'un « bien qui est normalement affecté à un usage civil... »⁷⁶. La catégorie des biens civils (outre les lieux de culte, les maisons, les écoles) est extensive. On y incorpore « les biens indispensables à la survie de la population civile » parmi lesquels il faut noter « les denrées alimentaires et les zones agricoles qui les produisent, les récoltes, le bétail, les installations et réserves d'eau potable et les ouvrages d'irrigation... »⁷⁷. Il est interdit de les attaquer, enlever, détruire ou de les mettre hors d'usage.

La prohibition s'étend à l'usage de la famine comme méthode de guerre pour priver les civils de ces moyens de survie, pour provoquer leur déplacement ou pour toute autre raison (représailles). Toutefois, cette protection est modulable puisqu'un bien civil peut perdre ce caractère et son immunité. C'est le problème de l'arbitrage complexe entre les exigences humanitaires qui guident tous ces articles et les nécessités militaires. Un bien civil, utilisé à l'« appui direct » d'une attaque militaire, se transforme en objectif militaire⁷⁸ du fait que « l'immunité des biens indispensables n'est levée que lorsqu'ils servent pour la subsistance des seuls membres des forces armées ou comme appui direct d'une action militaire »⁷⁹.

L'étendue de cette protection laisse place à des supputations : l'eau peut-elle être seulement réservée aux militaires ? Certes, les réservoirs d'eau dans les cantonnements de l'armée peuvent être à l'usage exclusif des militaires mais s'il s'agit d'eau de fleuve ou de rivière, même utilisée temporairement par l'armée, la protection ne devrait pas fluctuer en fonction d'un usage éventuel ou potentiel des belligérants.

⁷⁵ Art. 52 § 1 et art. 57 § 1 du protocole I.

⁷⁶ Art. 52 § 3 du protocole I.

⁷⁷ Art. 54 § 2 du protocole I et art. 14 du protocole II de 1977.

⁷⁸ Art. 54 § 2 du protocole I.

⁷⁹ A. ZEMMALI, *op. cit.*, p. 605.

Des lacunes peuvent donc être décelées pour la protection de ces biens indispensables. Celle-ci est alors variable, contingente puisqu'à l'aune du rapport entre les nécessités humanitaires et les exigences militaires. Le critère des objectifs militaires, seuls susceptibles d'être l'objet d'attaques, devient mouvant et extensible aux biens civils ayant perdu leur caractère protecteur.

A ces biens indispensables à la survie de la population civile, il faut adjoindre la protection accordée aux « ouvrages et installations contenant des forces dangereuses »⁸⁰. L'article 56 du protocole I⁸¹ énonce clairement en son paragraphe 1 : « Les ouvrages d'art ou les installations contenant des forces dangereuses, à savoir les barrages, les digues et les centrales nucléaires de production d'énergie électrique, ne seront pas l'objet d'attaques même s'ils constituent des objectifs militaires, lorsque de telles attaques peuvent provoquer la libération de ces forces et en conséquence, causer des pertes sévères dans la population civile. Les autres objectifs militaires situés sur ces ouvrages ou ces installations ou à proximité, ne doivent pas être l'objet d'attaques lorsque de telles attaques causent des pertes sévères dans la population civile ».

On remarquera la substitution des expressions « dommages étendus, durables et graves » et leur remplacement par des termes plus ambigus « pertes sévères ». Les premières sont relatives à l'environnement et les seconds se réfèrent à la population civile. L'expression « pertes sévères », issue du vocabulaire militaire, a été ici préférée en fonction des finalités de la protection qui sont de soustraire la population civile aux dangers des attaques à effets indiscriminés.

⁸⁰ Déjà en 1976, une résolution de l'Association de droit international énonçait en son article IV : « La destruction d'installations hydrauliques comme les barrages et les digues, qui contiennent des forces dangereuses, devrait être interdite lorsqu'une telle destruction pourrait comporter de graves dangers pour la population civile ou des dommages substantiels à l'équilibre écologique de la région concernée », *ILA, Report of Fifty – Seventh Conference*, Madrid 1976, Londres 1978, p. 237-239.

⁸¹ Il correspond à l'article 15 du protocole II, en version simplifiée.

Les ressources en eau en période de conflit armé

L'eau est au centre de cette protection même s'il faut relativiser l'interdiction de l'article 56⁸² dans la mesure où, si les pertes

⁸² L'article 56, intitulé « Protection des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses » dispose : « 1. Les ouvrages d'art ou installations contenant des forces dangereuses, à savoir les barrages, les digues et les centrales nucléaires de production d'énergie électrique ne seront pas l'objet d'attaques, même s'ils constituent des objectifs militaires, lorsque de telles attaques peuvent provoquer la libération de ces forces et, en conséquence, causer des pertes sévères dans la population civile. Les autres objectifs militaires situés sur ces ouvrages ou installations ou à proximité ne doivent pas être l'objet d'attaques lorsque de telles attaques peuvent provoquer la libération de forces dangereuses et, en conséquence, causer des pertes sévères dans la population civile. 2. La protection spéciale contre les attaques prévues au paragraphe 1 ne peut cesser : a) pour les barrages ou les digues, que s'ils sont utilisés à des fins autres que leur fonction normale et pour l'appui régulier, important et direct d'opérations militaires, et si de telles attaques sont le seul moyen pratique de faire cesser cet appui ; b) pour les centrales nucléaires de production d'énergie électrique, que si elles fournissent du courant électrique pour l'appui régulier, important et direct d'opérations militaires, et si de telles attaques sont le seul moyen pratique de faire cesser cet appui ; c) pour les autres objectifs militaires situés sur ces ouvrages ou installations ou à proximité, que s'ils sont utilisés pour l'appui régulier, important et direct d'opérations militaires, et si de telles attaques sont le seul moyen pratique de faire cesser cet appui. 3. Dans tous les cas, la population civile et les personnes civiles continuent de bénéficier de toutes les protections qui leur sont conférées par le droit international, y compris des mesures de précaution prévues par l'article 57. Si la protection cesse et si l'un des ouvrages, l'une des installations ou l'un des objectifs militaires mentionnés au paragraphe 1 est attaqué, toutes les précautions possibles dans la pratique doivent être prises pour éviter que les forces dangereuses soient libérées. 4. Il est interdit de faire de l'un des ouvrages, de l'une des installations ou de l'un des objectifs militaires mentionnés au paragraphe 1 l'objet de représailles. 5. Les parties au conflit s'efforceront de ne pas placer d'objectifs militaires à proximité des ouvrages ou installations mentionnés au paragraphe 1. Néanmoins, les installations établies à seule fin de défendre les ouvrages ou installations protégés contre les attaques sont autorisées et ne doivent pas être elles-mêmes l'objet d'attaques, à condition qu'elles ne soient pas utilisées dans les hostilités, sauf pour les actions défensives nécessaires afin de répondre aux attaques contre les ouvrages ou installations protégés et que leur armement soit limité aux armes qui ne peuvent servir qu'à repousser

éventuelles dans la population ne sont pas « sévères », les forces armées auraient toute la latitude de lancer des attaques. C'est vouloir octroyer là, une sorte d'auto-conscience aux commandants militaires de juger ou non des effets des attaques des forces armées sous leur responsabilité dans des circonstances où l'urgence et la nécessité ne permettent pas toujours un jugement distancié et objectif. Cette disposition transfère également aux différentes autorités militaires la responsabilité de décider du sort d'une attaque et celle de s'interroger sur les effets éventuels de toute décision militaire relativement à ces ouvrages ou installations.

L'article 56 contient, en outre, des éléments de connexion avec l'article 54 du même protocole puisque les barrages peuvent produire de l'énergie électrique et servir à l'irrigation ou avoisiner des réservoirs d'eau. La CIJ a eu l'occasion de vérifier le respect de l'article 56 du protocole I dans une situation où les forces armées ougandaises avaient menacé de faire sauter le barrage d'Inga en 1998, écartant à la suite de cet examen, la violation du protocole, du fait que celui-ci n'inclut pas la menace de destruction d'un barrage mais seulement les attaques susceptibles de libérer ses forces dangereuses⁸³. On peut en déduire que seule la violation de la règle aurait ce caractère. En effet, il est admis que le fait de lancer des attaques contre ces ouvrages ou ces installations constitue un crime de guerre en vertu de l'article 85 § 3, c du protocole I. Ceci s'explique par les dangers inhérents aux destructions de ces ouvrages, d'autant que

une action ennemie contre les ouvrages ou installations protégés. 6. Les Hautes Parties contractantes et les parties au conflit sont instamment invitées à conclure entre elles d'autres accords pour assurer une protection supplémentaire des biens contenant des forces dangereuses. 7. Pour faciliter l'identification des biens protégés par le présent article, les parties au conflit pourront les marquer au moyen d'un signe spécial consistant en un groupe de trois cercles orange vif disposés sur un même axe comme il est spécifié à l'article 16 de l'annexe I au présent protocole [à l'article 17 de l'annexe révisée]. L'absence d'une telle signalisation ne dispense en rien les parties au conflit des obligations découlant du présent article. »

⁸³ CIJ, *affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c/ Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, *Rec.* 2005.

Les ressources en eau en période de conflit armé

« l'expérience des conflits armés a démontré que ce sont des cibles privilégiées dont la destruction pourrait décider de l'issue d'une bataille et même d'une guerre »⁸⁴. On peut citer parmi ces actes de guerre hostiles, les bombardements des stations hydro-électriques irakiens pendant la guerre du Golfe en 1991⁸⁵, les attaques des forces de l'OTAN contre certains barrages et digues au Kosovo⁸⁶, les attaques américaines contre les barrages et digues dans le conflit du Vietnam même si les Etats-Unis avaient déclaré que les dommages causés étaient accidentels ou secondaires.

La liste des ouvrages et des installations visés est limitative. Lors de la conférence diplomatique de 1977, on a écarté les autres installations destinées à l'extraction et au stockage de produits pétroliers. Il faut noter qu'un amendement introduit par l'Algérie, le Nigeria, l'Egypte, le Soudan, l'Arabie Saoudite, entendait inclure dans le protocole I, un article intitulé « Principes généraux pour la protection des ressources pétrolières et des installations destinées à l'extraction, au stockage, au transport et au raffinage de pétrole », en vain⁸⁷. Mais une certaine doctrine voudrait qu'elles bénéficient néanmoins de la protection des dispositions du droit des conflits armés liées à l'environnement.

Quoiqu'il en soit, pour parer à toute éventualité de dommage, la protection de ces ouvrages pourra être maximisée avec l'adoption d'un signe spécial international (trois cercles orange alignés sur le même axe) à disposer sur ces ouvrages ou installations⁸⁸. En dépit des dispositions humanitaires susmentionnées, la protection devra être renforcée en période de conflit armé non international.

⁸⁴ Cf. A. ZEMMALI, *op. cit.*, p. 606.

⁸⁵ Cf. D. MOMTAZ, *op. cit.*, p. 201.

⁸⁶ Voir Djamchid MOMTAZ, « 'L'intervention d'humanité', de l'OTAN au Kosovo et la règle du non recours à la force », *RICR*, mars 2000, vol. 82, n° 837, p. 89-101 ; Ph. KOVACS, « Intervention armée des forces de l'OTAN au Kosovo », *RICR*, mars 2000, p. 103-128.

⁸⁷ Cf. Actes CDDH/III/G.T. 62/Rev. 1 du 4 mai 1976.

⁸⁸ Art. 16, annexe I au protocole I de 1977.

2 - L'eau, un bien accessoirement protégé en période de conflit armé non international

Il faut tout de même déplorer l'inexistence d'un pendant à certains de ces articles dans le protocole II de 1977. En effet, l'interdiction de représailles contre les biens protégés ne ressort pas expressément des dispositions de ce protocole. Dès lors, on ne peut manquer de s'interroger sur les limites induites par cette absence. Une partie rebelle peut-elle s'attaquer en représailles aux biens de caractère civil placés sous la responsabilité des forces armées gouvernementales ? Une réponse négative ne pourra, ici, être déduite que par référence aux principes fondamentaux du DIH qui commandent d'épargner en toutes circonstances les membres de la population civile et qui interdisent les attaques visant à semer la terreur ou à affamer les personnes civiles. Ceci reste d'autant plus préoccupant qu'il existe une grande pauvreté des dispositions protectrices dans le domaine des conflits armés non internationaux alors que plus de 80 % des guerres modernes opposent des gouvernements légaux à des mouvements rebelles au sein de leur territoire. En outre, vouloir prôner une extension maximale de l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève de 1949⁸⁹ à

⁸⁹ L'article 3 dispose : « En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes : 1. Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue. À cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus : a. les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ; b. les prises d'otages ; c. les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants ; d. les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué,

Les ressources en eau en période de conflit armé

toutes les situations non prévues, ne cessera pas de susciter des controverses.

Mais la doctrine et différentes résolutions d'institutions savantes (Institut de droit international, Institut international de droit humanitaire, Association de droit international) considèrent que ces prescriptions et ces prohibitions peuvent être étendues au domaine des conflits internes, en illustrant leurs propositions sur une disposition qui semble s'en rapprocher puisque l'article 14 du protocole II contient une interdiction d'attaquer « les biens indispensables à la survie de la population civile tels que... les installations et réserves d'eau potable et les ouvrages d'irrigation ». Il reste cependant que cette lacune du protocole II relativement à l'environnement naturel, laisse planer un malaise qu'essayent de combler les analyses doctrinales dans le sens d'interprétations téléologiques. Cette protection de l'eau, incluse dans celle de la catégorie des biens civils, est fondée sur son importance pour la population civile.

B – La protection de l'eau au bénéfice de la population civile

Au-delà de la *summa divisio* entre objectifs militaires et biens de caractère civil⁹⁰, le DIH met l'accent sur l'interdiction pour les combattants de causer des maux superflus⁹¹ et sur le principe de

assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés. 2. Les blessés et les malades seront recueillis et soignés. Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux parties au conflit. Les parties au conflit s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente convention. L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des parties au conflit ».

⁹⁰ Art. 52 § 1 précise que « les biens de caractère civil ne doivent être l'objet ni d'attaques ni de représailles. Sont biens de caractère civil, tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires... » et le § 2, première phrase, ajoute : « Les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires ».

⁹¹ La déclaration de Saint-Pétersbourg à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre des 29 novembre-11 décembre 1868 posait

proportionnalité (rapport entre les moyens mis en œuvre et les destructions et leur valeur sur le plan militaire). Ces principes justifient la protection de la population civile.

Cette protection de l'eau est donc une protection finalisée du fait de la difficulté d'accès à cette ressource pendant les conflits armés. On comprend alors les interdictions d'affamer la population civile de façon directe ou indirecte⁹². Il en résulte que l'eau est protégée en tant que bien collectif pour les besoins de la catégorie des non combattants, globalisée par l'expression « population civile » (1), mais l'eau est aussi de plus en plus considérée comme support d'un droit fondamental individuel exprimé en « droit à l'eau » (2).

1 - L'eau, bien collectif pour les populations civiles

Le droit des conflits armés prohibe tout acte de belligérance envers la catégorie des non-combattants ou autres personnes civiles. A celles-ci, on assimile les personnes qui ne participent pas aux hostilités ou qui cessent de le faire. Ces personnes sont protégées des exactions, représailles, déplacements forcés, attaques indiscriminées, en somme, contre les dangers et menaces résultant d'opérations militaires.

L'article 85 du protocole I range dans la catégorie des infractions graves les attaques contre les ouvrages et installations contenant des forces dangereuses (§ 3, c) et contre les biens de caractère civil (§ 3, b).

déjà que « le seul but que les belligérants doivent poursuivre pendant la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi (et) qu'il suffit donc de mettre hors de combat le plus grand nombre possible d'hommes ; ce but serait dépassé par l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat, ou rendraient leur mort inévitable ».

⁹² La règle fondamentale, en ce domaine, figure à l'article 48 du protocole additionnel I de 1977, ainsi libellé : « En vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires. »

Les ressources en eau en période de conflit armé

L'article 19 du projet de la commission du droit international relatif à la responsabilité des Etats adopté en 1996⁹³, cite comme exemples de crimes internationaux, ceux résultant « d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'environnement, comme celle interdisant la pollution massive de l'atmosphère et des mers ». Cette disposition se retrouve parmi les crimes de guerre et les autres infractions et violations graves aux conventions de Genève⁹⁴

L'impact de l'eau sur l'environnement naturel et la sécurité des populations implique la protection des personnes vulnérables. En vertu de la IV^e convention de Genève de 1949 et du protocole I, les réfugiés bénéficient de ces dispositions protectrices et par extension, les personnes déplacées à l'intérieur de leur pays. Sauf en cas de nécessité absolue, il est interdit de procéder à des déplacements forcés de population. Malheureusement, ces dispositions ne sont pas toujours respectées. Ainsi, lors de l'exode rwandais de 1994, les réfugiés ont été dirigés vers des zones désertiques de Goma (R.D.C.), ce qui a contribué à l'amplification du génocide⁹⁵.

Une expression de plus en plus consacrée qualifie d'« éco-réfugiés » ou de « réfugiés environnementaux »⁹⁶ ces personnes qui quittent des zones arides pour des milieux plus favorables à leur subsistance. Souvent, ces déplacements massifs sont utilisés à dessein par les parties belligérantes pour créer des situations d'aggravation de la conflictualité : purification ethnique, violations systématiques des

⁹³ Jean Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier, op. cit.*, note n° 33.

⁹⁴ Art. 8 du statut de la Cour pénale internationale adopté à Rome en 1998.

⁹⁵ Cf. *Water and War*, Symposium on Water in armed conflict, Montreux, 21-23 November 1994, Report, Geneva, ICRC, 1995.

⁹⁶ Le programme environnemental des Nations unies (PNUE) définit les réfugiés environnementaux comme « des personnes forcées de quitter leurs habitations traditionnelles d'une façon temporaire ou permanente, à cause (naturelle ou humaine) d'une dégradation nette de leur environnement qui bouleverse gravement leur cadre de vie et/ou qui déséquilibre sérieusement leur qualité de vie. », voir Essam EL-HINNAWI, *Environmental Refugees, United Nations Environment Program*, Nairobi, 1985.

droits humains, politique de la terre brûlée, voire empoisonnement des eaux des puits. De même, des dommages durables à l'environnement et à l'infrastructure des pays d'accueil peuvent être involontairement créés par l'occupation de vastes étendues, l'utilisation de bois, de puits ou de système de distribution d'eau.

L'eau, besoin élémentaire de l'homme, participe aux soins des blessés et malades. Les secours destinés aux personnes vulnérables comportent l'eau potable pour les prisonniers de guerre⁹⁷ et les internés civils⁹⁸. Une innovation introduite par le protocole I (art. 61 à 67) est la nécessité de la création par les Etats d'un Service national de protection civile qui doit assurer la sauvegarde de la population civile en période de conflit armé et qui a, entre autres tâches, le rétablissement d'urgence des services d'utilité publique (par exemple, l'approvisionnement en eau de la population civile).

A cet égard, le comité international de la Croix-Rouge a été amené à effectuer des actions de distribution d'eau en Irak après la guerre du Golfe de 1991, à suppléer à la déficience de ces services au Yémen après la guerre civile de 1994 et en Bosnie-Herzégovine⁹⁹. Les victimes des conflits armés disposent d'un droit de recevoir des secours essentiels à leur survie. Ce droit d'assistance comprend le libre passage des biens nécessaires à la survie de la population civile, même en cas de blocus (article 23 de la IV^e convention de 1949). Les Etats sont tenus d'accepter de telles actions de secours qui ne sont pas considérées comme des actes hostiles, surtout si la population souffre de privations (article 18 du protocole II).

L'Etat devra autoriser de telles actions secourables. La CIJ abondait dans ce sens : « pour ne pas avoir le caractère d'une intervention condamnable dans les affaires intérieures d'un autre Etat, non seulement « l'assistance humanitaire » doit se limiter aux fins consacrées par la pratique de la Croix-Rouge, à savoir « prévenir et alléger les souffrances des hommes » et « protéger la vie et la santé, faire respecter la personne humaine » ; elle doit, aussi et surtout, être

⁹⁷ Articles 20 et 46 de la III^e convention de Genève de 1949.

⁹⁸ Art. 26 al. 3, III^e convention et art. 89 al. 3 de la IV^e convention de 1949.

⁹⁹ Cf. Aneur ZEMMALI, *op. cit.*, p. 609.

Les ressources en eau en période de conflit armé

prodiguée sans discrimination à toute personne dans le besoin... »¹⁰⁰. A ces considérations, il faut ajouter la promotion de plus en plus avancée d'un droit à l'eau.

2 - L'eau comme un droit de la personne humaine

Depuis quelques décennies, l'idée de conférer à la personne humaine un droit à l'eau semble séduire la communauté internationale au point que des propositions se sont efforcées d'en définir le contenu et d'en circonscrire les contours. Aussi, ce droit est-il défini dans la déclaration de Madère, comme « le droit pour toute personne, quel que soit son niveau économique, de disposer d'une quantité minimale d'eau de bonne qualité qui soit suffisante pour la vie et la santé. »¹⁰¹ Cette définition rejoint la proposition de Jean Ziegler, dans son rapport sur le droit à l'alimentation, ainsi formulée : « Le droit à l'alimentation est le droit d'avoir un accès régulier, permanent et libre, soit directement, soit au moyen d'achats monétaires, à une nourriture quantitativement et qualitativement adéquate et suffisante »¹⁰², ce qui engloberait nécessairement « le droit à une nourriture solide et à une nourriture liquide c'est-à-dire, dans ce dernier cas, à l'eau potable ».¹⁰³

¹⁰⁰ CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires des Etats-Unis au Nicaragua et contre celui-ci*, Arrêt du 27 juin 1986, *Rec.* 1986, p. 124-125.

¹⁰¹ Conseil européen du droit de l'environnement, Déclaration de Madère sur la gestion durable des ressources en eau, avril 1999, *Revue Européenne de droit de l'environnement*, vol. 3, p. 359-61 (2000) ; voir aussi www.madinfo.pt/organismos/aream/cede_fr.html

¹⁰² Voir son rapport sur le droit à l'alimentation présenté à l'Assemblée générale des Nations unies (A/56/210). De même, selon les conclusions du Water Symposium de Stockholm (août 2000), "Human right to water basically refers to provision of a minimum amount of safe water required for basic human needs".

¹⁰³ Parmi les termes de référence du rapporteur spécial pour le droit à l'alimentation, il lui était recommandé par le Comité des droits de l'homme de prêter une attention spéciale à la question de l'eau potable, voir *Rec.* 2001/25.

C'est dans ce sens qu'il faut replacer le protocole de Maputo de 2003 par rapport à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits de la femme en Afrique qui prévoit le droit à la sécurité alimentaire en son article 15 : « Les Etats parties assurent aux femmes le droit d'accès à une alimentation saine et adéquate. A cet égard, ils prennent les mesures nécessaires pour : a) assurer aux femmes l'accès à l'eau potable, aux sources d'énergie domestique, à la terre et aux moyens de production alimentaire ; b) établir des systèmes d'approvisionnement et de stockage adéquats pour assurer aux femmes la sécurité alimentaire. »

En fait, l'exégèse des nombreux textes relatifs aux droits de la personne humaine permet d'offrir un creuset de réception d'un droit à l'eau en étroite imbrication avec d'autres droits humains. Aussi, peut-on raisonnablement soutenir, l'idée que ce droit nouveau ne saurait durablement s'établir que s'il est mis en corrélation avec le droit à un niveau de vie suffisant¹⁰⁴, le droit à la santé¹⁰⁵, le droit à la dignité, le droit à la vie¹⁰⁶, le droit au logement¹⁰⁷, le droit à l'alimentation, ou encore le droit à l'environnement¹⁰⁸, catalogue de

¹⁰⁴ Selon l'article 11 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, « Les Etats reconnaissent... le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisant » (art. 11 § 1).

¹⁰⁵ Ce droit est ainsi proclamé par l'art.12 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : « ... le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre. » ; voir Observation générale n° 14 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels en 2000 sur « le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint » (Doc.E/C.12/2000/4).

¹⁰⁶ Art. 6 du pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

¹⁰⁷ Selon le comité des droits économiques, sociaux et culturels dans son observation générale n° 4, en 1991, « Tous les bénéficiaires du droit à un logement convenable doivent avoir un accès permanent à des ressources naturelles et communes : de l'eau potable » ; voir aussi le rapport de M. Kothari sur le logement adéquat, adressé au comité des droits de l'homme (Doc. E/CN.4/2001/51).

¹⁰⁸ Le droit à l'environnement est reconnu dans de nombreuses conventions internationales, comme la charte africaine des droits de l'homme et des

Les ressources en eau en période de conflit armé

droits libellés de manière implicite ou explicite dans l'art. 25 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qui en est la source inspiratrice, à savoir : « Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ». Dans le même sillage, on peut souligner l'apport de l'ancienne Organisation de l'unité africaine avec la charte africaine des droits et du bien être de l'enfant de juillet 1990, qui reconnaît qu'il incombe à l'Etat l'obligation de prendre les mesures nécessaires « pour garantir la fourniture d'une alimentation et d'une eau de boisson saine et en quantité suffisante. »¹⁰⁹

Beaucoup d'instances internationales comme la commission du développement durable¹¹⁰, le comité des droits économiques, sociaux et culturels¹¹¹ ou encore l'Assemblée générale de l'ONU¹¹² se sont

peuples de 1981 dont l'article 24 énonce : « Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement », ou encore l'article 18 du protocole sur le droit des femmes en Afrique. Il en est de même de l'art. 1^{er} de la convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement qui lie le droit à l'environnement au droit à la santé.

¹⁰⁹ Voir également l'art. 11 du protocole de San Salvador sur les droits économiques, sociaux et culturels de 1988, additionnel à la convention américaine des droits de l'homme de 1969.

¹¹⁰ En avril 2005, Mikhaïl Gorbatchev, président du Comité international de la Croix Verte, préconisait dans ce cadre, une convention universelle sur le droit à l'eau qui « fournirait à tous les peuples un instrument juridique pour défendre leur droit à une eau saine et à des installations sanitaires décentes et qui obligerait les gouvernements à assurer sa mise en œuvre. »

¹¹¹ Le 26 novembre 2002, ce comité a adopté l'observation n° 15 sur le droit à l'eau qualifié d'indispensable pour mener une vie digne, c'est-à-dire un « bien public fondamental nécessaire à la réalisation des autres droits de l'homme » et qui ressortirait implicitement de l'art. 12 du pacte sur les DESC qui lui-même est relatif « au droit à un niveau de vie adéquat et au meilleur niveau de santé possible ».

¹¹² L'AGNU reconnaît le droit à « l'eau potable, salubre, propre » comme un droit fondamental, essentiel au plein exercice du droit à la vie et de tous les droits de l'Homme. Voir Res. A/04/L.63/Rev.1.

évertué à en densifier la teneur et à en promouvoir la positivité. Le droit à l'eau fait partie de ces nombreux et nouveaux droits de la personne humaine au contenu discuté, en raison de la difficulté d'imposer à tout Etat, d'en être le débiteur par la mise à disposition de tous les moyens nécessaires et/ou par la poursuite d'un résultat objectivement circonscrit, en matière d'assainissement, de transport, de distribution et de coûts de l'eau. Il peut également être considéré comme un droit à réalisation progressive, ce qui devrait offrir à l'Etat une possibilité de moduler graduellement ses efforts de fourniture et d'accès à l'eau potable pour ses citoyens en fonction de ses capacités technologiques. Au surplus, on pourrait analyser le droit à l'eau comme un adjuvant ou une condition de réalisation des autres droits dont il constitue un maillon dans la longue chaîne des conquêtes abouties ou des combats à mener pour l'épanouissement de la personne humaine.

*

* *

L'eau, composante essentielle de l'environnement et élément vital pour l'homme, est souvent l'enjeu et la victime des conflits armés¹¹³. Il en appert la nécessité de la clarification d'un statut, du fait de la difficulté d'établir une logique unificatrice devant la pluralité normative ainsi induite. Certaines lacunes ont été également relevées, notamment cette variabilité et cette contingence de la protection de l'eau ployant devant les nécessités militaires et la mutabilité du critère des objectifs militaires. On peut également souligner la difficulté d'apprécier les qualificatifs attachés aux dommages « étendus, durables et graves » ou aux pertes « sévères ».

D'autres faiblesses de la protection se retrouvent au niveau des conflits armés non internationaux dans la mesure où le protocole I de

¹¹³ Cf. « La guerre fauteur de crimes écologiques », *Le Monde*, 30 janvier 1991 ; Charles CHESNOT, *La bataille de l'eau au Proche-Orient*, L'Harmattan, Paris, 1993 ; Jacques SIRONNEAU, « L'eau, ressource stratégique », *Géopolitique*, n° 43, automne 1993.

Les ressources en eau en période de conflit armé

1977 ne mentionne pas expressément l'interdiction de représailles contre les biens indispensables (art. 4) et les ouvrages et installations contenant des forces dangereuses (art. 15). Enfin, il faut relever une autre anomalie : l'inexistence d'article portant sur l'environnement naturel pour les conflits armés non internationaux (protocole II).

Au-delà de ces constats d'insuffisance du DIH, la protection des ressources en eau en période de conflit armé n'en révèle pas moins la possibilité de soumission à des règles complémentaires du droit de l'environnement éclairées par la panoplie des droits de l'homme.

VARIA

LA GREVE DANS LA CONSTITUTION DU SENEGAL DE JANVIER 2001

par **Amadou Faye,**
maître-assistant à la Faculté
des sciences juridiques et politiques – UCAD

Les rapports entre l'employeur et les salariés ne se déroulent pas toujours sans heurts. D'ailleurs, il ne peut en être autrement. Car dans toute vie sociale, des conflits sont toujours possibles, et il serait illusoire de ne pas les prévoir. Le droit se serait même fossilisé s'il n'avait pas envisagé ce genre de situations en leur apportant des solutions. L'harmonie sociale est à ce prix ! On comprend dès lors pourquoi le législateur sénégalais s'est intéressé à la grève.

Au premier abord, la tâche n'est pas aisée, car la grève est un rapport de force, et à ce titre, il n'est pas facile de l'appréhender, dans la mesure où on ne maîtrise pas toujours les règles qui commandent son existence. Très pertinent dans sa démarche, le constituant prend en compte cette conquête des travailleurs, et lui consacre une place dans l'alinéa 4 de l'article 25 ainsi rédigé : « Le droit de grève est reconnu. Il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent. Il ne peut en aucun cas ni porter atteinte à la liberté du travail, ni mettre l'entreprise en péril ».

En prenant parti pour la légalité du comportement du travailleur, le législateur veut couper court à toute discussion relative à la qualification d'une action collective en une grève. Par la même occasion, il entend sauvegarder le contrat, celui-ci étant simplement suspendu ; il en résulte que le travailleur est à l'abri de toutes représailles de la part de son employeur¹.

¹ Code du travail (C.T.), article L 70 paragraphe 6. A la fin de la grève, les travailleurs peuvent réintégrer leur emploi sans craindre de sanctions

Mais l'objectif ainsi visé est-il atteint ? Est-ce sûr que la grève est une notion si précise qu'elle n'appelle aucune interprétation ? L'œuvre entreprise par le législateur emporte difficilement l'adhésion. Certes, on souscrit entièrement à la reconnaissance de la grève, mais on ne doit pas se voiler la face : la clarté n'est point de mise dans l'attitude du législateur, tout ressemble à une nébuleuse.

Comment distinguer la grève des autres mouvements collectifs ? Aucune piste dans l'article 25 de la constitution, encore moins dans les lois auxquelles renvoie ce texte². Et pourtant, la précision s'impose car en raison des conséquences qu'elle engendre pour les travailleurs, la notion de grève ne doit souffrir d'aucune ambiguïté³. On peut encore localiser d'autres difficultés dans l'article 25 de la constitution lorsque le législateur décide que la grève ne peut porter atteinte à la liberté du travail, et qu'en aucun cas, elle ne doit mettre l'entreprise en péril.

Au risque d'être catégorique, ces conditions auxquelles est assortie l'exercice de la grève ne sont-elles pas de nature à saper ce droit des travailleurs, à en faire un principe vidé de tout intérêt ? Tout ceci semble évident à la seule lecture de l'article 25 alinéa 4. Mais puisqu'en droit, l'évidence n'a pas de place, seule la démonstration

disciplinaires. Quant à la rémunération, elle n'est pas due en principe car il s'agit de la contrepartie de la prestation de travail. Cependant il est permis aux parties de déroger à ce principe par convention contraire ; ainsi une convention collective, un accord d'établissement ou un protocole d'accord peut accorder tout ou partie de la rémunération ; voir décret n° 70-183 du 20 février 1970, art. 6, *JORS* du 9 mars 1971.

² Le code du travail ne définit pas la grève.

³ Sur la différence entre grève et certains actes collectifs (moyens de pression et actes d'indiscipline) et les conséquences qui s'y attachent, voir G. LEVASSEUR, « La notion de grève », *D. soc.* 1960, p. 654 ; voir aussi J. ISSA-SAYEGH, *Droit du travail sénégalais*, 1987, NEA, t. XLII, p. 583. Analysant ces actes qui, généralement, sont illicites (destruction des locaux et du matériel de l'entreprise, séquestration des dirigeants, coups et blessures sur la personne des dirigeants), cet auteur écrit avec juste raison que « Ces faits sont sanctionnés pénalement car la grève ne peut constituer un fait justificatif de ces délits ; ... ils n'ont pas pour effet, non plus, de rendre illicite une grève licite ».

La grève dans la constitution du Sénégal

s'impose ; il sied, pour les besoins de l'analyse, de s'attacher à la lettre de l'article 25 alinéa 4. On commencera par examiner dans ce texte, ce qu'il y a de plus classique, à savoir que la grève est un droit reconnu mais s'exerçant dans le cadre des lois (I), avant de porter la réflexion sur ce qui est nouveau : un droit qui ne doit pas mettre l'entreprise en péril (II).

I – Un droit reconnu mais s'exerçant dans le cadre des lois

Rapport de force ou moyen de pression, la grève bénéficie d'une reconnaissance constitutionnelle (A) mais elle ne peut s'exercer que dans le cadre des lois qui la régissent (B).

A – Un droit reconnu

En considérant la grève comme un « droit », l'article 25 entend conférer des garanties aux salariés. C'est une rupture avec toute autre solution qui envisagerait la grève comme un délit⁴ ou comme un abus⁵, en résumé comme une violation du contrat de travail. Sans doute, le droit sénégalais ne se détache pas du modèle français qui l'inspire, mais la formule utilisée pour la reconnaissance du droit de grève n'est pas la même.

Alors qu'en droit français, la reconnaissance est faite de façon tacite⁶, en droit sénégalais c'est de manière expresse qu'opère le législateur. En témoigne la formule consacrée : « Le droit de grève est reconnu ». On peut aussi relever que le format adopté pour l'érection de la grève en « droit » n'est pas identique dans ces deux législations.

Si on se réfère au droit français, c'est dans l'alinéa 7 du préambule de la constitution auquel renvoie la constitution de 1958 que l'on peut

⁴ Sur cette question, voir Hélène SINAY et J. Claude JAVILLIER, *La grève*, t. 6, 2^e éd., Dalloz 1984, p. 84 à 86 ; Martine BIHAN-GUENOLE, *Droit du travail*, 6^e éd., 2007-2008, Hachette supérieur.

⁵ Hélène SINAY et J. Claude JAVILLIER, *op. cit.*, p. 87 ; Martine BIHAN-GUENOLE, *op. cit.*, p. 152.

⁶ La formule consacrée par le droit français est la suivante : « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

trouver la consécration du droit de grève. En droit sénégalais, c'est dans le texte même de la constitution, précisément dans l'alinéa 4 de l'article 25 qu'il faut rechercher la reconnaissance du droit de grève.

Malgré la différence de méthode, le droit français et le droit sénégalais abondent dans le même sens. Il est en effet admis que même si la grève figure dans le préambule de la constitution et non dans le texte lui-même, elle a une valeur de principe constitutionnel. La solution ainsi avancée est tout à fait fondée. Elle est même conforme à l'analyse aujourd'hui retenue selon laquelle le préambule de la constitution fait partie intégrante de la constitution⁷.

D'ailleurs, la doctrine n'a pas hésité un seul instant pour écrire que la disposition « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent » est (précisément) une règle de conduite, une prescription précise et comme telle, elle vaut norme, et norme constitutionnelle⁸. Les dispositions constitutionnelles précitées ont donc pour effet d'affirmer positivement le droit de grève. De ce constat, la Cour de cassation française a tiré la conséquence suivante : « L'affirmation du droit de grève qui est devenue une modalité de la défense des intérêts personnels ne peut se concilier avec la rupture du contrat de travail qui résulterait de l'exercice de ce droit »⁹.

Cette position s'accorde pleinement avec la loi du 11 février 1950¹⁰, et elle est tout à fait logique, mais elle ne consacre pas pour autant le caractère absolu du droit de grève. C'est d'ailleurs pour cette

⁷ Sur cette question, voir A. LOADA et M. IBRIGA, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Collection Précis de droit burkinabé, mars 2007, p. 123. Les auteurs analysent la constitution burkinabé de 1991, mais également les constitutions françaises de 1946 et 1958. Voir également, L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité », *Mélanges Eisenmann*, 1975, p. 235 et *Rev. Dr. Public*, 1971, 811 ; A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », *Droit social*, 1982, p. 618 et s. ; M. DEBENE, « Le Conseil constitutionnel et les principes particulièrement nécessaires à notre temps », *A.J.D.A.*, 1958, p. 531.

⁸ Sur cette doctrine, voir H. SINAY et J.L. JAVILLIER, *op. cit.*, p. 91.

⁹ Soc. 18 juin 1951, *D. Soc.* 1951.53.

¹⁰ Ce texte dispose : « Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié... en raison de l'exercice normal du droit de grève » (Art. L 122-45).

La grève dans la constitution du Sénégal

raison qu'un auteur a pu écrire : « Le droit est, par sa nature même, énonciateur de ses limites et, par conséquent, du moment où la grève a accepté de devenir un droit, elle s'est nécessairement pliée à ce que des conditions ou des restrictions soient fixées à son exercice »¹¹. Concrètement, cela signifie que le droit de grève est délimité ; en d'autres termes, il ne peut s'exercer que dans le cadre des lois qui le régissent.

B – Un droit s'exerçant dans le cadre des lois

Conçue comme un « droit », la grève est une liberté ayant une assise constitutionnelle, mais dans les textes, tant en France qu'au Sénégal, elle ne fait l'objet d'aucune définition. Devant le silence de la loi, l'éclairage sur les contours de cette notion doit être recherché dans la jurisprudence. Pour elle, tout mouvement collectif n'est pas nécessairement une grève. Dans la mesure où elle sait que la qualification d'une action collective en une grève emporte protection pour les salariés, la Cour de cassation française a été amenée à définir la grève en ces termes : « C'est une action collective et concertée du travail en vue d'aboutir au succès de revendications professionnelles »¹².

Sans rouvrir le débat sur cette définition hautement analysée en doctrine¹³, on retiendra que la grève, parce qu'il s'agit d'une liberté, est un acte individuel dont l'exercice est collectif¹⁴. Une certaine

¹¹ P. HORION, *Grève et lock-out, rapport de synthèse*, p. 17, Collection de droit du travail. 2 – Le droit du travail dans la communauté, vol. V, Luxembourg, 1961.

¹² Soc. 23 janvier 1963, *BV* n° 41, La définition est immuable, voir Soc. 15 janv. 1991, 4 nov. 1992, 12 déc. 2000, in J.M. VERDIER, Alain COEURET, M. Armelle SOURIAU, *Droit du travail*, vol. I, Rapports collectifs, Mémentos 13^e éd., Dalloz 2005, p. 256-260.

¹³ H. SINAY et J.C. JAVILLIER, *op. cit.*, p. 157 à 181, J.J. DUPEYROUX, « Le droit de grève protège-t-il les salariés ? *Le Monde* du 28 juin 1977 ; Antoine MAZEAUD, *Droit du travail*, 2^e éd., Montchrestien 2000, p. 208 à 214.

¹⁴ La grève d'un seul salarié est licite lorsqu'elle est reliée à un mouvement plus vaste (branche, région...). De même, il est admis dans les entreprises

entente est donc nécessaire ; mais aucune initiative syndicale n'est exigée¹⁵. Il ressort ainsi de l'analyse de la jurisprudence française que la grève est une liberté dont tout salarié est titulaire¹⁶, et que, même déclenchée par un groupe de travailleurs inorganisés, elle n'en est pas moins licite. Il faut ajouter que la cessation du travail doit être totale. Bien qu'il n'existe, à l'instar du droit français, à notre connaissance, aucune jurisprudence sur la définition de la grève, on peut retenir la même solution en droit sénégalais. Mais on observera que, contrairement au droit français¹⁷, en droit sénégalais la grève repose sur un certain formalisme.

Il suffit de se référer aux articles L 271 à 273 du code du travail pour se rendre à l'évidence que la grève est une liberté encadrée ; elle est soumise à la procédure de règlement des conflits collectifs du travail. L'article 272 exige que le conflit soit notifié immédiatement par la partie la plus diligente : à l'inspecteur du travail lorsque le conflit est limité au ressort d'une inspection régionale du travail et de la sécurité sociale ; au directeur général du travail et de la sécurité sociale lorsque le conflit s'étend sur les ressorts de plusieurs inspections régionales du travail et de la sécurité sociale. L'article L 273, de son côté, impose le dépôt d'un préavis de trente jours au

comportant un seul salarié que celui-ci peut exercer le droit de grève ; voir J.M. VERDIER, A. COEURET, M. A. SOURIAU, *op. cit.*, p. 256.

¹⁵ Voir J. ISSA-SAYEGH, « Le droit sénégalais comme le droit français ne consacre pas la conception organique de la grève. L'exercice de ce droit appartient aux salariés qui l'exercent collectivement et non au syndicat », *Droit du travail sénégalais, op. cit.*, p. 584.

¹⁶ Voir sur cette question, J.C. JAVILLIER, « Rapport de synthèse, Les libertés publiques propres aux travailleurs », Table ronde n° 2, *D. soc.* 1982, p. 442.

¹⁷ Lors de la précampagne présidentielle, le président français Nicolas SARKOZY, évoquant la question de l'abus du droit de grève, a affirmé que, en cas de conflit, « la loi doit prévoir que, dans les huit jours, soit organisé un vote à bulletin secrets pour en finir avec la dictature de certaines minorités ». L'idée ainsi préconisée est tout à fait claire, et rien n'interdit de dire que dans l'avenir, le droit français de la grève sera formaliste.

La grève dans la constitution du Sénégal

niveau des syndicats d'employeurs ou des travailleurs concernés. Ce même texte prévoit enfin une procédure de conciliation¹⁸.

Tout ce rituel décrit par le code du travail appelle de notre part quelques remarques. D'abord, il entrave l'exercice du droit de grève. En effet, c'est seulement après l'échec de la conciliation que les travailleurs seront en droit de passer à l'action ; et il leur est même demandé de respecter une date : attendre l'expiration du préavis de trente jours¹⁹. Ensuite, l'article 273 gagnerait à être aéré. Il porte sur la conciliation, mais se prononce aussi sur le préavis²⁰. On aurait dû commencer par le préavis, et terminer par la conciliation (la procédure, sa réussite et son échec) ; c'est plus logique ! Enfin, les règles mises en place condamnent toute grève inopinée.

Outre ce formalisme, le constituant interdit toute atteinte à la liberté du travail. Tout ceci est classique : à la liberté des grévistes de ne pas travailler, il y a un répondant non moins important, celui de ne pas empêcher les non grévistes de travailler. A travers cette exigence, le constituant vise sans nul doute l'entrave à la liberté du travail²¹, quelle qu'en soit la forme (menaces, voies de fait, piquets, occupations des lieux de travail...)²².

¹⁸ Elle est décrite par la convention collective. A défaut, ou en cas d'échec de ladite procédure, l'inspecteur régional du travail ou le directeur général du travail et de la sécurité sociale devra, dans les 48 heures après sa saisine, convoquer les parties. En principe, la conciliation doit intervenir dans les 10 jours qui suivent la convocation des parties. Si elle n'est pas constatée dans ce délai, la grève déclenchée après un préavis de 30 jours est licite.

¹⁹ La grève déclenchée sans préavis est illicite, voir T.T. Dakar, 8 février 2006, Cheikh Tahirou GUEYE et 29 autres c/ Socomac, C.A. Dakar, 18 juin 2008 ; Moussa DJIBA et autres c/ la Sofiex.

²⁰ Contrairement au statut général des fonctionnaires, ce texte est muet sur la forme et sur le contenu du préavis.

²¹ Voir J. M. VERDIER, Alain COEURET et Marie Armelle SOURIAU, *op. cit.*, p. 269.

²² L'occupation des lieux est prévue par l'article L 276 alinéa 4 du code du travail. Ce texte dispose « En aucun cas, l'exercice du droit de grève ne peut s'accompagner d'occupation des lieux de travail ou de leurs abords immédiats, sous peine des sanctions prévues aux articles L 275 et L 279 ». L'employeur dont l'entreprise est investie par les salariés en grève peut

On pourrait épiloguer sur cette exigence qui, au vrai, méconnaît le caractère collectif de la grève et la discipline qu'elle exige²³ mais, pour des raisons tout à fait logiques, on portera la réflexion sur la nouvelle exigence à laquelle le constituant assortit l'exercice de la grève : ce droit ne peut mettre l'entreprise en péril.

II – Examen de la condition nouvelle posée par l'article 25 de la constitution : la grève, un droit qui ne doit pas mettre l'entreprise en faillite

La grève est une liberté ou un droit qui trouve une limite dans les lois ; l'ambiance de l'article 20²⁴ de la constitution de 1963 n'est donc pas méconnue par l'article 25. Mais la nouveauté apparaît –et c'est sur cette question qu'il faut porter la réflexion– lorsque la nouvelle constitution précise que la grève ne peut « mettre l'entreprise en péril ». La condition ainsi exigée pour l'exercice de la grève pose problème ; pour comprendre cette question, il convient en conséquence de s'intéresser à ses deux composantes : « une « entreprise » et « ne pas mettre l'entreprise en péril ».

obtenir, en référé, l'expulsion des occupants. Le juge saisi a le choix entre prendre une ordonnance d'expulsion ou ne pas le faire. Si le juge ne prend pas l'ordonnance d'expulsion ou si l'ordonnance d'expulsion ne connaît pas d'exécution, les efforts de l'employeur ne seront pas inutiles puisqu'ils lui permettront d'invoquer une situation contraignante qui le libérera de son obligation de verser leurs salaires aux non grévistes empêchés de travailler par le fait de l'occupation des lieux. Il faut enfin relever que l'occupation des lieux de travail a une incidence sur la qualification de la grève. En effet, la chambre sociale de la Cour de Cassation (sénégalaise) a considéré que l'occupation de la cour de l'usine par les travailleurs et le refus de la « vider » sont constitutifs d'une grève illicite (Cassation, chambre sociale, 28 juillet 2004, arrêt n° 54).

²³ Voir H. SINAY, « La neutralisation du droit de grève », *D. Soc.* n° 3.1980, p. 250.

²⁴ Art. 20 de la constitution de 1963, voir l'al. 3 de ce texte : « Le droit de grève est reconnu. Il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent. Il ne peut en aucun cas porter atteinte à la liberté du travail ».

La grève dans la constitution du Sénégal

A – « Une entreprise »

L'article 25 de la nouvelle constitution parle d' « entreprise ». On est donc conduit à affirmer que c'est dans ce cadre que doit s'exercer le droit de grève. A la différence des économistes, qui eux, enseignent que l'entreprise est la réunion de moyens de production en vue de fournir des biens ou des services²⁵, les juristes n'ont pas une analyse unitaire de l'entreprise : le point focal de la discussion est la nature juridique de cette notion. Doit-on y voir un ensemble d'éléments matériels rassemblés par l'entrepreneur en vue de fournir des biens ou des services ? Doit-on y intégrer également les salariés ? Deux thèses ont été avancées pour répondre à ces interrogations.

1 – L'entreprise, une réalité matérielle

Cette thèse confond l'entreprise et l'entrepreneur : celui-ci peut être une personne physique ou une personne morale. Fondant son analyse sur l'apport patrimonial du chef d'entreprise, elle confère à celui-ci de larges pouvoirs : il est seul juge de la continuation ou de la fin de son exploitation. Cette thèse n'exclut pas aussi les contrats de travail passés individuellement avec chaque travailleur.

Forts de cette analyse, les auteurs favorables à cette théorie voient dans l'entreprise, une simple juxtaposition de contrats de travail ; en clair, le lieu où l'entrepreneur a investi et où s'exécutent les contrats de travail. L'apport de cette thèse est indéniable ; en raison même de la place qu'elle accorde aux apporteurs de capitaux, mais en excluant de son travail les salariés, elle oublie que l'entreprise n'est pas une simple réalité matérielle (économique), elle est également sociale²⁶.

²⁵ L'entreprise est de type capitaliste si les biens ou les services sont mis sur le marché. Mais il faut aussi retenir qu'il existe des entreprises qui ne sont pas soumises à la loi du marché. Voir N. CATALA, *L'entreprise*, Dalloz 1980, p. 126.

²⁶ Michel DESPAX, Thèse : *L'entreprise et le droit*, LGDJ 1975, p. 270-271. « L'entreprise n'est ni uniquement une cellule sociale, ni uniquement une cellule économique, elle est tout à la fois l'une et l'autre ».

2 – *L'entreprise, une réalité économique et sociale*

Cette théorie n'ignore pas la dimension économique de l'entreprise, mais contrairement à la première thèse, elle refuse de conférer un pouvoir exorbitant au chef d'entreprise. Pour elle, il y a sans doute une réunion de moyens en vue de fournir des biens ou des services, mais tous les éléments sont imbriqués les uns aux autres en raison même de l'existence d'un intérêt commun.

Avec cette manière de voir, l'entreprise se présente comme un groupement, certes hiérarchisé mais dont la finalité est la recherche du bien commun de tous ses membres. C'est d'ailleurs pour cette raison que P. Durand a pu écrire : « Employés et salariés font partie d'un même organisme, leurs intérêts sont solidaires, leur action doit servir l'utilité commune »²⁷.

Bien que l'entreprise soit un groupement, il faut d'emblée relever qu'elle n'est ni une société, ni une association, encore moins un fonds de commerce²⁸. Peut-on y voir une institution ? L'idée a été développée avec force par P. Durand. Partant du constat que les rapports individuels ne peuvent expliquer l'entreprise et qu'il faut intégrer un autre élément, à savoir les rapports collectifs entre employeurs et salariés, cet auteur arrive à la conclusion que l'entreprise est une institution²⁹.

Cette proposition est si séduisante mais elle n'a pas réussi à régler le problème de la qualification juridique de l'entreprise. Certains auteurs ont senti cette insuffisance, aussi voient-ils dans l'entreprise, une universalité de fait³⁰. Le travail mené par P. Durand est tout à fait

²⁷ P. DURAND et R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, Dalloz 1947, t. I, n° 347.

²⁸ Sur ces questions, N. CATALA, p. 142 à 145. Sur la différence entre société et entreprise, on lira avec intérêt, M. PAILLASSEAU, *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCP, Ed. G, 1984.I.3148. L'auteur montre que la société est une technique d'organisation juridique de l'entreprise.

²⁹ P. DURAND et R. JAUSSAUD, *op. cit.*, n° 339.

³⁰ H.L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien 1967, p. 323, n° 294.

La grève dans la constitution du Sénégal

magistral, mais en l'état actuel du droit positif, l'entreprise n'est pas un sujet de droit³¹.

Le débat sur la question n'est pas cependant clos ; il présente même un intérêt capital, car il permet d'appréhender les droits de l'entreprise et ceux des salariés. Reste à savoir si on est encore obligé de s'y référer si on veut comprendre l'autre exigence de l'article 25 de la constitution, à savoir « Ne pas mettre l'entreprise en péril ».

B - « Ne pas mettre l'entreprise en péril »

Même si sa démarche est simplement allusive, tout permet de croire que le législateur vise à travers la formule « ne pas mettre l'entreprise en péril » l'intérêt de l'entreprise. Ce constat ne règle pas pour autant toutes les difficultés. L'équation demeure toujours, car *a priori*, on ne sait pas ce que recouvre la notion « d'intérêt de l'entreprise ». L'intérêt de l'entreprise s'identifie-t-il à l'intérêt de l'entrepreneur ?

L'examen de cette notion exige-il que l'on prenne en compte à la fois l'intérêt de l'entreprise et ceux des travailleurs ? Le problème n'est donc pas aussi simple qu'on le pense. Deux thèses ont été avancées pour expliquer la notion d'intérêt de l'entreprise.

1 - Les thèses

L'une met l'accent sur l'employeur, l'autre est institutionnelle.

a - Intérêt de l'entreprise et intérêt de l'employeur

Dans cette conception, entre les intérêts en présence, au sein de l'entreprise, seul l'intérêt de l'entrepreneur doit être pris en considération. Cette primauté accordée à l'employeur s'explique parce que c'est lui qui dispose des moyens matériels nécessaires à la production. Les contrats des travailleurs ne sont pas ignorés mais leur existence et leur maintien dépendent du bon vouloir de

³¹ M. DESPAX retient cette analyse, mais dans la mesure où l'entreprise est une notion en voie d'évolution, l'auteur propose de la considérer comme un sujet de droit « naissant », Thèse, *op. cit.*, p. 411.

l'entrepreneur. Avec cette analyse qui appréhende l'entreprise à travers les capitaux³², l'intérêt de l'entreprise se confond avec l'intérêt de l'entrepreneur.

Cette conception a été retenue par la Cour de cassation dans l'affaire Brinon³³. Selon cette haute juridiction, « l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seul fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le code du travail ».

Cette conception pêche par excès d'individualisme ; elle ne confère même pas de place au personnel dans l'entreprise. C'est d'ailleurs pour cette raison que certains auteurs ont senti la nécessité de proposer une autre conception de l'intérêt de l'entreprise. C'est la thèse institutionnelle.

b – La thèse institutionnelle

Selon cette conception, l'intérêt de l'entreprise ne doit pas être confondu avec l'intérêt des apporteurs de capitaux ; il doit être considéré comme l'intérêt commun de ceux que concerne son destin : apporteurs de capitaux et salariés. Cette thèse soutenue avec force par P. Durand a été appliquée par la Cour d'appel de Dakar dans un arrêt du 31 mai 2000. Le motif essentiel de l'arrêt est le suivant : « L'entreprise, analysée sous l'angle de sa conception institutionnelle, constitue une entité autonome qui, bien que distincte de celles de ses différents composants et de ses partenaires externes correspondent à

³² RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne. L'entreprise capitaliste*, L.G.D.J. 1951, 2^e éd., p. 265, n° 112. « L'entreprise capitaliste est donc juridiquement quelque chose de très simple. Elle met le travail au service du capital. Elle donne aux capitalistes la propriété et la direction de l'exploitation ».

³³ Cass. Soc. 31 mai 1956, *D.* 1958, p. 21, note LEVASSEUR, *JCP* 1956.II.9391, Obs. *EISMEIN*.

La grève dans la constitution du Sénégal

leur intérêt commun qui est d'assurer sa pérennité, indispensable à la préservation de l'ordre public économique et social »³⁴.

L'intérêt commun visé par l'arrêt est la convergence des différents intérêts en présence sur l'essentiel³⁵ ; il porte ici sur la pérennité de l'entreprise. D'une décision à l'autre, l'intérêt peut changer. C'est même évident ! Reste à savoir maintenant comment apprécier l'intérêt de l'entreprise lorsque les salariés déclenchent un mouvement de grève.

2 – L'appréciation de l'intérêt de l'entreprise

Tel qu'il est rédigé l'alinéa 4 de l'article 25 de la constitution lie l'exercice de la grève à la prise en considération de l'intérêt de l'entreprise. En d'autres termes, selon ce texte, la grève trouve sa justification et ses limites dans l'intérêt de l'entreprise. C'est la seule compréhension qu'on peut avoir lorsqu'on examine la formule « ne pas mettre l'entreprise en péril ».

Mais dans quel sens doit-on se prononcer si on est saisi d'un dossier où il est reproché aux salariés d'avoir agi au mépris de l'intérêt de l'entreprise ? Il est exact de faire remarquer qu'il n'existe pas encore de jurisprudence sur le texte qui nous occupe, mais si l'on se réfère aux affaires où en toile de fond apparaît la notion d'entreprise, il y a lieu de retenir qu'il faut prendre en compte les divers intérêts en présence. Malheureusement, il y a une difficulté, c'est que les intérêts visés sont divergents.

a – La prise en compte des intérêts en présence : un vœu

L'intérêt de l'entreprise n'a pas une seule coloration. Selon les circonstances, on le sait, à propos du fondement juridique du pouvoir patronal, que les juges français s'attachent soit à l'intérêt de l'employeur, soit à la thèse institutionnelle³⁶. S'agissant du droit de

³⁴ Cité par Roch Gnahoui DAVID, « Intérêt de l'entreprise et droit des salariés », *RSDA* n° 1, janvier-juin 2003, p. 16.

³⁵ Voir CATALA, *op. cit.*, p. 181-182, n° 165.

³⁶ Cass. Soc. 31 mai 1956, *D.* 1958, p. 21, note LEVASSEUR, Cass. Soc. 6 nov. 1969, *JCP*.II.477.

grève, il va de soi qu'il s'agit d'un principe sacro-saint, reconnu par la constitution et, pour cette raison, son exercice est laissé à l'appréciation des salariés. Il n'y a rien de plus normal ! En conséquence, si elle est déclenchée, la règle qui prévaut, c'est qu'elle est licite. L'essentiel, bien entendu, est que les règles relatives à ses modalités d'exercice soient respectées : préavis d'un mois, respect de la procédure de règlement des conflits collectifs du travail³⁷.

Tout ceci est classique : en cas de désaccord avec l'employeur, les salariés ont bien le droit de brandir l'arme de la grève, et même de l'exercer. Le droit de grève fait partie des libertés reconnues au salarié ; sa consécration rappelle même l'aspect protecteur du droit du travail. Mais avec l'alinéa 4 de l'article 25 de la nouvelle constitution, ce droit constitutionnel doit respecter l'intérêt de l'entreprise. Comment concilier le droit de grève avec l'intérêt de l'entreprise ?

La tâche n'est-elle pas ardue ? On ne peut l'occulter, car dans l'entendement du constituant, le droit de grève est un droit constitutionnel au même titre que l'intérêt de l'entreprise. Même ardue, la tâche n'est pas cependant impossible. Certes les salariés ont le droit absolu d'aller en grève, mais ils ne doivent pas perdre de vue l'intérêt de l'entreprise. Il faut préciser que l'intérêt de l'entreprise, baromètre de l'action des salariés, ne recoupe pas nécessairement l'intérêt de l'employeur. Il ne peut non plus être considéré comme la négation des intérêts des salariés.

Si on s'inspire de l'analyse opérée en doctrine sur la notion de l'intérêt de l'entreprise, rien n'interdit de prendre en compte l'intérêt de l'employeur ou même d'adopter la thèse de P. Durand. Cette démarche est tout à fait fondée ; l'intérêt de l'entreprise est en effet une sorte de boussole, un instrument de mesure auquel on est tenu de se référer pour qualifier un mouvement de grève. En cette matière, quelle que soit la solution retenue, on cherche à rapprocher les divers intérêts en présence, à maintenir un certain équilibre entre eux. Toute cette belle harmonie que l'on peut déceler dans la notion d'intérêt de l'entreprise trouve son explication dans le constat que l'entreprise est

³⁷ Art. L 271 à L 274 code du travail sénégalais.

La grève dans la constitution du Sénégal

à la fois une cellule économique et sociale. Mais le schéma ainsi présenté recoupe-t-il la réalité ? On peut en douter, car il n'est pas facile de déterminer de façon péremptoire l'existence d'un point de convergence entre les divers intérêts qui sont dans l'entreprise. La rencontre entre les intérêts en présence est même très difficile.

b – La difficile rencontre entre les intérêts en présence : la réalité

Le droit du travail n'a plus la physionomie qu'on lui connaissait naguère. Enseigné autrefois comme un droit protecteur des salariés³⁸, aujourd'hui, ce serait une vue de l'esprit, de l'appréhender sous cet angle. Entre employeurs et salariés, en raison même de la crise de l'emploi, il existe un déséquilibre économique, celui-ci est si exacerbé que la relation de travail est le théâtre d'une véritable dépendance des uns à l'égard des autres³⁹. Ce constat ne peut être passé sous silence.

Un auteur a encore montré que depuis deux décennies, les options économiques de la jurisprudence sociale ont contribué à saper les fondements du droit social, et plus spécialement du droit du travail, dans au moins trois directions : la déstabilisation du contrat de travail, la remise en cause de la protection légale contre le licenciement et la neutralisation de l'action collective des salariés⁴⁰.

³⁸ Sur ce droit du travail protecteur et partisan, voir J. ISSA-SAYEGH, *op. cit.*, p. 7 à 12. A l'appui de son analyse, l'auteur se fonde sur la finalité économique et sociale du droit du travail (sécurité des travailleurs, participation des travailleurs) et les moyens mis en œuvre pour la réaliser (intervention des pouvoirs publics, disposition d'ordre public, fléchissement des règles de droit commun).

³⁹ O. RIVOAL, « La dépendance économique en droit du travail », *D.* 2006, p. 891-892. Sur la dépendance des travailleurs, voir aussi J.M. SERVAIS, « Normes du droit universelles et cultures nationales », in *L'effectivité du droit du travail : A quelles conditions ?* Actes du séminaire international de droit comparé du travail et des relations professionnelles et de la sécurité sociale, Bordeaux, 2006, p. 349 à 371, spéc. p. 364.

⁴⁰ Yves SAINT-JOURS « Du conditionnement économique de la jurisprudence sociale », *D.* 2006, n° 10, p. 665. « Le contexte d'insécurité et de précarité de l'emploi permet effectivement d'imposer le silence aux travailleurs sur le respect de leurs droits et conditions d'emploi », voir sur

Sans aucun doute, une partie du verrou protecteur demeure, mais la tendance est à l'amplification des prérogatives de l'employeur⁴¹. A lire l'exposé des motifs de la loi n° 97-17 du 1^{er} décembre 1997 portant sur le nouveau code du travail, tout permet de croire qu'il n'y a aucun changement par rapport à l'ancienne législation : le salarié n'est pas « déprotégé ». Mais il suffit de s'appesantir sur la nouvelle ambition du législateur de 1997, à savoir faire du code du travail, « un vecteur de dynamique de croissance », la recherche de « l'épanouissement de l'entreprise », pour comprendre que le droit du travail est loin d'être sous le sceau de l'ordre public de protection⁴², l'accent est surtout mis sur l'entreprise. Cette nouvelle donne ne peut passer inaperçue ; c'est même un choix délibéré.

Le législateur veut montrer ainsi la corrélation entre le destin de l'entreprise et l'emploi. Une telle ambition se répercute forcément sur le droit de grève : le salarié peut l'exercer mais à condition de ne pas porter atteinte à l'intérêt de l'entreprise. Aucun doute, le mouvement de grève est en marge de la loi lorsqu'il entraîne une désorganisation de l'entreprise⁴³ ou porte atteinte à sa pérennité. Il est vrai qu'on ne peut dire que la grève est en principe illicite, ce serait méconnaître la

cette question, P. AUVERGNON, Actes du Séminaire, *op. cit.*, p. 7 à 31, spéc. p. 12.

⁴¹ Voir les nouvelles formes d'emploi, l'assouplissement du droit de rupture du contrat de travail, I.Y. NDIAYE, « Droit du travail sénégalais et transfert des normes », *Bulletin de Droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2005, p. 165 à 176.

⁴² On ne peut occulter ici la politique économique imposée par les institutions financières internationales. Celle-ci consacre « l'hégémonie absolue de l'économie et la remise en cause des politiques protectrices socialisantes de l'Etat ». Voir M. SAMB, « Réformes et réception des droits fondamentaux du travail au Sénégal », *Bulletin de Droit comparé du Travail et de la Sécurité sociale*, 1999, p. 142 à 153, spéc. p. 143.

⁴³ Cass. Soc. 4 nov. 1992, *Bull. civ. V*, n° 529, sur la différence entre désorganisation de l'entreprise et désorganisation de la production, voir *Lamy Social*, Edition 2000, n° 3073. Les baisses de rendement, les arrêts de travail à des heures différentes, les débrayages inopinés, s'ils sont délibérés constituent des actions de désorganisation de l'entreprise ; voir Martine LE BIHAN-GUENOLE, *op. cit.*, p. 151.

La grève dans la constitution du Sénégal

volonté du législateur qui l'érige au rang de liberté, mais on ne peut pas manquer de le déplorer : comme mode de revendication des salariés, elle a perdu son lustre d'antan.

A son endroit, le législateur fait preuve d'hostilité, le juge certainement abondera dans le même sens..., à moins que les salariés aient agi afin de sauvegarder l'entreprise, ce qui n'est pas impossible mais prête à sourire. Car par définition, les salariés cherchent toujours à paralyser, à porter atteinte au fonctionnement de l'entreprise afin d'obtenir la satisfaction de leurs revendications. Difficile donc, en pareil cas, de trouver un intérêt commun entre l'intérêt de l'employeur et l'intérêt des salariés.

Il est vrai que l'intérêt de l'entreprise sera convoqué encore ici pour apprécier le mouvement de grève, mais le gauchissement dans l'appréciation de cette notion est tout à fait évident : au nom de l'outil de travail que constitue l'entreprise, les droits des salariés risquent d'être marginalisés. En définitive, la crainte est réelle, l'action des salariés est en principe suspecte, et sa condamnation irrémédiable.

Que dire de ce constat ? Tout ce qui vient d'être dit pourrait être considéré comme excessif. Il faut cependant remarquer que cette opinion est tout à fait justifiée. En effet, en élaborant un texte nouveau, le constituant entend mettre en place une nouvelle forme de grève. Celle-ci, dans son entendement, ne doit pas mettre en péril l'entreprise. Certes, le législateur ne veut pas de l'excès, mais on ne manquera pas de relever qu'il ne permet pas non plus de maintenir l'équilibre entre les intérêts opposés au sein de l'entreprise.

A dire vrai, le droit de grève reste un principe mais son exercice est compromis, pour ne pas dire vidé de sa substance. On peut aussi regretter que le constituant ait prévu cette limite dans la constitution. C'est oublier simplement que la charte fondamentale doit contenir les principes, mais les limites relèvent d'autres textes. Et tout le monde est d'avis que seule la loi peut apporter une restriction au droit de grève⁴⁴.

⁴⁴ H. SINAY et J.C. JAVILLIER, citant WALINE, note sous arrêt Delaene, *op. cit.*, p. 92 ; voir également M. A. SOURIAU ROTSCHID, « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. Social* n° 4,

L'observation est on ne peut plus claire : l'intérêt de l'entreprise que le constituant sénégalais vise sous la formule « ne pas mettre l'entreprise en péril » ne devrait pas figurer dans la constitution mais dans un texte de loi ordinaire. Sauf, bien sûr, si on a un autre entendement de la formule : « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent ». La contradiction est même flagrante, et la seule image à laquelle renvoie le constituant est la suivante : donner d'une main quelque chose et le retirer de l'autre.

*

* *

Au risque d'être acerbe dans la critique, il faut reconnaître que la grève telle que conçue par l'alinéa 4 de l'article 25 de la constitution est enveloppée de « brumes »⁴⁵. Tout est fait à dessein pour l'étouffer : aucune définition, aucune précision sur cette notion. Les textes de lois (droit du travail) auxquels renvoie la constitution n'apporte non plus aucun éclairage. Il revient encore ici à la jurisprudence de combler ce vide législatif ; ce qui rend la matière tout à fait incertaine, car il est difficile, pour les travailleurs, à l'avance, de savoir si leur comportement est ou non conforme à la loi.

Il y a plus grave : en exigeant des travailleurs qu'ils ne mettent pas en péril l'entreprise, le législateur sait en toute pertinence que c'est utopique ; les intérêts en présence sont en effet difficilement conciliables. Le doute n'est donc plus permis, et l'option du législateur mérite d'être décriée : malgré son habillage juridique (sa reconnaissance juridique), la grève est malmenée, « amenuisée », voire « neutralisée »⁴⁶ ; tout permet même de croire qu'elle n'a pas de beaux jours devant elle.

avril 1996, p. 395 à 404, spéc. p. 399 ; Cass. soc., 7 juin 1995, *D.S.* 1996, p. 75.

⁴⁵ L'idée a été empruntée à J.J. DUPEYROUX, « Le droit de grève protège-t-il les grévistes » ? *Le Monde* du 28 juin 1977.

⁴⁶ Voir H. SINAY, « La neutralisation du droit de grève ? », *D. Soc.* n° 3.1980, p. 250.

L'ENJEU DE L'ELECTION PRESIDENTIELLE EN AFRIQUE

par Ousmane Kouma,
docteur en droit public (Université de Toulouse 1 Capitole),
diplômé de l'Institut d'études politiques de Toulouse
et enseignant-chercheur à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Dans la période actuelle, on pourrait aisément faire écho au titre d'un ouvrage célèbre : « Aux urnes l'Afrique ! ».¹ En effet, en 2011-2012, on a au total une vingtaine d'élections présidentielles sur le continent. En 2011 : c'est le cas de la Guinée, de la Côte d'Ivoire, du Bénin, du Niger, du Nigeria, de la Centrafrique, de Sao Tomé et Príncipe, du Cap-Vert, de la Zambie, du Cameroun, du Liberia et de la RDC ; en 2012 : ce sera le tour du Mali (en avril), de la Sierra Leone (en septembre), du Ghana et du Kenya (en décembre), de Madagascar et l'Angola, et bien sûr du Sénégal dès le mois de février². Devant tant de crispations, de tensions, voire de violences dans les périodes pré-électorales et électorales, une question s'impose : quel est l'enjeu de ces élections présidentielles ?

On ne saurait aller plus avant dans la réflexion sans avoir au préalable pris la précaution élémentaire de définir, même brièvement, les concepts. Le *Petit Robert* nous enseigne que l'enjeu « c'est ce que l'on peut gagner ou perdre dans une compétition ». Le vocable

¹ D.G. LAVROFF (dir.), *Aux urnes l'Afrique : élections et pouvoirs en Afrique noire*, C.E.A.N, Bordeaux, Paris, Pedone, 1978.

² « Carte 2011-2012 des élections présidentielles et législatives en Afrique » dans *Jeune Afrique* du 26/12/2012.

« élection », quant à lui, renvoie à « la procédure par laquelle un corps électoral confère un mandat à une ou plusieurs personnes choisies par le moyen du vote ». C'est le procédé qui repose sur le « choix par les citoyens de certains d'entre eux pour la conduite des affaires publiques ».³

A la lumière de ces définitions, apparaît le problème central que pose notre sujet : qu'est-ce qui se joue (que gagne-t-on ou que perd-t-on ?) lors de la compétition électorale pour la désignation du président de la République en Afrique ? La réponse est presque évidente : c'est le pouvoir politique qui se joue ! Mais alors comment se joue la compétition pour le pouvoir ? Traiter de « l'enjeu de l'élection présidentielle en Afrique » peut se faire en examinant d'une part, le pouvoir en jeu (I) et d'autre part, le jeu pour le pouvoir (II).

I – Le pouvoir en jeu dans l'élection présidentielle en Afrique

Ce qui se joue dans l'élection présidentielle c'est d'abord le fondement du droit de gouverner, c'est-à-dire la légitimité démocratique (A) ; ensuite, se joue l'exercice effectif du pouvoir politique, puisque, malheureusement en Afrique, la présidence demeure encore le siège quasi-exclusif du pouvoir politique (B).

A - L'élection comme seule source de légitimité en démocratie

On le sait, ce sont les Athéniens qui ont inventé le mot démocratie (*demos* = peuple et *kratos* = pouvoir). Donc étymologiquement, c'est le gouvernement du peuple. Plus tard, d'autres ajouteront « par le peuple et pour le peuple ». Et dans la démocratie athénienne (au V^e siècle avant J.C.), les citoyens votent pour choisir parmi eux ceux qui sont chargés d'administrer. Ce qui était déjà recherché par l'élection est la légitimité du pouvoir. Donc, contrairement à une idée répandue, l'élection n'est pas un produit de la modernité. De tous temps, des hommes en ont élu d'autres. En fait, ce qui est moderne, c'est le

³ S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2012.

L'enjeu de l'élection présidentielle en Afrique

suffrage universel et la pluralité des candidatures⁴. Dans nombre d'anciens royaumes africains, les chefs étaient élus même si le collège était restreint et le candidat souvent unique⁵. De nos jours, la légitimité politique s'analyse difficilement en dehors de l'élection. Puisque le souverain c'est le peuple, c'est à lui qu'il revient de désigner les dirigeants. Un pouvoir sera donc légitime aujourd'hui s'il est l'émanation de la volonté populaire exprimée lors du vote.

Depuis l'apport considérable du juriste et sociologue allemand Max Weber, nous savons le lien étroit entre élection, légitimité et démocratie. Outre la légitimité charismatique fondée sur la croyance dans le caractère exemplaire d'un chef hors du commun, doué d'un charisme personnel sans égal, et la légitimité traditionnelle fondée sur la croyance dans le caractère sacré des traditions et des coutumes fixant les règles de la vie publique ainsi que des personnes qui en sont les dépositaires directs, Weber retient comme troisième « type-idéal » de la légitimité, celui qu'il qualifie de légitimité légale-rationnelle et « qui repose sur la croyance en la légalité et au droit de donner des directives de la part des autorités établies »⁶.

Ainsi conçue, la légitimité permet tout à la fois de fonder le droit de commander des uns et le devoir d'obéissance des autres. Elle est la conformité d'un pouvoir aux aspirations des gouvernés. De nos jours, il ne peut y avoir de démocratie sans élections et les élections ne sont dignes de la démocratie que si elles laissent aux électeurs un libre choix, ce qui implique une compétition électorale ouverte et contrôlée par des organes indépendants⁷. Donc, le premier enjeu de l'élection

⁴ G. CONAC, « Démocratie et élection », in J.-P. VETTOVAGLIA (dir.), *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 11.

⁵ Patrick QUENTIN (dir.), *Voter en Afrique : comparaisons et différenciations*, Paris, l'Harmattan, 2004.

⁶ M. WEBER, *Economie et société*, Paris, Plon, 1971, p. 37 ; O. KHOUMA, *La légitimité du pouvoir de l'Etat en Afrique subsaharienne, essai sur la relation entre la reconnaissance internationale et la légitimité démocratique*, Thèse droit public, Université de Toulouse 1, 2009.

⁷ G. CONAC, *op. cit.*, p. 26 et s.

présidentielle est de conférer ou non la légitimité démocratique à savoir le droit de disposer du pouvoir. Et quel pouvoir !⁸

B – La présidence comme siège quasi exclusif du pouvoir politique en Afrique

Malgré certaines avancées démocratiques depuis « la mondialisation de l'Etat de droit »⁹ à partir des années 1990, le régime politique de prédilection sur le continent africain demeure le régime présidentiel, sauf quelques rares exceptions. Or ce régime se caractérise par la prééminence et l'omnipotence présidentielles, par la minoration du Parlement et par une insuffisante indépendance du pouvoir judiciaire. Le Sénégal, pourtant considéré en Afrique comme une « vitrine démocratique », n'échappe pas à la règle. Il va nous permettre ici d'illustrer le propos dans le but de montrer le pouvoir colossal qui est en jeu lors de l'élection présidentielle¹⁰.

L'élection au suffrage universel direct confère au président de la République une assise sans équivalent. Le président est la « clef de voûte » des institutions. En réalité, il incarne la totalité du pouvoir qu'il exerce librement avec la confiance du peuple et le soutien de la majorité parlementaire. Il est le détenteur du pouvoir exécutif, détermine à ce titre la politique de la nation et nomme aux emplois civils et militaires. Les régimes politiques africains en général, et le régime politique sénégalais en particulier font du président de la République l'épicentre du pouvoir, celui qui décide de tout. Cet

⁸ G. R. ROSSATANGA-RIGNAULT, *Qui t'a fait roi ? Légitimité, élections et démocratie en Afrique*, éd. Sépia, 2011.

⁹ J. CHEVALLIER, « La mondialisation de l'Etat de droit », in *Mélanges P. Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, EJA, 1999, p. 325 et s.

¹⁰ Il nous est impossible ici de traiter de l'ensemble des Etats africains. Toutefois la bibliographie ne fait pas défaut en la matière et elle est répertoriée dans notre thèse précitée : O. KHOUMA, *La légitimité du pouvoir de l'Etat en Afrique subsaharienne...* ; ou encore dans l'ouvrage de I. M. FALL, *Le pouvoir exécutif dans le nouveau constitutionnalisme des Etats d'Afrique francophone*, 2009.

L'enjeu de l'élection présidentielle en Afrique

impressionnant pouvoir s'exerce sans contrôle : il n'est responsable ni devant le Parlement, ni devant une quelconque autre instance sauf le cas hypothétique de « haute trahison ».

A cette omnipotence présidentielle s'ajoute un mode de désignation des parlementaires qui fait que ceux-ci se considèrent davantage comme des agents de l'exécutif que comme des représentants du peuple. Quant à l'indépendance de la justice, il suffira ici d'évoquer brièvement le cas du juge constitutionnel au cœur d'une vive polémique relative à la validité de la candidature pour un troisième mandat du président Abdoulaye Wade. A l'évidence, depuis sa création en 1992, le Conseil constitutionnel sénégalais n'a pas réussi à jouer le rôle de tiers médiateur qui lui donne l'autorité de produire une jurisprudence dotée de la légitimité propre à réguler l'ordre juridique et à pacifier le jeu politique¹¹. Contrairement, par exemple, au Bénin où le travail de la Cour constitutionnelle est unanimement salué. Et c'est ici qu'apparaît un autre enjeu de l'élection présidentielle en Afrique : en l'absence de contrôle parlementaire ou juridictionnel, l'élection reste la seule occasion pour le peuple de sanctionner, positivement ou négativement, le président sortant¹². Ce qui suppose le respect des règles du jeu électoral.

II – Le jeu pour le pouvoir dans l'élection présidentielle en Afrique

On l'a vu, l'enjeu de l'élection présidentielle en Afrique est de conférer la légitimité démocratique qui permet d'exercer un pouvoir sans équivalent. Seulement, cela suppose la sincérité du scrutin¹³.

¹¹ I. M. FALL, *Evolution constitutionnelle du Sénégal*, CREDILA CREPOS, 2007 et du même auteur, *Sénégal, évaluation d' « une ancienne démocratie » en mal de réformes*, AfriMap et OSIWA, décembre 2011.

¹² Rappelant ainsi à ceux qui ont tendance à l'oublier que « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément » art. 3 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

¹³ *La sincérité du scrutin*, études réunies et présentées par R. GHEVONTIAN, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°13, janvier 2003

Comme pour toute compétition, comme pour tout jeu, lors de l'élection présidentielle en Afrique comme ailleurs, il y a des règles et un arbitre. Quelles sont les règles du jeu électoral (A) ? Qui est l'arbitre du jeu électoral (B) ?

A – Les règles du jeu électoral

D'une manière générale les constitutions d'hier et d'aujourd'hui fixent les bases du droit électoral. Mais, à côté des droits constitutionnels nationaux s'est développé, depuis l'après seconde guerre mondiale, et encore plus depuis une vingtaine d'années, un ensemble de principes et de règles qui constitue progressivement un véritable *corpus* international en matière de droit électoral. Il n'est plus possible d'imaginer le constitutionnalisme du XXI^e siècle sans son complément naturel : des élections libres et sincères¹⁴. Dans les règles du jeu international, on peut distinguer les règles internationales¹⁵ des règles internes.

- Les règles internationales

Elles ont été adoptées dans le cadre universel des Nations unies, dans le cadre continental de l'Union africaine et dans les cadres sous-régionaux tels que la CEDEAO.

On peut mentionner quelques dispositions relatives aux élections dans *les instruments des Nations unies*¹⁶. Ainsi de l'article 21 de la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 : « 1. Toute personne a le droit de prendre part à la direction des

¹⁴ D. MAUS, « Elections et constitutionnalisme : vers un droit international des élections ? », in *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, op. cit., p. 52

¹⁵ M. FAU-NOUGARET, « Travaux onusiens sur l'efficacité du principe d'élections périodiques et honnêtes et sur l'action en faveur de la démocratie », in *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, op. cit., p. 57 et s.

¹⁶ K. VASAK, « Les normes internationales relatives aux élections et leur mise en œuvre », in *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, op. cit., p. 73 et s.

L'enjeu de l'élection présidentielle en Afrique

affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis. 2. Toute personne a droit à accéder, dans les conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays. 3. La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote ».

De même avec l'article 25 du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 : « Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables : a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ; b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs ; c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ».

Dans le cadre de *l'Union africaine*, on peut aussi mentionner deux textes relatifs à l'organisation d'élections libres. L'article 13 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 dispose que « 1. Tous les citoyens ont le droit de participer librement à la direction des affaires publiques de leur pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis, ce conformément aux règles édictées par la loi. 2. Tous les citoyens ont également le droit d'accéder aux fonctions publiques de leur pays ». Dans le chapitre VII (intitulé « des élections démocratiques ») de la charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, adoptée le 30 janvier 2007, l'article 17 prévoit que « Les Etats parties réaffirment leur engagement à tenir régulièrement des élections transparentes, libres et justes conformément à la déclaration de l'Union sur les principes régissant les élections démocratiques en Afrique. A ces fins, tout Etat partie doit : 1. Créer et renforcer les organes électoraux nationaux indépendants et impartiaux, chargés de la gestion des élections. 2. Créer et renforcer les mécanismes

nationaux pour régler, dans les meilleurs délais, le contentieux électoral. 3. Faire en sorte que les partis et les candidats qui participent aux élections aient un accès équitable aux médias d'État, pendant les élections. 4. Adopter un code de conduite qui lie les partis politiques légalement reconnus, le gouvernement et les autres acteurs politiques avant, pendant et après les élections. Ce code contient un engagement des acteurs politiques à accepter les résultats des élections ou de les contester par des voies exclusivement légales ».

Le texte le plus abouti en matière d'élections en Afrique est, de notre point de vue, le protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance adopté le 21 décembre 2001 à Dakar. Dans une Section II intitulée « des élections », il est notamment prévu que : « 1. Aucune réforme substantielle de la loi électorale ne doit intervenir dans les six mois précédents les élections, sans le consentement d'une large majorité des acteurs politiques. [...] 3. Les organes chargés des élections doivent être indépendants et/ou neutres et avoir la confiance des acteurs et protagonistes de la vie politique. [...] » Une section III prévoit même « l'observation des élections et l'assistance de la CEDEAO ». Bref, l'arsenal juridique international relatif aux élections est impressionnant.

- Les règles internes

Désormais, partout en Afrique, la constitution et la loi fixent les règles du jeu électoral. Pour assurer la sincérité du scrutin, d'après batailles ont conduit à la création d'organes de gestion des élections (O.G.E.). On sait, au Sénégal par exemple, la sensibilité de cette question et la polémique récente autour de la création d'un ministère chargé des élections¹⁷.

¹⁷ L'opposition sénégalaise avait demandé au pouvoir que le ministre de l'Intérieur (M. Ousmane Ngom) soit remplacé par une personnalité plus neutre politiquement dans la perspective des échéances électorales. Le pouvoir du président A. Wade a décidé de maintenir M. Ousmane Ngom à son poste et de créer un autre ministère chargé des élections et de le confier à un « technicien des élections ». L'opposition n'était pas pour autant satisfaite et faisait valoir que d'une part le ministre de l'Intérieur conservait certaines

L'enjeu de l'élection présidentielle en Afrique

En matière de gestion des élections en Afrique, on relève globalement trois modèles. Un modèle « politique » dans lequel la gestion relève d'une institution qui est indépendante du gouvernement mais essentiellement composée de représentants de partis politiques (Bénin), un modèle « des experts » dans lequel la gestion des élections relève d'un organe indépendant dont les membres sont choisis pour leur expérience professionnelle et leur intégrité (Ghana, Nigeria, Sierra-Léone) ; enfin un modèle « hybride » dans lequel les principales fonctions sont exercées par le gouvernement mais sous la surveillance d'un organe indépendant (Sénégal, Cap-Vert)¹⁸. Incontestablement, on note partout en Afrique une amélioration des règles du jeu électoral. Mais, il est tout aussi évident qu'il y a une persistance de la tentation de « tripatouillage » de ces mêmes règles du jeu. D'où la nécessité, comme pour tout jeu et compte tenu de l'enjeu, d'avoir un arbitre du jeu.

B - L'arbitre du jeu électoral

« Arbitre » est ici entendu au sens large : il ne s'agit pas seulement du juge électoral qui sanctionne en bout de processus, mais aussi et surtout de toutes les instances chargées de contrôler et de rendre les élections « free and fair ». Le cas désormais emblématique de la Côte d'Ivoire a rappelé qu'il y a un arbitrage interne et un arbitrage international.

- L'arbitrage interne

L'arbitrage interne des élections pose des problèmes similaires un peu partout en Afrique. L'un des problèmes les plus importants est l'absence de pouvoir de sanction des organes de gestion des élections

prérogatives en matière électorale et que d'autre part le nouveau ministre chargé des élections avait, dans de précédentes fonctions, pris une part active dans l'élection présidentielle de 2007 tant contestée.

¹⁸ I. M. FALL, M. HOUNKPE, A. L. JINADU, P. KAMBALE, *Organes de gestion des élections en Afrique de l'Ouest, une étude comparative de la contribution des commissions électorales au renforcement de la démocratie*, AfriMAP, OSIWA, 2011

(O.G.E.). Globalement, dans les pays francophones, ils n'ont pas beaucoup de pouvoir pour faire respecter les règles en leur nom propre. Le plus souvent, la commission électorale nationale autonome (CENA) ne peut que rapporter les irrégularités électorales au système judiciaire. Le cas du Sénégal peut permettre d'illustrer le propos¹⁹. Le format qui y est choisi est celui de la collaboration entre l'administration (le ministère de l'Intérieur et depuis 2011 le ministère chargé des élections) et une structure autonome (la CENA). L'administration est responsable de l'organisation matérielle des élections et la CENA (depuis 2005) contrôle et supervise l'action de l'administration en matière électorale. « La CENA joue un rôle de gendarme disposant de pouvoir de contrôle et de sanction. Son statut d'arbitre de la compétition politique est renforcé par rapport à l'ONEL (Observatoire national des élections), car elle dispose de pouvoirs de sanction, d'injonction, de dessaisissement... »²⁰.

A ce titre, « la CENA veille à ce que la loi électorale soit appliquée aussi bien par les autorités administratives que par les partis politiques, les candidats et les électeurs. En cas de non-respect des dispositions législatives et réglementaires relatives aux élections ou référendums par une autorité administrative, la CENA lui enjoint de prendre les mesures de correction appropriées. Si l'autorité administrative ne s'exécute pas, la CENA dispose du pouvoir de dessaisissement et de substitution d'action dans le cadre des opérations électorales et référendaires à l'égard de l'agent responsable, nonobstant son pouvoir de saisine des juridictions

¹⁹ Lors du 1^{er} tour de l'élection présidentielle de février 2012, des candidats opposés à la candidature du président sortant (A. Wade) décident d'organiser des manifestations, dans le cadre de la campagne électorale, en plein centre-ville de Dakar (la place de l'Indépendance). Le préfet de Dakar prend un arrêté d'interdiction de la manifestation. La commission électorale nationale autonome (CENA) saisie conclut à l'illégalité de l'arrêté préfectoral. Pourtant avec l'aval du ministre de l'Intérieur et l'intervention des forces de sécurité les manifestations, le préfet a réussi à empêcher les manifestations pourtant légales.

²⁰ I. M. FALL, « Sénégal », in *Organes de gestion des élections en Afrique de l'Ouest, op. cit.*, p. 204.

L'enjeu de l'élection présidentielle en Afrique

compétentes [...]. Les manquements commis par les partis politiques, les candidats ou les électeurs, sont portés par la CENA devant les autorités judiciaires [...]. Le procureur de la République [...] garde l'initiative des poursuites. Toutefois, [...], la CENA est jointe à toutes étapes de la procédure »²¹. Malgré les pouvoirs de plus en plus importants des OGE, en dernier ressort c'est au juge électoral de trancher. Lorsque l'on sait le problème de l'indépendance des juges en Afrique, on comprend mieux que les opposants en appellent aussi à l'arbitrage international.

- *L'arbitrage international*²²

De nos jours, l'observation internationale des élections est au centre des exigences du droit international contemporain visant à fonder la légitimité du pouvoir politique. Concrètement, toute mission d'observation électorale est sanctionnée par un rapport qui dresse le bilan positif ou négatif du processus électoral. Et ce rapport d'observation a, à la fois, des conséquences politiques et économiques pour l'Etat et le pouvoir en question. D'un point de vue politique, « c'est par la voie d'élections libres et honnêtes, qu'une démocratie véritable trouve sa légitimité et partant sa consécration : une consécration interne, tout d'abord puisque au terme des élections, le souverain, c'est-à-dire le peuple, aura manifesté sa volonté ; une consécration internationale ensuite, à condition qu'aucun doute ne puisse subsister à l'étranger sur la liberté des élections ».²³

En fait des élections considérées comme « free and fair » par les observateurs internationaux font office de « certificat de bonne conduite » dont on pourra se prévaloir auprès de la communauté internationale pour obtenir « une rente de légitimité démocratique ». Celle-ci devient efficace et attrayante surtout en matière économique

²¹ Article L13 du code électoral du Sénégal.

²² D. KOKOROKO, « La portée de l'observation internationale des élections », in *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, op. cit., p. 755 et s.

²³ K. VASAK, « Etude d'introduction », Conférence internationale de Laguna, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 40.

puisque « des Etats agissant le plus souvent de concert au sein d'organisations internationales refusent la reconnaissance internationale à de nouvelles entités politiques, dont l'existence paraît pourtant effective, parce qu'ils ne respectent ou ne s'engagent pas à protéger les droits fondamentaux des personnes, en l'occurrence celui électoral et des minorités placées sous leur autorité »²⁴. Il y a une vraie conditionnalité politique²⁵. Par exemple, l'élection présidentielle au Mali en 2002, certifiée régulière par les observateurs internationaux, a amené la France à verser « une prime à la démocratie » par le biais de plusieurs projets de développements. De même, suite à l'alternance intervenue au Kenya en 2002, l'Allemagne avait décidé d'accorder cinquante millions d'euros d'aide « en guise de récompense »...

A contrario, lorsque les rapports d'observation sont négatifs, l'aide publique au développement peut être suspendue. Le Togo, la Côte d'Ivoire, le Zimbabwe... en ont déjà fait l'expérience. Aussi, les arbitres internationaux détiennent-ils, avec la menace de la suspension de leur aide, une arme redoutée par tous les pouvoirs africains même si la tentation de conserver le pouvoir à tout prix reste tenace. Techniquement, les « premières générations » d'observations des élections ont été sévèrement critiquées : on a parlé de « touristes électoraux » en nombre ridiculement faible et qui avaient une large propension à conclure hâtivement à la régularité de l'élection. Depuis, des progrès considérables ont été accomplis avec notamment l'adoption de « codes de bonne conduite » de l'observation des élections²⁶. Cette observation internationale des

²⁴ J.-Y. MORIN, « Institutions internationales et droits de l'homme : vers de nouvelles exigences de légitimité de l'Etat ? », in SFDI, *L'Etat souverain à l'aube du XXI^e siècle*, Colloque de Nancy, Pedone, 1994, p. 235 et s.

²⁵ S. BOLLE, « La conditionnalité politique », in *Afrilex* n° 2.

²⁶ K. VASAK (dir.), *Liberté des élections et observation internationale des élections*, Université de Laguna, Bruylant, Bruxelles, 1995 ; D. KOKOROKO, « Les élections disputées : réussites et échecs », in *Pouvoir*, n° 129, *La démocratie en Afrique*, Paris, 2009, p. 115-124

L'enjeu de l'élection présidentielle en Afrique

élections est salutaire parce que quelque peu dissuasive face aux tentations de fraudes électorales.²⁷

C'est que l'enjeu de l'élection présidentielle demeure colossal. Et lors de ces joutes électorales, il y aura toujours nécessairement un vainqueur et des vaincus. L'enjeu transforme encore régulièrement le jeu en jeu de vilains, même s'il est tout aussi indéniable que des mesures internes et internationales tendent progressivement à ne faire triompher que la seule démocratie.

²⁷ D. F. MELEDGE, « Fraudes électorales et constitutionnalisme en Afrique », in *Démocratie et élection...*, *op. cit.*, p. 785 et s.

REFLEXION SUR LA DENATURATION DE LA LIBERTE DE MANIFESTATION EN DROIT AFRICAIN¹

par Fara Mbodj,
maitre-assistant de droit public
à la Faculté des sciences juridiques et politiques
de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

La manifestation est un outil de contestation très attractif à raison du cadre physique qui sous-tend son exercice. Ce dernier renvoie à la rue.² Celle-ci demeure le point de convergence des angoisses, des

¹ L'étude porte sur un échantillon de pays africains issus de la décolonisation et qui sont de tradition juridique française. Il s'agit d'Etats qui ont repris le legs français consistant à aménager les libertés à partir d'une loi. Ils ont pérennisé ce legs et n'ont pas pu s'ajuster pour éviter une dénaturation virtuelle des libertés. Entre autres pays africains, il importe de citer le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, Madagascar, le Mali, la Mauritanie, le Niger, le Sénégal et le Togo. Le Cap Vert qui est hors influence française demeure dans le champ de l'étude. Ce choix s'explique par la démarche de rupture par rapport au modèle en cours dans les pays déjà cités. Il s'agit de montrer qu'une autre pratique est possible. Le Cap Vert en est une illustration.

² La rue est un cadre d'expression et de conversion des demandes politiques. Elle est le support d'une extériorisation des sentiments qui peut avoir une forme harmonieuse. La rue est alors un cadre de communication politique. Elle peut revêtir une forme conflictuelle. C'est alors le support d'une résolution violente des contradictions inhérentes à la société. A tout point de vue, la rue a une fonction sociale. C'est un vecteur de socialisation politique. Parallèlement à cette approche sociologique de la rue, cette dernière est appréhendée par le droit comme une voie publique dominée en principe par un régime juridique de la précarité. C'est l'explication essentielle à donner à la réglementation réductrice concernant la voie publique. D'ailleurs, le doyen Georges Burdeau note à cet égard, que « La rue est faite pour circuler et pour

frustrations et même des espoirs des individus. Puissant détonateur social, la manifestation « accroche ». C'est la raison pour laquelle, elle est traversée par des représentations contradictoires. En effet, la manifestation a la particularité d'être un moyen très convoité par l'opposition mais également un outil d'agitation qui suscite crainte et aversion chez les tenants du pouvoir politique. Elle est alors la source de tous les excès notés de part et d'autre.³ Les « élections disputées » en sont une illustration.⁴

La liberté dans un certain sens signifie une indétermination. Cette approche recoupe la thèse de Léon Duguit qui appréhende la liberté par rapport à l'autonomie de l'homme pour « faire du droit individuel et de la liberté une valeur essentiellement négative se définissant par l'absence de contrainte ».⁵ Cette approche « enthousiaste » de la liberté est nuancée par l'approche fondée sur le déterminisme⁶ mais également par la distinction faite par Jean-

stationner selon la convenance des usagers, sous réserve des réglementations de police utiles à la sauvegarde de cette destination, G. BURDEAU, *Libertés publiques*, 3^{ème} édition, LGDJ, Paris 1966, p. 211. Voir sur la question, M.O. AVRIL, *Le droit et la route*, Litec 1993, p. 11 et s. et Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, tome II, 12^{ème} édition, LGD 2002, p. 71, 72, 152. Voir également la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les essais d'automobile contraires à la destination normale de la voie publique, C.E 27 juillet 1928, *Recueil Lebon*, p. 969.

³ S. KABA, *Les droits de l'homme au Sénégal*, Collection Xaam Sa Yoon, 1993, p. 131. Selon cet auteur, « La liberté de manifestation repose sur un équilibre fondé sur l'exigence de prendre en compte les demandes de citoyens désireux d'exercer leurs droits et la nécessité de l'exercer dans l'ordre et la discipline en signe de protestation contre une injustice ou un abus ».

⁴ D. KOKOROKO, « Les élections disputées : réussites et échecs », *Revue Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 115 à 125. Voir également, F. M. DJEDJRO, « Le contentieux électoral en Afrique », *Revue Pouvoirs* n° 129, 2009, p. 139 à 155.

⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} édition, t. III, p.603

⁶ Le déterminisme est défini par Armand Cuvillier comme « un principe de la science expérimentale selon lequel il existe entre les phénomènes des relations nécessaires (lois), de telle sorte que tout phénomène est rigoureusement conditionné par ceux qui le précèdent ou l'accompagnent »

La liberté de manifestation en droit africain

Jacques Rousseau relative à la liberté naturelle et à la liberté civile⁷. Selon J.J. Rousseau : « Il n'y a point de liberté sans lois, ni où quelqu'un est au-dessus des lois : dans l'état même de nature, l'homme n'est libre qu'à la faveur de la loi naturelle qui commande à tous »⁸.

En réalité, la liberté doit être approchée au sens global, transcendant l'autonomie isolée de la volonté individuelle. Cette dernière doit pouvoir s'affirmer dans un cadre social interactif qui la garantit. C'est pourquoi, G. Burdeau affirme que « l'homme n'est libre que dans un Etat libre. C'est donc de l'aménagement des institutions politiques que procède directement la liberté »⁹. Cette conception ne s'écarte pas réellement de l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme. Aux termes de ses dispositions « La liberté, c'est le droit de l'individu de n'être soumis qu'à sa propre volonté, à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ».¹⁰ Selon L. Favoreu : « Par liberté, et

Nouveau vocabulaire philosophique, Armand Colin, 9^{ème} édition 1964, p. 53. L'approche relative au déterminisme est très présente dans la pensée de Engels. Pour cet auteur, la liberté n'est pas dans une indépendance rêvée à l'égard des lois de la nature, mais à l'égard de la connaissance de ces lois et dans la possibilité donnée par là même de les mettre en œuvre méthodiquement pour des fins déterminées. Cela est vrai aussi bien des lois de la nature extérieure que de celles qui régissent l'existence physique et psychique de l'homme lui-même. Voir F. ENGELS, *Anti Düring* (1874), Traduction E. Bottigelli, Editions sociales, 3^{ème} édition revue, 1977, p. 143.

⁷ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social* (1762), livre I, chapitre VIII, Editions Hatier, Coll. classiques Hatier de la philosophie, 1999, p. 26 et s. « Ce que l'homme perd par le contrat social, c'est sa liberté naturelle et un droit illimité à tout ce qu'il tente et qu'il peut atteindre ; ce qu'il gagne, c'est la liberté civile et la propriété de tout ce qu'il possède. Pour ne pas se tromper dans ses compensations, il faut bien distinguer la liberté naturelle qui n'a pour bornes que les forces de l'individu, de la liberté civile qui est limitée par la volonté générale... »

⁸ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Lettres écrites, de la Montagne* (1764) dans *Œuvres* III éd. Gallimard, Collection Bibliothèque de la pléiade 1966, p. 841.

⁹ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, Paris, LGDJ 1966, p. 3.

¹⁰ H. OBERDORF et J. ROBERT, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, les textes français et internationaux*, 6^{ème} édition, Montchrestien 2004, p. 7.

sans entrer dans des considérations philosophiques, on souhaite mettre avant tout une faculté d'agir et une sphère d'autonomie, ce qui semble orienter prioritairement sur certains droits de l'homme »¹¹.

Quant à la manifestation, elle est définie au sens courant comme « une action d'extériorisation d'un sentiment, une idée, une volonté, une affirmation publique sous forme de rassemblement d'opinion, de conviction ou de revendication, elle se réfère à la liberté d'expression... »¹². Selon Georges Burdeau, La manifestation « est le fait d'un groupe d'hommes utilisant la voie publique pour exprimer une opinion, par leur présence, leurs gestes ou leurs cris. Mobile, c'est un cortège ; immobile, c'est un rassemblement ».¹³ Cette définition conçoit la manifestation comme une activité générique portant la distinction manifestation mobile et la manifestation statique. Autrement dit, l'extériorisation des sentiments peut avoir plusieurs formes. La notion de manifestation s'analyse comme une sortie concertée ou non en groupe sur la voie publique pouvant être sériée en deux modalités.

Cette distinction est formellement consacrée par le législateur burkinabé et sénégalais.¹⁴ Il s'agit d'abord des rassemblements ou attroupements ne conférant aucun droit et ensuite la manifestation emportant une idée de mouvement pouvant prendre la forme de cortèges et défilés présentant un caractère dynamique pouvant

¹¹ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F.M. SOUCRAMANIEN, A. PENA SOLER, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, 5^{ème} édition, Dalloz, octobre 2009, p. 63.

¹² Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant quadrige PUF, Janvier 2001, p. 537.

¹³ G. BURDEAU, *Libertés publiques*, 3^{ème} édition, LGDJ, Paris 1966, p. 211.

¹⁴ Loi n° 65-60 du 21 juillet 1965 portant code pénal du Sénégal (Crimes et délits), *JO* n° 3767 du 6 septembre 1965, p. 1009 à 1045 modifiée par la loi n° 74-13 du 24 juin 1974. Loi burkinabé 22-97 du 21 octobre 1997 portant liberté de réunion et de manifestation sur la voie publique, *Journal officiel du Burkina Faso (J.O.B.F.)* du 11 décembre 1997, p. 3351 en son article 12.

La liberté de manifestation en droit africain

conférer des droits. C'est cette conception qui est analysée dans cette étude en tant qu'activité érigée en liberté.¹⁵

Quant à l'idée de dénaturation de la liberté de manifestation, elle renvoie à l'action de dénaturer. C'est-à-dire d'altérer cette liberté en lui ôtant ses caractères d'origine ou à les modifier de nature à rendre la liberté de manifestation impropre par rapport à sa vocation initiale. La dénaturation peut également procéder d'une mauvaise application ou d'une mauvaise interprétation d'une réglementation.¹⁶ Le Conseil constitutionnel français utilise la notion de dénaturation dans sa jurisprudence. Il en est ainsi lorsqu'il affirme : « En dépit des contraintes qu'elles comportent (les dispositions critiquées) ne restreignent pas la liberté d'entreprendre des agents économiques au point d'en dénaturer la portée »¹⁷.

La notion de manifestation n'apparaît pas en tant que telle dans toutes les constitutions qui se sont succédé au Sénégal.¹⁸ Elle n'est visible que dans la loi n° 74-13 du 21 juillet 1965 portant code pénal au Sénégal.¹⁹ Sa consécration constitutionnelle est équivoque. Parallèlement à cette consécration controversée, il importe de faire remarquer que l'effectivité d'une liberté ou son invocabilité reste déterminée par l'aménagement dont elle peut faire l'objet. C'est pourquoi, il convient de se poser la question suivante. Quelle est l'incidence de l'aménagement sur le statut de la manifestation ? Est-elle une liberté publique ou une simple faculté dont la réglementation est laissée à la discrétion de l'administration ?

L'Etat de droit est également évalué par l'éventail des libertés susceptibles d'être invoquées par les individus et opposables aux

¹⁵ M.R. TERCIVET, « La liberté de manifestation en France », *RDP* 1979, p. 1009 et s.

¹⁶ *Lexique des termes juridiques*, 14^{ème} édition, Dalloz 2003, p. 204.

¹⁷ 93-316, DC 20 janvier 1993, Prévention de la corruption. Voir également 98-403 DC du 29 juillet 1998, Lutte contre l'exclusion.

¹⁸ Textes constitutionnels du Sénégal du 24 janvier 1959 au 15 mai 2007 réunis et présentés par I.M. FALL, CREDILA, mai 2007.

¹⁹ Loi n° 65-60 du 21 juillet 1965 portant code pénal (Crimes et délits), *JO* n° 3767 du 6 septembre 1965, p. 1009 à 1045 modifiée par la loi n° 74-13 du 24 juin 1974.

pouvoirs publics. C'est un élément déterminant permettant de l'identifier. L'exercice varié des libertés par les particuliers est même considéré comme un indicateur de classification des régimes politiques par une partie de la doctrine.²⁰ C'est tout l'intérêt théorique qui s'attache à l'analyse de la liberté de manifestation qui n'est pas également dénuée d'un intérêt pratique en ce sens que la réflexion sur l'aménagement des libertés dessine les contours de l'effectivité de ces dites libertés.

De nos jours, l'aménagement des libertés déroule un processus de dénaturation qui a acquis des proportions qu'il ne faut pas sous-estimer. Ainsi, l'approche est sous-tendue par la volonté de démontrer que la liberté de manifestation, socle de la liberté d'expression, reste dénaturée par un aménagement réducteur qui a fini de la transformer en une simple faculté au regard des pouvoirs importants de l'autorité de police faiblement corrigés par le contrôle du juge administratif. Il s'y ajoute les limites intrinsèques de la protection constitutionnelle à sauvegarder les caractères originels des libertés, à les réhabiliter en réaction aux atteintes intempestives du pouvoir exécutif.²¹

Eu égard à ces considérations, l'analyse révèle deux dimensions : une dénaturation évidente de la liberté de manifestation (I) et une dégénérescence provoquée de la liberté de manifestation (II).

I - Une dénaturation évidente de la liberté de manifestation

La liberté de manifestation telle qu'elle est vécue fait penser, qu'aujourd'hui, elle a perdu ses traits de caractère originels. Qu'en est-il réellement ? Peut-il en être autrement eu égard à la représentation que l'on en a dans les Etats de tradition juridique française ? Le point de départ de l'analyse s'efforce de prendre en

²⁰ Voir à cet effet, l'articulation faite entre libertés publiques et structures politiques par le professeur Claude Albert COLLIARD, *Libertés publiques*, Dalloz 1982, p. 38 et s.

²¹ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, 1^{ère} édition, Dalloz 2000, p. 56 et s.

La liberté de manifestation en droit africain

compte les indicateurs de la dénaturation. Ils renvoient à une consécration textuelle ambiguë de la liberté de manifestation et à la technique dénaturante de l'aménagement des libertés telle que conçue dans la tradition juridique française reprise par les Etats africains francophones.

A - Une consécration textuelle ambiguë

Avant de s'appesantir sur la faiblesse et l'ambiguïté de la consécration de la liberté de manifestation en droit africain, il convient de s'interroger sur la nature de la manifestation. Est-elle une liberté publique ou un droit fondamental ? C'est la question préalable à laquelle il importe de répondre. La manifestation est génériquement présentée dans les constitutions africaines comme une liberté. Quelle est la véritable nature de celle-ci ?

La manifestation est tantôt rangée sous la rubrique des libertés publiques (constitution de la République du Sénégal 22 janvier 2001, titre II, et article 67 même si on retrouve tout de même la notion de libertés fondamentales dans le préambule de la même constitution)²². La constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000 en son article 11 qui est rattaché au chapitre premier du titre premier s'intitule, « des libertés, des droits et des devoirs ». Le titre se réfère à la notion de droits fondamentaux ou libertés fondamentales même si l'article 71 de la même constitution renvoie expressément à la notion de libertés publiques pour déterminer la compétence de la loi²³. Il en est de même dans la constitution béninoise du 11 décembre 1990²⁴ nonobstant la présence massive du concept de libertés fondamentales dans celle-ci.

²² Loi n° 2001-03 du 22 janvier 2001 portant constitution, *J.O.* n° spécial du 22 janvier 2001, p. 27.

²³ Constitution de la II^{ème} République du 1^{er} août 2000, Voir F.M. DJEDJRO, *Droit constitutionnel*, Editions ABC, 7^{ème} édition, année 2007, p. 190.

²⁴ *Constitution de la République du Bénin du 11 décembre 1990*, Texte intégral introduit et présenté par F.J. AIVO, année 2010.

Toutes ces considérations inspirent une question. La manifestation est-elle formellement une liberté fondamentale, un droit fondamental ou une liberté publique ? Ces différentes notions ne se définissent pas aisément. L'effort de classification des libertés a souvent différé la définition. Il en est ainsi de la démarche du Conseil d'Etat français.²⁵

La théorie des libertés publiques s'entend selon C.A. Colliard comme « la reconnaissance à l'individu de certains droits et relève du droit positif et non du droit naturel »²⁶. L. Favoreu appréhende la liberté d'abord comme « une faculté d'agir et une sphère d'autonomie, ce qui semble orienter prioritairement sur certains droits de l'homme. Quant à l'épithète publique, il rend surtout compte de la dimension verticale des libertés publiques dévoilant l'intervention de la puissance publique ».²⁷

Cette idée est reprise par M. M. Sy qui affirme dans le sillage de L. Favoreu que « le caractère public de ces libertés présuppose l'intervention de l'Etat, ou plus exactement des pouvoirs publics. On assiste à une sorte de collusion de la liberté et de la loi avec pour cause le rapprochement de la liberté et du pouvoir »²⁸. Quelles que soient la diversité et l'intensité des remarques à propos des libertés publiques, un constat se dégage. Il est relatif à la présence remarquée de la loi. C'est la prépondérance attachée à la loi dans l'aménagement

²⁵ Conseil d'Etat, Avis du 13 août 1947 dans lequel il classe les libertés publiques en deux catégories. Il s'agit d'abord des libertés individuelles, c'est-à-dire celles dont l'individu peut jouir individuellement, isolément, comme la liberté d'aller et venir, le droit à la sûreté et toutes les libertés corporelles. Il s'agit ensuite des libertés collectives supposant une coaction dans l'exercice de la liberté. Il en est ainsi de la liberté de réunion, de manifestation etc. Voir G. BURDEAU, *Libertés publiques, op. cit.*, p. 20.

²⁶ LETTERON et J.C. COLLIARD, *Libertés publiques et constitutions*, Dalloz 2005, XVI, p. 6.

²⁷ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 5^e édition, octobre 2009, p. 63.

²⁸ Ces développements sont repris dans l'ouvrage de Mouhamadou Mounirou SY, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique. L'exemple du Sénégal*, l'Harmattan 2007, p. 31.

La liberté de manifestation en droit africain

des libertés publiques. Les bornes ne peuvent être déterminées que par la loi²⁹.

L'omnipotence de la loi demeure le critère d'identification des libertés publiques comme en atteste la définition dominante dans la doctrine³⁰. La prépondérance de la loi a fini de montrer les limites des libertés publiques parce que protégées de l'action administrative mais non des interventions souvent intempestives du parlement³¹. En revanche, le concept de liberté fondamentale est beaucoup plus récent. Les libertés publiques sont alors fortement « concurrencées » par un concept plus protecteur. Ce sont les libertés fondamentales ou droits fondamentaux. D'emblée, J. Rivero considère « qu'une sorte de flou enveloppe la notion même des droits fondamentaux³². Dans le même sillage, Georges Burdeau affirme que « La notion de liberté définie nous paraît plus précise que « celle de liberté fondamentale » maintenant utilisée par la jurisprudence³³ et par la doctrine ». Selon le même auteur, « on ne voit guère en effet comment définir une liberté fondamentale autrement que comme une liberté prévue et organisée par la loi »³⁴.

Il importe de souligner également la tentative de dissociation entre droits fondamentaux et libertés fondamentales. « La différence entre » libertés fondamentales « et droits fondamentaux » recouvre essentiellement la différence entre l'affirmation des principes relatifs à l'autonomie des individus ou libertés classiques et les droits de

²⁹ Article 4 DDHC, Voir H. OBERDORF et J. ROBERT, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, les textes français et internationaux*, 6^{ème} édition, Montchrestien 2004, p. 7.

³⁰ L. FAVOREU, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 73 et s.

³¹ B. VIGNON YAO, « La protection des droits fondamentaux dans les nouvelles constitutions africaines », *Revue nigérienne de droit*, n° 3, décembre 2000, p. 82.

³² J. RIVERO, *La loi et les droits fondamentaux*, *Economica* mars 1984, p. 170.

³³ CE 30, avril 1961 Dame Klein, *D.* 1961-527.

³⁴ G. BURDEAU, *Libertés publiques*, LGDJ, 3^{ème} éd. 1966, p. 34. Voir également AUBY et DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 1962, p. 466.

créance »³⁵. Toutefois, cette conception est marginale et peu opératoire, car les deux concepts traduisent la même réalité. Ils sont tous constitutionnellement protégés (constituant et juge constitutionnel)³⁶.

Le concept de droits fondamentaux exprime l'idée selon laquelle certaines libertés ont un caractère essentiel et demeurent la raison d'être de la vie en société. Ce sont des libertés indétachables de la conception occidentale de l'individu. Ils constituent le socle de l'organisation juridique de la société occidentale. Les droits fondamentaux sont des libertés protégées contre l'exécutif ou le législatif en vertu de textes constitutionnels ou internationaux, par le juge constitutionnel ou le juge international. « Les droits fondamentaux renvoient à des libertés et droits protégés par les normes constitutionnelles, ou/et européennes ».³⁷

Théodore Holo, quant à lui, appréhende les droits fondamentaux comme « un ensemble de droits et de garanties que l'ordre constitutionnel reconnaît aux particuliers dans leur rapport avec les pouvoirs publics »³⁸. Cette définition recoupe magistralement l'opinion de Jacques Mariel Nzouankeu qui, dans l'analyse des rapports droits fondamentaux et pouvoirs publics, note : « Au niveau des pouvoirs publics eux-mêmes, se pose le problème de la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux et ce problème se pose principalement au niveau de l'organe de législation. Il consiste à déterminer si, et dans quelle mesure les droits fondamentaux s'imposent à l'organe de législation »³⁹.

³⁵ M.M. SY, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux, l'exemple du Sénégal*, op. cit., p. 24.

³⁶ B. MATHIEU et VERPAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ 2002, p. 17.

³⁷ G. EMILIANO et N. SAUGER, *Introduction aux systèmes politiques nationaux de l'Union européenne*, De bBeck, novembre 2007, p. 171 et 173.

³⁸ T. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *Revue Pouvoirs*, n° 129, année 2009, p. 101-114.

³⁹ J.M. NZOUANKEU, *Constitution sénégalaise commentée*, RIPAS, 1981, p. 28 et s. Dans son analyse, J.M. Nzouankeu, retient l'option de classification des droits fondamentaux. Il distingue les droits fondamentaux

La liberté de manifestation en droit africain

Le caractère fondamental de ces droits et libertés tient au degré de protection qui aurait pour effet de les placer hors d'atteinte de toute intervention des pouvoirs législatif et exécutif. Ils sont protégés contre le législateur par le juge constitutionnel et le juge international. Ainsi, il existe une gradation dans l'option de protection des droits et libertés. La protection dépasse le niveau législatif pour s'ancrer dans la constitution et les instruments internationaux.

En France, le concept de droits fondamentaux a connu un essor sous l'effet conjugué de la doctrine et de la jurisprudence. Une partie de la doctrine française définit les droits fondamentaux comme « un ensemble de droits protégés à l'encontre du législateur »⁴⁰ cette

dans l'ordre juridique interne. A l'intérieur, s'opère une sous-classification entre les droits fondamentaux traditionnels et les droits fondamentaux nouveaux. Les droits fondamentaux traditionnels sont exposés dans la déclaration de 1789 dont certains sont repris dans les préambules alors que d'autres sont repris dans le corps de la constitution. Les droits fondamentaux nouveaux sont « appelés » principes particulièrement nécessaires à notre temps et sont d'origine récente. Pour cet auteur, les droits nouveaux sont des droits concrets. Ils s'analysent comme des obligations mises à la charge de l'Etat. Ils constituent de véritables droits fondamentaux. A côté de ces droits fondamentaux de l'ordre juridique interne, existent des droits fondamentaux de l'ordre juridique international à l'intérieur duquel figurent trois documents. Il s'agit de la déclaration des droits de l'homme du 10 décembre 1948, du pacte relatif aux droits civils et politiques et du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Cette approche qui consiste à isoler les droits fondamentaux est une opinion marginale par rapport à la doctrine dominante retenant une démarche globale et synthétique des droits fondamentaux, catégorie générique de droits protégés à l'encontre du législateur.

⁴⁰ Il s'agit de l'école d'Aix animée par le doyen Favoreu. Les droits fondamentaux sont des droits protégés à l'encontre du législateur que ce soit à un niveau constitutionnel ou conventionnel. Dès lors qu'un droit est consacré et protégé par une source supra législative, il entre dans la catégorie des droits fondamentaux. Les traits des droits fondamentaux procèdent des caractères qui suivent. Ils sont protégés contre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Ils sont garantis non seulement en vertu de la loi mais surtout de la constitution et des instruments internationaux. Ils sont également protégés par le juge national et international. Les droits fondamentaux dépassent qualitativement les libertés publiques moulées dans

protection peut se ramener à un niveau constitutionnel. En tout état de cause, le niveau de protection est supra législatif. Le Conseil constitutionnel français a également joué un rôle déterminant dans l'affirmation des droits fondamentaux. Il a esquissé une théorie fondée sur trois axes.

Les libertés fondamentales ne sauraient être soumises à un régime d'autorisation préalable.⁴¹ Elles doivent être appliquées uniformément sur le territoire de la République, récusant ainsi les limitations fondées sur le lieu et le temps.⁴² Elles ne doivent enfin être soumises qu'à l'intervention du législateur qui ne doit intervenir qu'afin de rendre leur exercice effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle⁴³. Le Parlement ne peut renoncer à sa compétence en matière de droits et libertés au risque d'encourir une censure pour incompétence négative⁴⁴.

C'est véritablement une conception minimaliste des droits fondamentaux du fait que la liberté reste perméable à l'intervention du législateur qui continue d'une certaine manière à avoir une emprise sur la liberté même si elle est plus visible dans le régime des libertés publiques. Tout de même, il importe de faire remarquer l'intention louable du Conseil constitutionnel qui confère un ancrage supra législatif aux droits fondamentaux.

l'idéologie du légicentrisme qui fait de la loi, le centre de l'activité relative aux libertés. C'est le règne de la loi. Voir F. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 5^e édition, octobre 2009, 663 p.

⁴¹ CC. 71-44 DC 16 juillet 1971, *AJDA* 1971, p. 537.

⁴² F.M. SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité devant la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Economica* 1997, 5 et s.

⁴³ CC 10 et 11 octobre 1984, Loi sur les entreprises de presse, *AJDA* 1984, p. 684.

⁴⁴ CC81-132 DC 17 janvier 1982 *R.* p.18. Sur la question, Voir D. ROUSSEAU qui rajoute un « autre élément de la théorie constitutionnelle des droits fondamentaux... L'impossibilité pour une autorité décentralisée de s'opposer à l'application d'une liberté », *Droit du contentieux constitutionnel*, 8^{ème} édition, Montchrestien 2008, p. 463. Voir également, J. TREMEAU, *La réserve de loi. Compétence législative et constitution*, *Economica-PUAM* Paris 1997.

La liberté de manifestation en droit africain

Ainsi, dans la décision du 22 janvier 1990, le Conseil constitutionnel définit les droits fondamentaux comme « équivalents aux droits et libertés garantis par la constitution ».⁴⁵ Cette définition quoique séduisante rompt avec la tradition juridique française qui a toujours conféré à la loi, la compétence de garantir les droits et libertés du moins pour l'essentiel de ces droits et libertés. L'illustration est donnée par la clause de style qui suit l'énoncé de la plupart des libertés qui renvoie à la loi, le pouvoir de déterminer les modalités d'exercice ainsi que les limites assignées à ces droits et libertés. Cette approche du Conseil constitutionnel, euphorique par rapport au droit interne français colle néanmoins au contexte communautaire ou international.⁴⁶

Au regard de la définition des droits fondamentaux, la tentation est grande de s'interroger sur un « critère de fundamentalité des droits et libertés en Afrique ».⁴⁷ Il serait beaucoup plus passionnant et captivant de débattre sur la « fundamentalité » des droits et libertés, mais un obstacle se dresse contre cette démarche. En réalité, le mode d'aménagement de la manifestation incite à la ranger dans le régime des libertés publiques comme en atteste le contenu du régime de la manifestation en tant que liberté.⁴⁸

En envisageant l'idée de dénaturation, se profile l'opinion selon laquelle la liberté de manifestation à l'origine, contraste avec ce qu'elle est devenue aujourd'hui. Cette hypothèse peut être comprise dans la mesure où l'évaluation du régime de la manifestation dans le temps est essentiellement déterminée par sa présence formelle dans la constitution. Elle ne se fonde pas sur l'exercice effectif de la liberté de

⁴⁵ CC 22 janvier 1990, R. p. 6.

⁴⁶ P. BON, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen*, Economica 1991, p. 231. Voir P. ROLLAND et P. TAVERNIER, *Textes sur la protection internationale des droits de l'homme*, 2^{ème} édition, Coll. « Que sais-je ? », PUF, 1994, p. 5.

⁴⁷ K. AHADZI, « Droits humains et développement, théories et réalités », *Revue nigérienne de droit*, n° 3, décembre 2000, p. 7 et s.

⁴⁸ D. NDOYE, « La liberté d'opinion et d'expression au Sénégal », *EDJA* 2001, p. 32 et s.

manifestation par les individus. En retenant l'idée d'une consécration théorique massive des libertés dans la constitution, un repère est souvent désigné. C'est le constitutionnalisme africain repérable à partir des années 1990. Luc Sindjoun note à propos de cette période que « l'ambiance de transition démocratique et d'institutionnalisation de la justice constitutionnelle influence une dynamique sociale de consolidation démocratique ».⁴⁹

Le constitutionnalisme se définit comme « un rappel de la suprématie de la constitution, en tant que norme fondamentale et exprime un grand renouveau de l'idée de constitution sous sa forme juridique et pas seulement sociologique⁵⁰. Ce grand renouveau observé à une époque déterminée s'est caractérisé par un essor démocratique et recoupe la pensée de Maurice Hauriou qui repose sur la supériorité intrinsèque de la « constitution sociale sur la constitution politique »⁵¹

La constitution issue des conférences nationales s'est largement appesantie sur une gamme riche et variée de libertés. Il y a eu une véritable « inflation libertaire » qui s'explique par une volonté de rompre avec un passé largement fermé aux droits et libertés des individus. En s'adossant à un socle garni de droits et libertés, le

⁴⁹ L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques jurisprudentielles au prisme des systèmes politiques africains (Introduction générale)*, Bruylant Bruxelles 2009, p. 10.

⁵⁰ L. FAVOREU, « Propos d'un néo constitutionnaliste » in Jean-Louis SEURIN, *Economica* 1984, p. 23 et s.

⁵¹ Ces considérations reposent sur la distinction entre constitution politique et constitution sociale. La constitution sociale est l'expression de la philosophie politique. Elle traduit des données anthropologiques, culturelles. Les droits de l'homme constituent la pierre angulaire de la constitution sociale. Quant à la constitution politique, elle détermine les relations entre les institutions politique en précisant leurs compétences et le statut du pouvoir politique. Pour le doyen Hauriou, la constitution sociale est supérieure à la constitution politique. Voir Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Paris Sirey 1929, p. 342, Georges BURDEAU, *Traité de Science politique*, tome IV, LGDJ, 2^{ème} édition 1963, p. 295.

La liberté de manifestation en droit africain

constituant africain a voulu marquer par là, une nouvelle ère fondée sur les exigences de l'Etat de droit.⁵²

Toutefois, l'invocation quasi-mythique des droits et libertés dans le mouvement constitutionnaliste africain ne s'est jamais traduit à cette époque précise par une effervescence du point de vue de l'exercice d'une liberté comme la manifestation. Il convient de faire remarquer que, malgré un contexte favorable, la liberté de manifestation ne présentait pas un enjeu. En effet, la rénovation ou la refondation⁵³ du pouvoir politique africain s'exerçait dans un cadre consensuel qui contraste avec le support de la liberté de manifestation. Autrement dit, la refondation du pouvoir politique africain « ne s'est pas déroulée sur la voie publique ».

C'est la raison principale qui rend inopérant tout lien susceptible d'être établi entre le constitutionnalisme africain et l'essor de la liberté de manifestation entendu au sens de son effectivité. Son exercice pouvait s'analyser comme surabondant dans la mesure où des résultats plus probants et plus efficaces pouvaient être obtenus en marge de la rue. Rendue dans un langage emprunté, une « exception de recours parallèle » pouvait être opposée à tous les individus qui seraient tentés d'y recourir.⁵⁴

Spécifiquement si on retient l'histoire constitutionnelle du Sénégal, force est de reconnaître que ce pays est même « moins disant » du point de vue de la consécration de la liberté de manifestation. Le moins que l'on puisse dire est que la liberté de manifestation n'occupe pas une place de choix dans les différentes

⁵² M. KAMTO, « Les conférences nationales ou la création révolutionnaire des constitutions », in D. DARBON et J. du BOIS de GAUDUSSON, *La création du droit en Afrique*, Paris Karthala 1997, p. 177 et s.

⁵³ C'est par référence à la théorie de la fondation et de l'institution du doyen Maurice Hauriou.

⁵⁴ L'exception de recours parallèle utilisée en droit administratif signifie qu'un requérant est en mesure d'obtenir le même résultat en décidant de choisir une autre juridiction. Par exemple, le cadre des conférences nationales était une belle opportunité de résoudre les contradictions politiques de manière consensuelle autre que par l'expression de sentiments dans la rue.

constitutions qui ont jalonné l'évolution constitutionnelle du Sénégal. Déjà, la première constitution qui est née dans le cadre de la fédération du Mali reste étrangement silencieuse sur la liberté de manifestation. Elle n'apparaît pas dans cette constitution au niveau du titre II consacré aux « libertés publiques et à la personne humaine ». Ce vide constaté est également observable dans la première constitution de la République au Sénégal, celle du 26 août 1960. Aucune référence à la liberté de manifestation ne peut être décelée dans les dispositions du titre II relatif aux libertés publiques. Curieusement, les mêmes remarques valent pour la constitution de 1963.⁵⁵

Quelle explication faut-il donner au mutisme des différentes constitutions qui ont structuré l'histoire constitutionnelle du Sénégal ? Avant l'esquisse d'une explication, un constat s'impose. Il est relatif au fait que la nature du régime politique à ce moment précis n'a pas eu d'incidence sur le régime des libertés. Le régime parlementaire inauguré en 1959 et qui a également concerné la première constitution de la République du Sénégal est dans la même trajectoire que celle de la constitution de 1963 qui a instauré un régime présidentiel.⁵⁶

Cette dernière a subi une multitude de révisions. C'est avec cette constitution que le Sénégal a renoué avec le multipartisme après une longue parenthèse d'une vie politique dominée par un parti dit « réunifié ». Paradoxalement, cette ouverture ne s'est pas traduite au plan du régime des libertés par une consécration claire et sans équivoque de la liberté de manifestation. Cette absence d'ancrage, constitutionnel a traversé l'histoire constitutionnelle et politique du Sénégal paramétrée par des périodes de flux démocratique et des périodes de reflux démocratique.⁵⁷

⁵⁵ I.M. FALL, *Evolution constitutionnelle du Sénégal*, CREDILA CREPOS, février 2007, p. 17 à p. 44.

⁵⁶ I.M. FALL, *op. cit.*, p. 47 et s. Voir également, J.M. NZOUANKEU, « La restauration du régime présidentiel et l'évolution des partis politiques », *RIPAS* n° 8, p. 618 et s.

⁵⁷ B. KANTE, « Le Sénégal : un exemple de continuité politique et d'instabilité constitutionnelle », *RJPEM* 1989, n° 22, p. 145 et s.

La liberté de manifestation en droit africain

En réalité, la consécration constitutionnelle de la liberté de manifestation est tardive et coïncide avec la constitution du 22 janvier 2001. A l'honneur de cette constitution, elle s'attache à une précision sémantique de la manifestation en la désignant sous le vocable de la « marche publique ».⁵⁸ Aux termes des dispositions de l'article 10 de la constitution « chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement ses opinions par la parole, la plume, l'image, la marche pacifique pourvu que l'exercice de ces droits ne porte atteinte ni à l'honneur et à la considération d'autrui, ni à l'ordre public ».⁵⁹ Une disposition similaire était observable dans les différentes constitutions du Sénégal sans pour autant se référer à la « marche publique » Autrement dit, L'innovation est l'adjonction de la « marche pacifique » qui est une liberté politique.

Toutefois, le fait marquant est que les libertés politiques ne figurent pas à l'article 8 de la constitution de 2001 qui énumère une panoplie de libertés. Cela est-il de nature à entamer l'élan du constituant de 2001 dans sa volonté d'enrichir l'éventail des libertés et par là de poser un acte de rupture par rapport à un passé récent ? Il semble que l'absence de référence aux libertés politiques au titre d'une simple énumération ne saurait jeter un doute sur l'approche du constituant qui dépasse au niveau de l'article 10, l'énumération pour annoncer au préalable le régime de la marche pacifique qui renvoie à la liberté de manifestation. « Qui peut le plus peut le moins ».

Les conditions, le contexte d'apparition de la constitution du 22 janvier 2001 ont-ils joué en faveur de cette consécration constitutionnelle qui demeure une véritable exception dans l'appréciation du traitement réservé à la liberté de manifestation par les différentes constitutions ? L'explication réside probablement dans le nouvel enthousiasme des gouvernants qui découvrent pour la première fois le pouvoir doublé d'une volonté de faire mieux. Cela a

⁵⁸ S.M. SY, *Les régimes politiques de l'indépendance à l'alternance politique. 1960-2008*, Iroko-Karthala-CREPOS 2009, p. 177.

⁵⁹ Article 10 de la loi n° 2001-03 du 22 janvier 2001 portant constitution, *J.O.* n° spécial du 22 janvier 2001, p. 27.

préalablement joué en faveur de cette « magnanimité libertaire ».⁶⁰ La constitution du 22 janvier 2001 « restaure des acquis démocratiques ».⁶¹ A Madagascar, il est également étonnant de constater le silence du constituant de la IV^e République sur la notion de manifestation.⁶²

La loi n° 2000-513 du 1^{er} août 2000 portant constitution de la République de Côte d'Ivoire, dans son préambule, consacre « le respect et la protection des libertés fondamentales tant individuelles que collectives ».⁶³ Cette consécration de principe s'élève par rapport à ce qui était déjà fait dans les constitutions d'avant 2001 au Sénégal. En effet, elles ne se sont jamais référées à la notion de libertés fondamentales. C'est d'ailleurs là, une innovation de la constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 qui, à l'instar de la constitution de la II^e République de Côte d'Ivoire traite des « libertés, des droits et des devoirs » dans son titre premier, c'est-à-dire dans le corps de la constitution où la liberté de manifestation est réellement visible. En effet, l'article 11 de la constitution ivoirienne dispose : « Les libertés de réunion et de manifestation sont garanties par la loi ».⁶⁴ Il importe de faire remarquer que la liberté de manifestation à laquelle fait

⁶⁰ S.M. SY, « L'alternance politique au Sénégal », *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, La constitution et les valeurs*, Dalloz 2005, p. 593 et s.

⁶¹ L'expression est du professeur I.M. FALL in *Evolution constitutionnelle du Sénégal*, CREDILA CREPOS, février 2007, p. 143.

⁶² L'article 10 de la constitution consacré aux libertés, droits et devoirs des citoyens dispose : « Les libertés d'opinion et d'expression, de communication, de presse, d'association, de réunion, de circulation, de conscience et de religion sont garanties à tous et ne peuvent être limitées que par le respect des libertés et droits d'autrui, et par l'impératif de sauvegarde de l'ordre public, de la dignité nationale et de la sécurité de l'Etat ». Ce silence n'est-il pas une réaction épidermique à l'histoire trouble de la vie politique faite de manifestations violentes ayant débouché sur la IV^e République ?

⁶³ Loi n° 2000-513 du 1^{er} août 2000 portant constitution de la République de Côte d'Ivoire.

⁶⁴ Article 11 de la constitution du 1^{er} août 2000, constitution de la République de Côte d'Ivoire.

La liberté de manifestation en droit africain

allusion le constituant ivoirien renvoie à la marche publique retenue par la constitution sénégalaise du 22 janvier 2001, en ce sens que cette liberté de manifestation se retrouve dans le code pénal ivoirien⁶⁵.

En droit béninois, la loi n° 90-32 du 11 décembre portant constitution de la République du Bénin, en son article 25, à l'instar du constituant ivoirien, dispose que « l'Etat reconnaît et garantit dans les conditions fixées par la loi, la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion, de cortège et de manifestation »⁶⁶. Cette reprise commune d'une disposition de cette nature est-elle la manifestation d'un mimétisme constitutionnel ou d'un « effet de mode » ? A cet égard, Yao Biova Vignon note que les « constitutions africaines sont faites de dispositions d'une grande générosité en matière de libertés »⁶⁷. Il semble que c'est la combinaison des deux facteurs qui l'explique. En réalité, l'ancrage des pays africains dans la tradition juridique française est une donnée incontournable. Il s'y ajoute que cette propension à consacrer et à garantir les droits et libertés n'est pas forcément en adéquation avec une certaine pratique politique et institutionnelle.

Cette consécration laconique de la liberté de manifestation n'épargne pas également le Niger dans la constitution adoptée le 18 juillet 1999. En effet l'article 24 qui est d'une similarité remarquable avec l'article 25 de la constitution béninoise dispose « l'Etat reconnaît et garantit la liberté d'aller et venir, les libertés d'associations de réunion, de cortège et de manifestation dans les conditions définies par la loi »⁶⁸. Il convient tout de même de signaler que la nouvelle

⁶⁵ Loi n° 81-640 du 31 juillet 1981 instituant le code pénal modifiée par les lois n° 95-522 du 6 juillet 1995, n° 96-764 du 3 octobre 1996, n° 97-398 du 11 novembre 1997, n° 98-756 du 23 décembre 1998.

⁶⁶ Y.J. MORIN, *Libertés et droits fondamentaux dans les constitutions des Etats ayant le français en partage*, Bruylant/AUF 1999, constitution de la République du Bénin du 11 décembre 1990, p. 277.

⁶⁷ B. VIGNON YAO, « La protection des droits fondamentaux dans les nouvelles constitutions africaines », *Revue nigérienne de droit*, *op. cit.*, p. 124.

⁶⁸ Constitution de la République du Niger de 1999 adoptée le 18 juillet 1999 et promulguée par le décret n° 99-320, *JORN* spécial n° 7 du 14 mai 2004.

constitution du Niger de la VII^e République de l'année 2010 n'innove pas. En effet, l'article 32 de la constitution dispose : « L'Etat reconnaît et garantit la liberté d'aller et venir, des libertés d'association, de réunion, de cortège et de manifestation dans les conditions définies par la loi »⁶⁹.

La consécration équivoque de la liberté de manifestation en droit sénégalais et laconique dans certains pays africains constituent des hypothèses intermédiaires par rapport au cas mauritanien qui demeure extrême. La loi constitutionnelle n° 2006 014 portant rétablissement de la constitution du 20 juillet 1991 comme constitution et modifiant certaines dispositions dispose en son article 10 : « L'Etat garantit à tous les citoyens, les libertés publiques et individuelles »⁷⁰. Aucune référence à la liberté de manifestation n'est visible dans la constitution de la République islamique de Mauritanie. La trajectoire politique empruntée par la Mauritanie faite de coup d'Etats cycliques a eu une incidence sur le régime des libertés.

Globalement, il convient de souligner que l'option latente ou manifeste au plan de la consécration, est révélatrice d'une certaine représentation que la plupart des constituants africains se font de la liberté de manifestation. Il reste vrai que le véritable baromètre de l'effectivité et de l'opposabilité de ce droit aux pouvoirs publics africains dépend de l'approche par laquelle la liberté de manifestation est aménagée.

B - Un aménagement dénaturant

L'aménagement délimite les contours de la garantie d'une liberté. Il est défini comme une « action de transformer, de modifier pour

Cette même disposition est reprise par l'article 27 de l'avant-projet de constitution de la VI^e République du Niger (2009).

⁶⁹ Article 32 de la constitution de la VII^e République de 2010, *Journal officiel de la République du Niger* du 29 novembre 2010, p. 247 et s.

⁷⁰ Y.J. MORIN, *Libertés et droits fondamentaux dans les constitutions des Etats ayant le français en partage*, Bruylant/AUF 1999, constitution de la République islamique de la Mauritanie du 20 juillet 1991, p. 341.

La liberté de manifestation en droit africain

rendre plus rationnel »⁷¹. Jacques Mariel Nzouankeu distingue la création d'une liberté et son aménagement. Ce dernier dépasse qualitativement la conception d'une liberté qui relève de ce point de vue de la création. Selon cet auteur, l'aménagement renvoie « aux règles relatives à l'exercice effectif des droits créés »⁷². L'aménagement d'une activité érigée en liberté pose la question de sa garantie. Dans quelle mesure le droit positif garantit-il la liberté et de quelle manière ? Cette question est d'autant plus légitime qu'une simple consécration dans la constitution ne suffit pas pour rendre l'exercice de celle-ci effectif. En réalité, la garantie dépend de l'aménagement de la liberté. Le constat susceptible d'être fait au contact des législations africaines est que la liberté n'a pas été aménagée par les constitutions africaines. Une explication peut être trouvée à partir du legs juridique français. Dans la tradition juridique française, la liberté n'est pas garantie par la constitution. L'aménagement de la liberté est un aménagement législatif. Jacques Robert confirme ce constat en affirmant : « C'est un principe fondamental de notre droit public que tout ce qui concerne les libertés publiques constitue une matière législative relevant comme telle de la compétence du Parlement »⁷³. Ce qui renvoie, selon L. Favoreu à « une réserve de loi ou réserve de compétence législative. Celle-ci « signifie que le législateur se voit constitutionnellement réserver un domaine et les contours ne peuvent être méconnus ni par les autres autorités ni par lui-même »⁷⁴.

La source de l'aménagement législatif des libertés publiques en droit africain dérive du droit français. Ce dernier permet de mieux comprendre le modèle africain qui, aujourd'hui, présente des caractères différents du modèle d'emprunt. C'est pourquoi une étroite corrélation a été faite entre la loi et la liberté même si une évolution

⁷¹ Larousse 2009, p. 27.

⁷² J.M. NZOUANKEU, *Constitution sénégalaise commentée, op. cit.*, p. 36 et s.

⁷³ J. ROBERT, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 6^e édition Montchrestien, novembre 1996, p. 9.

⁷⁴ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, Dalloz 13^{ème} édition, 2010, p. 885.

est perceptible dans la définition de la loi en droit français⁷⁵. La loi énoncée dans le contexte de la Révolution française sous-tendait des considérations idéologiques résumées par la célèbre formule « La loi est l'expression de la volonté générale »⁷⁶. L'articulation entre la volonté générale et la raison constituait un véritable rempart contre l'arbitraire porté par la représentation politique qui traduisait la souveraineté du parlement. Ce dernier occupait une place prépondérante dans le dispositif politique, idéologique et institutionnel. C'est la raison principale qui explique la filiation établie entre liberté publique et loi.

Cette approche idéologique de la loi a inspiré une définition juridique de celle-ci. Selon G. Vedel, « La définition de la loi sous les régimes constitutionnels antérieurs à 1958 était purement formelle, la loi étant l'acte fait par les organes à qui une compétence législative était reconnue par la constitution et selon les formes fixées par la constitution ». Une telle conception ignore le contenu de la loi, la matière sur laquelle elle porte.⁷⁷ Il reste vrai que cette définition a été profondément remise en cause par la constitution de 1958. Dans celle-ci, le domaine assigné à la loi fait l'objet d'une énumération à l'article 34 de la constitution. C'est une définition matérielle de la loi. Les compétences du Parlement sont limitativement définies. Ainsi, la loi est définie comme un acte voté par le Parlement et qui ne peut porter que sur des matières énumérées. Les libertés publiques constituent une matière sur laquelle porte la loi.

Quelle que soit la définition retenue, la liberté publique relève du domaine de la loi qui est un acte du Parlement ou parce qu'elle se

⁷⁵ A.R. TROIZIER, « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », *AJDA* 2008, p. 1866. L'auteur montre la permanence de l'aménagement législatif des libertés en révélant que la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'a pas eu d'impact sur les citoyens, même avec de nouvelles modalités de protection des droits et libertés dès lors que le constituant a largement utilisé le renvoi à la loi organique.

⁷⁶ R. CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris 1931, p. 216.

⁷⁷ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, p. 326.

La liberté de manifestation en droit africain

rapporte à une matière dévolue au Parlement.⁷⁸ Par exemple, le préambule de la constitution de 1946 qui fait partie de la constitution de 1958 énonce que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent »⁷⁹. En l'absence de telles lois, le Conseil constitutionnel considère qu'il revient au seul Parlement de règlementer le droit de grève⁸⁰. L'ampleur du phénomène partisan et l'élection du président de la République au suffrage universel ont constitué des facteurs qui ont eu une incidence sur le statut de la loi. Le fait majoritaire fait de la loi « l'expression d'une majorité partisane ». L'importance grandissante des pouvoirs de l'exécutif et l'abaissement corrélatif des pouvoirs du Parlement ont eu une incidence sur le statut des libertés publiques virtuellement ouvert aux interventions du pouvoir exécutif. Ce dernier est naturellement plus soucieux de l'efficacité de l'action gouvernementale.

En réalité, c'est ce cadre politique, idéologique et juridique structuré par la constitution de 1958 qui a constitué l'héritage amplement recueilli par les Etats africains qui étaient liés à la France par la colonisation. Tout de même, il semble important de remarquer que le legs de la constitution de 1958 a été remarquablement nuancé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. « La révolution n'a pas eu lieu »⁸¹. Cette jurisprudence a relu l'article 34 de la constitution en « gommant la différence instituée entre les règles et les principes fondamentaux »⁸². Ce qui semble intéressant par rapport

⁷⁸ G. CONAC, *La constitution de la République française, analyse et commentaire*, Paris economica 1979, p. 253.

⁷⁹ Voir CE Ass 7 juillet 1950, Dehaene, *Rec.* 426.

⁸⁰ CC n° 80-117 DC du 22 juillet 1980.

⁸¹ Dès les premières années d'application de la constitution de 1958, une partie importante de la doctrine appréhendait la situation de la loi comme une véritable révolution. Au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui ne cesse d'élargir le domaine de la loi, la doctrine s'est rangée derrière le professeur Rivero pour constater que « la révolution n'a pas eu lieu ». Voir *Le domaine de la loi et du règlement*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, PUAM 1978, p. 263.

⁸² M. de VILLIERS, « Vers la neutralisation des articles 34 et 37 », *Revue administrative* 1983, p. 247.

à cette mutation, le Conseil constitutionnel a réussi à déplacer au profit du Parlement « le droit commun de la compétence »⁸³.

Il en résulte une réhabilitation de la définition formelle de la loi selon laquelle les considérations partisanses sont atténuées. Ce bilan est à mettre à l'actif du Conseil constitutionnel qui s'est attaché au dépassement qualitatif du concept de libertés publiques. Par exemple, il précise que « si le législateur est en droit d'organiser pour l'avenir l'exercice d'une liberté publique, il ne peut remettre en cause des « situations existantes intéressant » une telle liberté que si « ces situations acquises ou si leur remise en cause seraient réellement nécessaires pour assurer l'objectif constitutionnel poursuivi ».⁸⁴ C'est ainsi que le juge constitutionnel français atténue la portée de l'aménagement législatif des libertés publiques en l'encadrant de manière stricte⁸⁵. Pourtant F. Soucramanien et P. Pactet notent une évolution à cet égard à propos de la réforme constitutionnelle de 2008 en France : « Le constituant a finalement opté pour l'expression plus neutre en apparence de « droits et libertés que le constituant garantit »⁸⁶.

Cette nouvelle orientation pourra-t-elle résister à une tradition séculaire relative à l'aménagement législatif des libertés ? Le constat qui peut être fait est que les Etats africains de tradition juridique française sont dans une large mesure en marge de ces mutations. Ils ont repris le modèle issu de la constitution de 1958. C'est la raison pour laquelle les constitutions africaines ont systématiquement repris la délimitation respective du domaine de la loi et du règlement définie par les articles 34 et 37 de la constitution de 1958. C'est ainsi Yao Biova Vignon note : « Fidèles à la tradition française, les

⁸³ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^{ème} édition, Montchrestien 2010, p. 322.

⁸⁴ CC 10 octobre 1984, « Loi sur les entreprises de presse », *AJDA* 1984, p. 684.

⁸⁵ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP* 1967, p. 105.

⁸⁶ F.M. SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, 27^{ème} édition, Dalloz Sirey, septembre 2008, p. 515.

La liberté de manifestation en droit africain

constitutions africaines se contentent en effet de poser les principes de liberté et laissent au législateur le soin d'en fixer les limites et d'aménager le régime des droits et libertés dans son détail ».⁸⁷

L'aménagement législatif des libertés publiques hérité de la France est venu se greffer sur un cadre présidentieliste défini comme « une dénaturation du principe de séparation tranchée des pouvoirs entraînant un déséquilibre en faveur du président de la République qui détient une forte hégémonie ».⁸⁸ Le cadre présidentieliste combiné à l'existence d'un parti dominant ou d'un parti unique ont fini de donner à l'aménagement législatif des libertés publiques un caractère très réducteur. Ce dernier déroule alors une rhétorique fondée sur la construction de la nation et du développement par un exécutif fort. Cette mission a souvent mis en « veilleuse » l'exercice des libertés publiques synonyme de dispersion, de désordre ou même de diversion. Les exigences du développement ont remis en cause les libertés publiques dans certains pays africains. Eu égard à ces considérations, il n'est pas surprenant de constater l'ancrage de l'aménagement législatif des libertés publiques ou même par le code pénal qui a valeur de loi. C'est pourquoi, il est possible de constater un décalage entre le modèle français de 1958 et le modèle africain. Celui-ci a intrinsèquement secrété des ingrédients de nature à réduire l'effectivité des libertés publiques par un aménagement législatif beaucoup plus restrictif. En réalité, tous les correctifs apportés en France par le juge constitutionnel n'ont pas été pris en compte par le législateur africain ou parfois par le juge constitutionnel.

La situation voulue ou inconsciente dans laquelle sont placés les Etats africains consistant en la dénaturation de la liberté de manifestation contraste avec celle des pays européens. Dans « sa mission de veille », le Conseil constitutionnel français a conceptualisé le principe de « non dénaturation » afin d'éviter que les libertés

⁸⁷ B. VIGNON YAO, « La protection des droits fondamentaux dans les nouvelles constitutions africaines », *Revue nigérienne de droit*, *op. cit.*, p. 124.

⁸⁸ F. M. DJEDJRO, *Droit constitutionnel*, Les éditions ABC, 7^{ème} édition 2007, p. 103.

fondamentales ne soient vidées de leur substance par une réglementation spé cieuse. C'est ainsi que le juge constitutionnel français dispose : « Une limitation (au droit de propriété), alors même qu'elle répond à un objectif de valeur constitutionnelle, ne saurait revêtir un caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée du droit de propriété »⁸⁹.

Ce principe de « non dénaturation trouve un écho en droit comparé européen à partir des principes de la « garantie de la substance, « Le respect du contenu essentiel » ou de « l'essence des droits et libertés fondamentaux ». Il en est ainsi dans la loi fondamentale allemande : « En aucun cas, il ne doit être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental »⁹⁰. C'est le cas également dans la constitution de l'Espagne : « Seule une loi, qui dans tous les cas devra respecter leur contenu essentiel, pourra réglementer l'exercice de ses droits et libertés ».⁹¹ Enfin, il importe de souligner que la constitution du Portugal reste dans la même trajectoire : « Les lois ne peuvent restreindre l'étendue et la portée de l'exercice des préceptes constitutionnels ». L'Europe s'attèle à la « non dénaturation » alors que l'Afrique dénature. Le Togo, à l'image des autres pays d'Afrique, opte pour l'aménagement législatif des libertés. En effet, l'article 30 de la constitution du Togo dispose : « L'Etat reconnaît et garantit dans les conditions fixées par la loi, l'exercice des libertés d'association, de réunion et de manifestation pacifique et sans instruments de violence ».⁹²

Au Sénégal, sans discontinuité, toutes les constitutions qui ont jalonné l'évolution constitutionnelle rangent les libertés dans le domaine de la loi. Par exemple, la constitution du 22 janvier 2001 en son article 67, dispose que la « loi fixe les règles concernant les libertés civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour

⁸⁹ 98-403 DC du 29 juillet 1998, Lutte contre l'exclusion. 93-316 DC 20 janvier 1993 Prévention de la corruption.

⁹⁰ Article 19 alinéa 2.

⁹¹ Article 53.

⁹² Article 30 de la constitution du 14 octobre 1992 révisée par la loi n° 2002-029 du 31 décembre 2002.

La liberté de manifestation en droit africain

l'exercice des libertés publiques »⁹³. Il en va de même en droit ivoirien. En effet, aux termes des dispositions de la constitution du 1^{er} août 2000, « La loi fixe les règles concernant la citoyenneté, les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »⁹⁴. Ce constat vaut également en droit nigérien et béninois. En effet, les constituants béninois et nigérien, en se référant à la liberté de manifestation renvoient à une garantie législative⁹⁵. La constitution béninoise du 11 décembre 1990 range dans le domaine de la loi : « Les règles concernant la citoyenneté, les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »⁹⁶. Il en va ainsi de la constitution du Mali en son article 5 qui traite de l'aménagement législatif des libertés.⁹⁷ Les pays tels que le Togo⁹⁸, Madagascar⁹⁹ et le Burkina Faso¹⁰⁰ sont dans la même trajectoire.

⁹³ Voir le professeur J.M. NZOUANKEU, « Les domaines respectifs de la loi et du règlement en droit sénégalais », *RIPAS* n° 23-24, janvier-décembre 1990, p. 47 et s.

⁹⁴ Article 71 de la loi n° 2000-513 du 1^{er} août 2000 portant constitution de la République de Côte d'Ivoire.

⁹⁵ Article 32 de la constitution du Niger de 2010 et article 25 de la constitution du Bénin.

⁹⁶ Article 98 de la constitution du 11 décembre 1990.

⁹⁷ Y.J. MORIN, *Libertés et droits fondamentaux dans les constitutions des Etats ayant le français en partage*, Bruylant/AUF 1999, constitution de la République du Mali du 25 février 1992, p. 416. Aux termes des dispositions de l'article 5 de la constitution malienne « L'Etat reconnaît et garantit dans les conditions fixées par la loi, la liberté d'aller et venir, le libre choix de la résidence, la liberté d'association, de réunion, de cortège et de manifestation ».

⁹⁸ Article 84 de la République du Togo qui liste trente-cinq matières qui relèvent du domaine de la loi dont « La citoyenneté, les droits civiques et l'exercice des libertés publiques ».

⁹⁹ Article 95 : « La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux individus, associations, partis politiques et à tout autre groupement pour l'exercice des droits et libertés ainsi que leurs devoirs et obligations ».

¹⁰⁰ Article 101 : « La loi fixe les règles concernant les droits civiques et l'exercice des libertés publiques ».

En quoi consiste réellement cette dénaturation ? L'aménagement législatif auquel renvoient les constitutions n'est pas une œuvre consolidante en termes de garantie de la liberté. Il s'y ajoute une technique dénaturante sur le plan formel. Elle prend source dans l'aménagement des libertés par des lois spécifiques qui n'ont pas vocation à les protéger. Il s'agit particulièrement de l'aménagement de la liberté publique par la loi pénale ou par des lois qui s'assimilent à elle. Cette approche rend réellement compte de l'entreprise des pouvoirs publics qui modifient, dénaturent une activité à l'origine considérée comme une liberté nonobstant la qualification constitutionnelle d'une activité en liberté fondamentale ou publique.

Le code pénal est une loi relative aux infractions et aux peines¹⁰¹. De manière latente ou consciente, l'option qui consiste à aménager la liberté de manifestation dans le code pénal traduit une volonté d'assimilation de cette activité à une infraction. Qu'est ce qui explique autrement le choix du code pénal dans la perspective de l'aménagement de la liberté de manifestation. Par exemple, la loi constitutionnelle mauritanienne n° 2006-014 portant rétablissement de la constitution du 20 juillet 1991 comme constitution de l'Etat et modifiant certaines dispositions, dispose en son article 10 que : « l'Etat garantit à tous les citoyens, les libertés publiques et individuelles ». Il convient également de souligner que le régime des libertés, au titre de la constitution en son article 57, relève du domaine de la loi.¹⁰² Dans l'ordonnance n° 83-162 du 9 juillet 1983 portant institution d'un code pénal de la Mauritanie, le législateur ne se réfère qu'aux attroupements. Cela corrobore l'idée d'assimilation de la liberté de manifestation à une infraction à la loi pénale. En réalité, dans le cas

¹⁰¹ Le *Lexique des termes juridiques* définit le code pénal comme « une compilation dans un même texte de dispositions d'inégale valeur relatives aux infractions ainsi que les peines qui leur sont applicables », Dalloz, 14^{ème} édition, p. 111.

¹⁰² Y.J. MORIN, *Libertés et droits fondamentaux dans les constitutions des Etats ayant le français en partage*, Bruylant/AUF 1999, constitution de la République islamique de la Mauritanie du 20 juillet 1991, p. 341.

La liberté de manifestation en droit africain

mauritanien, il existe une confusion manifeste entre la manifestation et l'attroupement.¹⁰³ L'attroupement est une infraction à la loi pénale.

Georges Burdeau à l'image de la doctrine dominante montre la différence entre la manifestation et l'attroupement : « Tandis qu'en matière de manifestation, la répression n'intervient que si la police préventive a été insuffisante, en matière d'attroupement le régime répressif s'applique seul »¹⁰⁴. La confusion entretenue entre l'attroupement et la manifestation par le code pénal mauritanien révèle la frilosité d'un régime politique autoritaire et réfractaire à toute forme d'expression de sentiments ayant comme support la rue. Cette dernière reste très contagieuse et constitue un puissant vecteur de crispations sociales et politiques. Cette hypothèse est extrême par rapport aux droits positifs ivoirien et sénégalais qui se réfèrent à la liberté de manifestation dans le code pénal qui l'aménage en réalité. Cette relative souplesse n'efface en rien l'idée d'assimilation de la manifestation à une infraction. La formule est plus subtile en droit ivoirien.

La loi ivoirienne n° 81-640 du 31 juillet 1981, instituant le code pénal consacre un chapitre III intitulé « infractions contre la paix et la tranquillité publique ». Ce chapitre distingue les attroupements des manifestations. Curieusement, la manifestation s'intègre dans le chapitre II qui « régit les infractions contre la paix et la tranquillité publique »¹⁰⁵. N'est-ce pas là, la traduction d'une volonté consciente ou latente d'appréhender la manifestation comme une infraction ? A la décharge du législateur ivoirien, les articles 183 à 184 du code pénal ne se réfèrent qu'à la manifestation qui a fait l'objet d'une déclaration incomplète, ou inexacte ou même une manifestation interdite.

En droit sénégalais, la manifestation est amplement aménagée par le code pénal en ses articles 92 à 100. En effet, à l'instar du code pénal

¹⁰³ Ordonnance n° 83-162 du 9 juillet 1983, portant institution d'un code pénal, *Journal officiel de la République islamique de Mauritanie*, n° 608-609 du 29 février 1984, p. 112-149.

¹⁰⁴ G. BURDEAU, *Libertés publiques* LGDJ/1966, p. 211.

¹⁰⁵ Les articles relatifs à l'attroupement sont : 179 à 182, alors que les articles relatifs à la manifestation sont : 183 et 184

ivoirien, le code pénal sénégalais distingue les attroupements, des manifestations. Aux termes des dispositions de l'article 97 du code pénal « Sont soumis à l'obligation d'une déclaration préalable tous cortèges, défilés et rassemblements de personnes et d'une façon générale, toutes manifestations sur la voie publique »¹⁰⁶. Pour l'essentiel, les pays africains de tradition juridique française aménagent la liberté de manifestation dans le code pénal. Cela peut sembler paradoxal. En réalité, le code pénal à vocation à réprimer les infractions. Le choix de certains pays africains qui consiste à aménager cette liberté dans le code pénal traduit une volonté d'assimiler cette liberté en une infraction virtuelle.

Pourtant le Niger et le Burkina Faso font exception à cette pratique généralisée. En effet, les législateurs nigérien et burkinabé ont retenu l'option d'aménager la liberté de manifestation en marge du code pénal, c'est-à-dire à partir d'une loi spécifique. Il en est ainsi de la loi nigérienne n° 2004-45 du 8 juin 2004 régissant les manifestations sur la voie publique¹⁰⁷. Cette loi en son article premier dispose que « l'Etat reconnaît et garantit la liberté de manifestation dans les conditions définies par la loi ». Le Burkina Faso ne fait pas exception à la règle, la liberté de manifestation est érigée en « libertés publiques » par la loi n° 22-97 du 21 octobre 1997 portant liberté de réunion et de manifestation sur la voie publique. Au titre de l'article premier de cette loi, « Les réunions et les manifestations sur la voie publique sont libres au Burkina Faso et se tiennent conformément aux dispositions de la présente loi »¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Loi n° 65-60 du 21 juillet 1965 portant code pénal (Crimes et délits), *JO* n° 3767 du 6 septembre 1965, p. 1009 à 1045 modifiée par la loi n° 74-13 du 24 juin 1974.

¹⁰⁷ Loi n° 2004-45 du 8 juin 2004 régissant les manifestations sur la voie publique au Niger, *Journal officiel* spécial n° 14 du 20 août 2004.

¹⁰⁸ Loi n° 22-97 du 21 octobre 1997 portant liberté de réunion et de manifestation sur la voie publique, promulguée par décret n° 97-506 du 18 novembre 1997, *Journal officiel du Burkina Faso* du 11 décembre 1997, p. 3351.

La liberté de manifestation en droit africain

En réalité, le Niger et le Burkina Faso à l'instar des pays africains de tradition juridique française soumettent à l'aménagement législatif la liberté de manifestation. Pour autant, ils se démarquent de la démarche dominante qui consiste à aménager la liberté de manifestation dans le code pénal même si certaines dispositions de la loi burkinabé trouvent un prolongement dans le code pénal¹⁰⁹. Pourtant, la trajectoire du Niger et du Burkina Faso s'inscrit en droite ligne dans la pure tradition juridique française qui retient l'aménagement des libertés par la loi.

La pratique en République du Cap Vert contraste réellement avec le modèle « francophone ». La garantie des droits et libertés au Cap Vert relève de la combinaison de l'ordre juridique international et de l'ordre constitutionnel. Celle-ci est supra législative et met hors de portée de la loi censée être élastique, tout aménagement des droits et libertés. C'est ainsi que l'article 16 de la constitution dispose : « Les lois ou les conventions internationales pourront consacrer des droits, libertés qui ne sont pas prévus dans la constitution ; les règles constitutionnelles et légales relatives aux droits fondamentaux doivent être interprétées et intégrées conformément à la déclaration universelle des droits de l'homme »¹¹⁰.

L'essentiel coexistant avec l'accessoire, en droit cap verdien, l'aménagement est essentiellement constitutionnel. Pour autant, le constituant cap verdien ne récuse pas forcément la coexistence de loi et des libertés. Toutefois, la constitution dispose : « Les lois ayant pour effet de restreindre les droits, libertés et les garanties ne pourront pas diminuer la portée et le contenu essentiel des règles constitutionnelles et devront être limitées au strict nécessaire pour

¹⁰⁹ *Codes et lois du Burkina Faso* TVI code pénal juin 1999, Ordre public et bonnes mœurs, p. 417 et s.

¹¹⁰ Loi constitutionnelle n° 01/IV/92 du 25 septembre 1992 portant constitution de la République du Cap Vert, édition bilingue, *PRAIA* 1994, p. 14.

sauvegarder d'autres droits protégés par la constitution »¹¹¹. Dans la même perspective, la constitution confère une force juridique constitutionnelle aux droits et libertés. En effet, l'article 18 de la constitution du Cap Vert dispose : « Les règles constitutionnelles relatives aux droits, libertés et aux garanties lient tous les organismes publics et privés et sont directement applicables »¹¹².

Le constat susceptible d'être fait au regard de ces dispositions est la quasi inexistence de libertés publiques au Cap Vert. Les droits et libertés sont véritablement des droits fondamentaux au Cap Vert¹¹³. Au regard de ce constat relatif à l'aménagement quasi dominant des libertés par la loi, il importe de s'interroger sur le caractère opératoire du constitutionnalisme africain. Le constitutionnalisme ne peut s'accommoder d'une présentation statique des libertés laissées à la discrétion du Parlement ou parfois même de l'exécutif. Il convient de refonder la théorie des libertés en Afrique pour donner au constitutionnalisme africain une utilité. C'est dans ce sens que Jacques-Yvan Morin définit le constitutionnalisme qui « consiste à enchâsser les libertés, les droits civils et politiques ainsi que les règles de l'Etat de droit dans la constitution de chaque Etat et à en garantir le respect en les rendant justiciables devant des institutions également établies par la constitution. En effet, les principes protecteurs de l'individu n'acquièrent leur pleine signification que dans la mesure où ils sont énoncés et garantis dans les normes qui occupent le rang le plus élevé dans l'ordre juridique interne prenant le pas sur toutes les règles de droit et décisions des organes de l'Etat »¹¹⁴.

¹¹¹ Loi constitutionnelle n° 01/IV/92 du 25 septembre 1992 portant constitution de la République du Cap Vert, édition bilingue, PRAIA 1994, p. 15.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Y.J. MORIN, *Libertés et droits fondamentaux dans les constitutions des Etats ayant le français en partage*, Bruylant/AUF 1999, constitution de la République du Cap Vert du 25 septembre 1992, p. 480.

¹¹⁴ Y.J. MORIN, *Libertés et droits fondamentaux dans les constitutions des Etats ayant le français en partage*, Bruylant/AUF 1999, p. 6.

II - Une dégénérescence provoquée de la liberté de manifestation

La dénaturation de la liberté de manifestation part de son aménagement qui a fini de consacrer sa dégénérescence. Celle-ci renvoie à un processus d'altération de la liberté de manifestation qui lui fait perdre ses qualités par une action de transformation « en quelque chose de plus mauvais ». La dégénérescence se manifeste par le contrôle du juge de l'excès de pouvoir qui s'avère timide mais également à partir des pouvoirs exorbitants de l'administration. Ainsi, la manifestation en tant qu'activité érigée en liberté publique se mue en une simple faculté. La dégénérescence est doublement provoquée.

A - La part du juge de l'excès de pouvoir

Au regard des pouvoirs exorbitants de l'exécutif, il importe de signaler que la manifestation en tant que liberté publique dégénère en faculté et le juge y a une part de responsabilité. Il s'agit à titre principal du juge de l'excès de pouvoir¹¹⁵. Celui ci est véritablement

¹¹⁵ Le juge administratif renvoie à celui qui est appelé à résoudre les litiges sur le fondement des règles de droit public. Ces litiges trouvent leur source dans deux situations. La première met en rapport le juge avec des actes administratifs support d'une réglementation portant sur la liberté publique. Il peut s'agir par exemple, d'un arrêté d'interdiction ou d'une mesure de privation de cette nature. Ces mesures sont des actes réglementaires. Le contentieux est alors un contentieux de l'excès de pouvoir. Il est défini comme une action contentieuse par laquelle un particulier qui y a intérêt saisit la juridiction compétente en vue de l'annulation d'un acte qui lui fait grief. Sur la question, voir L. DUGUIT, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *RDP* 1909, p. 667. Voir également, le professeur Martin BLEOU, « La place du règlement dans le contentieux de l'excès de pouvoir en Côte d'Ivoire », *RIPAS* n° 23 et 24, décembre 1990, p. 275 et s. La deuxième situation révèle des dommages susceptibles d'être causés aux individus dont la puissance publique n'est pas étrangère dans l'exercice d'une liberté publique. Il peut s'agir d'une carence dans l'encadrement formel ou physique ayant engendré un préjudice. C'est le contentieux de pleine juridiction. Il se définit comme un « contentieux dans lequel le juge est appelé à statuer sur l'existence, le contenu et les effets des droits subjectifs des particuliers ou des personnes morales », D. SY, *Droit administratif*, CREDILA 2009, p. 114. Ces deux situations sont diversement

mis au premier plan. La raison en est que le juge de l'excès de pouvoir est le dernier rempart contre la violation des libertés qui se manifeste

vécues par le juge africain qui peut baigner dans une ambiance d'unité de juridiction ou même dans celle d'une dualité de juridiction. Dans le système d'unité de juridiction, il importe de faire remarquer une confusion des contentieux entre les mains d'un juge unique. Toutefois, il est assorti de la reconnaissance de la spécificité du contentieux administratif. C'est le modèle retenu par la Côte d'Ivoire. Par exemple, le code de procédure civile, commerciale et administrative en son article 5 dispose « Les tribunaux de première instance et leurs sections détachées connaissent de toutes les affaires civiles, administratives et fiscales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction en raison de la nature du litige ». Voir également la loi n° 94-440 du 16 août 1994 déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de la Cour suprême, *JORCI* du 22 septembre 1994, p. 717 et s. Le Sénégal est dans la même perspective. En effet, la loi n° 84-19 du 2 février 1984 précise que les tribunaux régionaux sont compétents « pour connaître de toute instance tendant à faire déclarer débitrices les collectivités publiques soit à raison de marchés conclus par elles, soit à raison de travaux qu'elles ont ordonnés, soit à raison de tous actes de leur part ayant causé préjudice à autrui », *JO* du 3 mars 1984, p. 124. La création d'une nouvelle option ne remet pas en cause cette option. Voir à cet effet, la loi organique n° 2008-35 du 7 août 2008 portant création de la Cour suprême, *JO* n° 6420 du 8 août 2008, p. 755. Au Mali, il convient de noter l'existence de tribunaux administratifs qui connaissent « des recours en annulation pour excès de pouvoir des autorités administratives, régionales ou locales », Loi n° 94-006/AN-RM du 18 mars 1994 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs, *Recueil 2000, Codes et Textes Usuels de la République du Mali*, t. I, p. 534. Toutefois, une section administrative de la Cour suprême juge entre autres « en premier et dernier ressort des recours pour excès de pouvoir dirigés contre les décrets, arrêtés ministériels et interministériels ; juge d'appel de droit commun de toutes les décisions rendues en dernier ressort par les tribunaux administratifs de la République », *Recueil 2000, Codes et Textes usuels de la République du Mali*, t. I, *op. cit.*, p. 546. Quant au modèle burkinabè, il est caractérisé par l'existence d'un ordre juridictionnel administratif avec un Conseil d'Etat qui est la juridiction suprême de l'ordre administratif. Il a sous son autorité des tribunaux administratifs, juges de droit commun du contentieux administratif. Voir, A.T. BA, *Droit du contentieux administratif burkinabè*, Collection Précis de droit burkinabè, PADEG, mars 2007, p. 105 et s.

La liberté de manifestation en droit africain

essentiellement à partir d'actes de police qui constituent des actes administratifs. C'est le cas des mesures d'interdiction d'exercice de la liberté de manifestation.

La mesure de police n'est légale que quand elle est nécessaire. Cela explique l'enchevêtrement de l'opportunité et de la légalité. L'opportunité est un élément de la légalité¹¹⁶. La nécessité d'une manifestation est appréciée au premier niveau par l'administration. L'illustration est fournie par la faculté dont elle dispose pour porter à la connaissance du public les motifs liés à une interdiction par le biais de la motivation. Sur un autre niveau, le juge de l'excès de pouvoir peut contrôler l'appréciation à laquelle s'est livrée l'administration pour interdire l'exercice de la liberté de manifestation. C'est la raison principale qui explique que la motivation est au cœur de l'analyse des pouvoirs exorbitants de l'administration. La motivation est définie comme une « expression des données de fait et les arguments de droit qui ont conduit l'autorité à prendre une décision »¹¹⁷.

En droit sénégalais, le principe est qu'il n'y a pas une obligation de motivation des actes administratifs sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires¹¹⁸. Il ne serait pas surprenant de constater qu'il en est ainsi en droit ivoirien, comme le rappelle René Dégni Segui. Selon cet auteur : « L'autorité administrative n'est pas tenue d'énoncer dans la décision qu'elle prend le motif, c'est-à-dire les considérations de droit et de fait qui fondent ladite décision »¹¹⁹. Le Burkina Faso entre également dans ce schéma du régime de la motivation. Cela est perceptible dans l'arrêt rendu par la Cour suprême du Burkina Faso en sa chambre administrative le 13

¹¹⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Editions Montchrestien, 2^{ème} édition 1986, p. 518.

¹¹⁷ G. DUPUIS, M.J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, 11^{ème} édition, Sirey, 2009, p. 489.

¹¹⁸ Voir sur la question, A. DIEYE, « Le juge et la motivation des actes administratifs au Sénégal », *EDJA* n° 81, juin 2009, p. 14 et s.

¹¹⁹ R.D. SEGUI, *Droit administratif général*, 2^{ème} édition, Abidjan 1996, p. 269.

novembre 1970, Yaméogo Maurice.¹²⁰ Pourtant, dans un document réalisé par les services du ministère de l'Intérieur, il est clairement indiqué que l'autorité qui reçoit la déclaration doit immédiatement délivrer un récépissé qui ne vaut pas autorisation mais atteste simplement de la déclaration préalable. Si cette autorité estime que la manifestation projetée est de nature à troubler l'ordre public, elle l'interdit par un arrêté motivé¹²¹. Cette affirmation est confirmée par J.M. Nzouankeu dans son cours dactylographié¹²².

Cette idée est particulièrement surprenante. En effet, l'article 92 du code pénal dispose : « si l'autorité investie du pouvoir de police estime que la manifestation projetée est de nature à troubler l'ordre public, elle l'interdit par un arrêté qu'elle notifie immédiatement aux signataires de la déclaration au domicile élu »¹²³. Le constat qui se dégage à la lecture de cette disposition est qu'en droit sénégalais, l'autorité administrative investie des pouvoirs de police n'est pas tenue d'une obligation de motiver ses décisions d'interdiction de manifestation. Cette grande marge de liberté symbolisée par une interdiction sans obligation de motivation pour l'autorité administrative de police est néanmoins infléchie par le juge de l'excès de pouvoir.

¹²⁰ CS Chambre administrative 13 novembre 1970, Yaméogo Maurice. Dans cet arrêt, le juge indique que « Attendu que la méconnaissance de règles de forme ; qu'au surplus l'oubli ou l'exécution d'une condition de forme non substantielle n'annule pas forcément l'acte vicié ; que l'omission ou la mention incomplète du visa, simple pratique administrative sans caractère obligatoire, ne saurait retentir sur la validité d'une décision, l'ordonnance n° 67-054 Pres en conférant à la puissance publique un pouvoir arbitraire de confiscation, la dispensait de toute nécessité de motivation ». Voir les observations du professeur Salif YONABA in *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè, Droit administratif*, Collection précis de droit burkinabè, p. 50.

¹²¹ Administration territoriale, Ministère de l'Intérieur/ENA, année 2001, p. 127.

¹²² *Cours de Libertés publiques*, année 1987, p. 32.

¹²³ Loi n° 65-60 du 21 juillet 1965, portant code pénal, JO n° 37-67 du 6 septembre 1965, p. 1017.

La liberté de manifestation en droit africain

Dans un arrêt en date du 25 novembre 1999, le Conseil d'Etat sénégalais a annulé une décision du préfet de Dakar portant interdiction d'une marche publique. En effet, le juge de l'excès de pouvoir rappelle que « la marche étant la manifestation soumise à une simple déclaration préalable, l'autorité administrative chargée du maintien de l'ordre ne saurait l'interdire sans qu'il n'y ait d'une part, un risque de perturbation de l'ordre public et d'autre part, une insuffisance de moyens nécessaires pour le maintien de l'ordre public. En interdisant de manière générale et absolue la marche sans pour autant faire connaître les motifs sur lesquels il s'est fondé, le préfet ne permet pas au Conseil d'Etat d'exercer un contrôle normal »¹²⁴. Cette jurisprudence très novatrice fonde les règles qui encadrent la manifestation envisagée comme la marche publique. Il ressort de cette jurisprudence que le juge enferme l'interdiction dans des conditions précises. L'interdiction est une mesure grave. Elle doit être exceptionnelle et ne se justifie qu'au regard de la loi telle que rappelée par le juge de l'excès de pouvoir. Les conditions renvoient au risque de préjudicier l'ordre public et l'insuffisance de « moyens nécessaires pour le maintien de l'ordre public ».

Cette jurisprudence fondatrice comble apparemment le vide laissé par le code pénal qui aménage la liberté de manifestation¹²⁵. La principale innovation est que cet arrêt met pour la première fois, une obligation de motivation à la charge de l'autorité de police même si le code pénal reste silencieux sur la question. Au regard de cette importante décision du Conseil d'Etat sénégalais, le régime de la motivation est ainsi schématisé. Il n'y a pas d'obligation de motivation sauf dispositions législatives, réglementaires et jurisprudentielles contraires¹²⁶. En réalité, depuis cette importante

¹²⁴ CE du Sénégal 25 novembre 1999, LDMPT, *Bulletin de arrêts du Conseil d'Etat* n° 2, p. 26.

¹²⁵ Loi n° 65-60 du 21 juillet 1965, portant code pénal, *JO* n° 37-67 du 6 septembre 1965, p. 1017.

¹²⁶ A. DIEYE, « Le juge et la motivation des actes administratifs », *EDJA* n° 81, *op. cit.*, p. 27. Selon cet auteur, il existe une « extension du champ de la motivation obligatoire dans le domaine de la protection des libertés

décision, le juge peut de « son propre chef » étendre le champ matériel de la motivation¹²⁷. Cette jurisprudence a une portée pédagogique, elle a véritablement constitué un déclic. Il est loisible de constater que les décisions d'interdiction de marche publique sont désormais motivées par l'autorité administrative de police. Toutefois, il convient de préciser que cette motivation est souvent laconique, et stéréotypé, malgré une jurisprudence de rappel. En effet, dans l'arrêt du Conseil d'Etat du Sénégal 23 octobre 1993, Seydou Mamadou Diarra, le juge renseigne sur le fait que la simple référence « aux nécessités de l'ordre public » justifiant une mesure de police défavorable ne lui permet pas d'exercer un contrôle normal¹²⁸.

Cette décision contredit un arrêt ivoirien rendu par la Cour suprême de la Côte d'Ivoire en sa chambre administrative. Selon le juge ivoirien, « en matière de police des étrangers, l'administration dispose d'une compétence discrétionnaire traditionnellement reconnue, qu'il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier si la présence de l'étranger constitue une menace pour l'intérêt national et la sécurité de l'Etat, eu au demeurant, il y a là une appréciation de fait qui n'est pas de nature à être discutée ».¹²⁹

Mais cette jurisprudence sénégalaise est en deçà des attentes légitimes quant à la protection effective des libertés publiques. En posant des conditions relatives à l'interdiction de la marche publique, le Conseil d'Etat se réfère « au risque d'atteinte à l'ordre public ».

publiques au Sénégal ». Le constat fait est que la motivation obligatoire du fait des textes est enrichie par une motivation du fait du juge.

¹²⁷ L'explication réside dans le fait que la jurisprudence est une source de la légalité administrative. Les décisions de justice s'imposent à l'administration. L'irrespect de celles-ci entraîne l'annulation de ces dites décisions. Voir sur la question, B. GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi », *RFDA* 2002, p. 886.

¹²⁸ CE du Sénégal 23 octobre 1993, *Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat* n° 1, p. 19.

¹²⁹ C.S.C.A 20 Avril 1988 Fadoul El Achkar Louhait Michel contre ministère de la Sécurité intérieure, in René Degni SEGUI, *Droit administratif général*, 3^{ème} édition, Le contrôle juridictionnel de l'administration CEDA, Abidjan novembre 2003, p. 834.

La liberté de manifestation en droit africain

Cette condition évasive est trop élastique. Elle permet d'interdire l'exercice de la marche publique sur le fondement de simples présomptions d'atteinte à l'ordre public. L'autre condition posée par le juge de l'excès de pouvoir relative à l'insuffisance des moyens nécessaires au maintien de l'ordre public est également élastique et commode dans un pays où les foyers de crise se multiplient du fait d'une situation politique et économique difficile.

Le Conseil d'Etat a manqué d'imagination dans l'élaboration de règles encadrant le régime de l'interdiction de la marche publique. La conséquence en est que les pouvoirs de l'autorité administrative de police sont démesurés et restent anormalement importants. Elle dispose d'une marge de liberté assez grande pour interdire. Ainsi, l'interdiction dans certaines circonstances devient la règle, l'autorisation l'exception. Sur une longue durée, le préfet de Dakar a systématiquement interdit les manifestations. C'est une période d'interdiction générale et absolue sans vivre pour autant une situation de circonstances exceptionnelles¹³⁰. Ce constat est confirmé par les « organisations de droits de l'homme ». Selon celles-ci, « De graves atteintes ont été portées à la liberté de manifestation. Ce droit a été considérablement restreint dans la pratique pendant les « années de braise » consécutives aux événements postélectorales de 1988 »¹³¹.

D'ailleurs, les statistiques sont éloquentes. Un peu plus de 25 % des déclarations ont été frappées d'interdiction pour des motifs tenant généralement à la nécessité de sauvegarder l'ordre public¹³². Il est également possible de rattacher à cette motivation celle relative à l'itinéraire non sécurisé, qui porte sur 10 % des interdictions. Il convient de faire remarquer que souvent les appréciations de l'autorité administrative de police ne sont pas forcément techniques.

¹³⁰ Période ayant suivi la sanglante manifestation d'un mouvement religieux, les Moustarchidines qui réclamaient la libération de leur responsable moral incarcéré par les autorités sénégalaises. Cette manifestation a dégénéré en un mouvement de foule ayant conduit à la mort de six policiers.

¹³¹ S. KABA, *Les droits de l'homme au Sénégal*, op. cit., p. 130.

¹³² Source ministère de l'Intérieur, Statistiques des manifestations sur la voie publique, année 2009.

Par exemple, le choix d'un itinéraire marqué par de forts symboles de l'Etat est un motif d'interdiction. C'est « le cas des manifestations dirigées vers le palais de la République ou devant certains édifices abritant les services sensibles de l'Etat »¹³³.

En droit sénégalais, il existe une catégorie de motivations, assez étrange. Elle est souvent le prétexte pour l'autorité administrative de police d'interdire certaines manifestations initiées sur le territoire sénégalais par des étrangers « ressortissants de pays amis animés par des velléités contestataires des régimes politiques de leurs pays respectifs »¹³⁴ Dans ce cas précis, l'autorité administrative de police interdit pour « nécessité de sauvegarder des rapports de bon voisinage¹³⁵. Il s'agit officiellement « de sauvegarder des relations de bon voisinage avec ces pays et éviter en même temps la transposition des luttes politiques extérieures en territoire sénégalais »¹³⁶. Cette pratique sénégalaise est en contradiction ouverte avec la jurisprudence du Conseil d'Etat français.

Selon le juge de l'excès de pouvoir français « l'interdiction d'une manifestation ne peut pas être justifiée par le motif tiré du risque d'atteinte aux relations internationales de la République, sans référence à des risques de trouble à l'ordre public »¹³⁷. Le silence du code pénal et le faible encadrement jurisprudentiel de la marche publique rendent exorbitants les pouvoirs de l'administration. La conséquence en est que la liberté de manifestation dégénère en une simple faculté. Virtuellement, l'interdiction est le « droit commun » du régime de la manifestation.

A cette considération, s'ajoute l'incompétence du juge sénégalais en cas d'écran de la loi entre un acte administratif et la constitution. Autrement dit, le juge de l'excès de pouvoir sénégalais n'est pas en mesure d'apprécier un acte administratif attentatoire aux libertés

¹³³ Source MINT (ministère de l'Intérieur), année 2009.

¹³⁴ Source MINT, année 2009.

¹³⁵ Source MINT, année 2009.

¹³⁶ Source MINT, année 2009.

¹³⁷ CE 12 novembre 1997, Association Communauté tibétaine en France, *RFDA*, 1998, p. 191.

La liberté de manifestation en droit africain

consacrées par la constitution dès lors que la loi fait écran entre les deux actes. Ainsi, le juge est désarmé dès lors que l'acte administratif contraire à la constitution est conforme à la loi¹³⁸. Ce tableau assez sombre de la motivation est relativisé par un arrêté d'interdiction d'une marche programmée par un parti politique LD/MPT au mois de février 2007¹³⁹.

L'autorité administrative de police motive sa décision d'interdiction. « En raison d'une part, du démarrage imminent de la campagne électorale qui nécessite le conditionnement et le déploiement des forces de l'ordre sur l'ensemble du territoire national pour assurer la sécurité de la dite campagne et, d'autre part, du risque de trouble à l'ordre public qui ne pourrait être maintenu ou rétabli du fait de l'insuffisance des forces de police ». Cette motivation répond parfaitement aux caractères dégagés par le législateur et le juge français¹⁴⁰. En droit sénégalais, cette catégorie de motivation est une exception qui confirme la règle. Pourtant, c'est la bonne direction dans laquelle devraient aller les autorités administratives de police.

Le Burkina Faso est dans cette trajectoire de non motivation des décisions d'interdiction d'exercice de la manifestation. En effet, la loi burkinabé n° 22-97 II AN du 21 octobre 1997 portant liberté de réunion et de manifestation sur la voie publique en son article 12 dispose : « L'autorité administrative peut à tout moment, et nonobstant l'absence d'interdiction initiale, mettre fin à toute réunion, tout cortège, défilé, rassemblement sur la voie publique, si le maintien de l'ordre public l'exige. La décision de mettre fin à la manifestation

¹³⁸ Conseil d'Etat du Sénégal 1978, PDS *GDJAS* t. I.

¹³⁹ Source Préfecture de Dakar, année 2007.

¹⁴⁰ Loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, commentaire dans le *Code administratif* Dalloz. CE 27 novembre 1970, Agence maritime Marseille Fret, *RDP* 1971.987. Pourtant, le juge sénégalais est dans certaines situations soucieux d'une motivation claire et précise. Il en est ainsi dans l'arrêt El Hadj Massamba Sall. CS 25 mars 1981, *RIPAS* n° 4, juin 1982, p. 424 et s. « Le Conseil rural ne peut se contenter dans sa décision de désaffectation du simple motif d'insuffisance de mise en valeur, sans préciser en quoi cette carence est reprochée à l'affectataire ».

est susceptible de recours devant les juridictions compétentes ». ¹⁴¹ L'aménagement d'un recours juridictionnel par le législateur burkinabè est surabondant eu égard à la nature de la mesure d'interdiction qui demeure un acte administratif. Son caractère décisoire est incontestable dès lors qu'il porte atteinte au droit lié à l'exercice de la manifestation. De ce point de vue, le recours pour excès de pouvoir est de droit par rapport à son caractère d'ordre public. ¹⁴²

La loi nigérienne n° 2004-45 du 8 juin régissant les manifestations sur la voie publique dépasse qualitativement le régime de la motivation en droit sénégalais et en droit burkinabé. Aux termes des dispositions de l'article 5 de la loi nigérienne précitée. « Si l'autorité investie des pouvoirs de police estime que la manifestation projetée est de nature à troubler gravement l'ordre public, elle l'interdit par un arrêté motivé qu'elle notifie immédiatement aux signataires de la déclaration du domicile élu ». ¹⁴³ La loi nigérienne subordonne l'interdiction à une atteinte grave à l'ordre public, alors qu'en droit sénégalais, le législateur retient la simple atteinte à l'ordre public ¹⁴⁴. Ainsi, le régime d'interdiction est mieux encadré en droit nigérien et il s'y ajoute qu'une obligation de motivation pèse sur l'autorité

¹⁴¹ Loi n° 22-97II AN du 21 octobre 1997 portant liberté de réunion et de manifestation sur la voie publique, *JOBF* du 11 décembre 1997, p. 3351.

¹⁴² Dès lors que le recours pour excès de pouvoir a pour objet de sauvegarder la liberté, il est d'ordre public. C'est un recours ouvert sans texte sur le fondement des principes généraux du droit. CE Ass 17 février 1950 Ministère de l'Agriculture contre Dame Lamotte, *GAJA* n° 77. Une loi qui l'exclut est entachée d'inconstitutionnalité sur le fondement des principes ayant valeur constitutionnelle et à raison de son fondement constitutionnel consacré par les pays africains de tradition juridique française.

¹⁴³ Loi n° 2004-45 du 8 juin 2004 régissant les manifestations sur la voie publique, *JO* spécial n° 14 du 20 août 2004.

¹⁴⁴ D'ailleurs, Jacques Mariel Nzouankeu va beaucoup plus loin dans son cours de libertés publiques précité. En effet, il affirme sans ambages que l'autorité administrative de police peut interdire l'exercice du droit de manifestation sur le fondement d'une simple présomption d'atteinte à l'ordre public.

La liberté de manifestation en droit africain

administrative de police. Cette obligation est absente dans la loi sénégalaise.

Un autre constat qui se situe en droite ligne dans la logique d'une timidité du juge, reste lié au fait que le juge administratif, pour l'essentiel, est en marge de la technique du contrôle de proportionnalité symbolisée par l'erreur manifeste d'appréciation. La mesure de police est une décision dans laquelle l'opportunité et la légalité s'enchevêtrent¹⁴⁵. La nature particulière de celle-ci doit inspirer des techniques audacieuses de contrôle qui sont de nature à intégrer l'opportunité. Il en est ainsi de la technique de l'erreur manifeste d'appréciation. Elle est définie comme « une erreur grossière, flagrante, repérable par le simple bon sens et qui entraîne une solution choquante dans l'appréciation des faits par l'autorité administrative »¹⁴⁶. Ce type de contrôle incite le juge à aller aux confins de l'opportunité pour apprécier la légalité d'une mesure. Par exemple, l'exercice de la manifestation publique comme un droit peut-il être annihilé par « l'insuffisance des forces de l'ordre » ? Celle-ci est un motif commode et constitue une donnée permanente de la structure du personnel de sécurité en Afrique. Ainsi, le contrôle de proportionnalité par le biais de l'erreur manifeste d'appréciation serait de nature à « neutraliser » certains motifs dont le sérieux est contestable et certaines mesures d'interdiction excessives et

¹⁴⁵ CE 19 juin 1953, Houphouët Boigny et autres, R. 298 « Eu égard à la situation particulière du territoire de la Haute-Volta au cours de l'année 1948, la tenue du congrès du Rassemblement démocratique africain à Bobo Dioulasso était de nature à entraîner des troubles graves ; que l'autorité de police, compte tenu de l'étendue du territoire où la sécurité devait être assurée ne disposant pas de forces suffisantes pour maintenir l'ordre ; que, dans ces conditions, et alors surtout que la réunion projetée était nécessairement en raison des conditions dans lesquelles était organisée se tenir au moins partiellement sur la voie publique. Le gouverneur de la Haute-Volta et l'administrateur maire de la commune mixte de Bobo Dioulasso ont pu légalement interdire la réunion du congrès ».

¹⁴⁶ A. VAN-LANG, G. GONDOUIN, V.I. BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, 3^{ème} édition, Armand Colin, Paris 2002, p. 137. Voir également CE 13 novembre 1953, Denizet, R. 489.

disproportionnées par rapport à l'exercice d'un droit consacré par la constitution et garanti par la loi. Peut-on imaginer la disproportion susceptible d'exister entre ce droit et le motif d'interdiction fondé sur le « risque de porter atteinte aux rapports de bon voisinage entre les Etats ». ¹⁴⁷ Ces derniers renvoient sélectivement aux chefs d'Etat.

La technique de l'erreur manifeste d'appréciation est diversement reçue en droit africain. Laborieusement consacrée en droit sénégalais, la technique de l'erreur manifeste d'appréciation est tardivement apparue dans la jurisprudence administrative ¹⁴⁸. En droit ivoirien, René Dégni Ségui note son absence dans la jurisprudence de la chambre administrative de la Cour suprême. Selon cet auteur : « L'erreur manifeste d'appréciation n'a jusqu'ici servi de fondement à l'annulation d'aucune décision administrative. Elle n'a jamais été invoquée par le requérant pour être réfutée par l'administration et rejetée par le juge. Le concept même est absent des termes juridiques employés par la Cour suprême, chambre administrative ¹⁴⁹. Pour autant, cet auteur ne ferme pas la porte : « La question qui vient alors à l'esprit est de savoir si un tel moyen est applicable en Côte d'Ivoire. La réponse positive s'impose. Le droit jurisprudentiel français ayant été transposé en bloc en Côte d'Ivoire, aussi longtemps que le juge ne

¹⁴⁷ Voir les statistiques du ministère de l'Intérieur du Sénégal sur les manifestations sur la voie publique, année 2009.

¹⁴⁸ Sur une période allant de 1960 à 1992, la Cour suprême n'a jamais rendu un arrêt sur le fondement de l'erreur manifeste d'appréciation. Elle s'était toujours refusée à contrôler le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Le contrôle par la technique de l'erreur manifeste d'appréciation coïncide avec la création du Conseil d'Etat par la loi n° 92-24 du 30 mai 1992 portant création du Conseil d'Etat, *JO* du 1^{er} juin 1992, p. 243. Le premier arrêt remonte à l'année 1993. CE 27 octobre 1993 Comité international de la Croix rouge, *Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat* n° 1, p. 32. Voir sur la question, P.M. SY, « Le Conseil d'Etat sénégalais et le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation », *EDJA* n° 4, juin 1999, p. 28 et s.

¹⁴⁹ R.D. SEGUI, *Droit administratif général*, 3^{ème} édition, t. III, CEDA, Abidjan 2003, p. 814 et s.

La liberté de manifestation en droit africain

se sera pas prononcé sur un point de droit pour le rejeter, celui-ci doit être présumé en vigueur ».¹⁵⁰

En droit burkinabè, Ahmet Tidiane Ba se réfère à la notion d'erreur manifeste d'appréciation sans pour autant donner une jurisprudence burkinabè.¹⁵¹ Il convient également de souligner que l'examen des arrêts rendus par le juge administratif burkinabè ne révèle aucune décision rendue sur le fondement de l'erreur manifeste d'appréciation.¹⁵²

B – La part de l'exorbitance des pouvoirs de l'administration

Cette exorbitance des pouvoirs de l'administration réduit la liberté de manifestation en une simple faculté. C'est le terme de ce processus jalonné d'étapes. Comment en est-on arrivé alors à la dégénérescence de la manifestation d'une liberté publique en une simple faculté¹⁵³ ? Il importe de faire remarquer que la faculté renvoie à une activité simplement tolérée révélant un pouvoir discrétionnaire de l'administration¹⁵⁴. La dégénérescence de la liberté de la manifestation est révélée par son régime juridique qui renvoie à la déclaration préalable. Toutefois, ce régime apparemment souple dévoile des pouvoirs exorbitants de l'administration qui, du reste demeurent restrictifs pour la liberté de manifestation.

Le contenu du régime de la manifestation renvoie à la déclaration préalable. Aux termes des dispositions de l'article 97 du code pénal sénégalais « Sont soumis à l'obligation d'une déclaration préalable, tous cortèges, défilés et rassemblements de personnes et, d'une façon générale, toutes manifestations sur la voie publique. Toutefois sont dispensées de cette déclaration, les sorties sur la voie publique

¹⁵⁰ *Ibidem.*

¹⁵¹ A.T. BA, *Droit du contentieux administratif burkinabè*, *op. cit.*, p. 486.

¹⁵² S. YONABA, « Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè », *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 281 et s.

¹⁵³ Il s'agit d'un processus gradué qui part de l'aménagement tel que hérité du droit français. En réalité, la faculté est l'aboutissement de ce processus.

¹⁵⁴ L. TALLINEAU, « Les tolérances administratives », *AJDA* 1978, 3.

conformes aux usages locaux »¹⁵⁵. La déclaration préalable, lorsqu'elle est instituée par la loi signifie que l'exercice de la liberté concernée est libre. Ceux qui veulent l'exercer doivent en faire la déclaration auprès de l'autorité administrative compétente pour lui permettre de prendre toutes les dispositions utiles à l'exercice de la liberté¹⁵⁶.

Le régime de la déclaration préalable constitue le régime normal de la liberté à côté d'autres régimes plus restrictifs¹⁵⁷. Les lois nigérienne et burkinabè aménagent la liberté de manifestation à partir du régime de la déclaration préalable. Sont soumis « à l'obligation de déclaration préalable, tous cortèges, défilées et rassemblements de personnes et d'une façon générale, toutes manifestations sur la voie publique à l'exception toutefois, des sorties sur la voie publique conformes aux usages locaux ou des rassemblements et cortèges organisés au cours des campagnes électorales qui sont régis par le code électoral »¹⁵⁸. La loi burkinabè reprend en des termes différents le régime de la déclaration préalable¹⁵⁹.

Il convient de souligner la similarité dans la rédaction des textes nigériens et sénégalais. L'explication réside dans la commune référence aux textes français. Il s'agit de la loi municipale de 1864 et particulièrement du décret français du 23 octobre 1935 pris sur le

¹⁵⁵ Loi n° 65-60 du 21 juillet 1965, portant code pénal, *JO* n° 37-67 du 6 septembre 1965, p. 1017.

¹⁵⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 2^{ème} édition, Paris Montchrestien 1986, p. 517. Voir également, P. LIGNEAU, « Le procédé de la déclaration préalable », *RDP* 1976, p. 679, P. LIVET, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, LGDJ 1974

¹⁵⁷ Il s'agit de l'interdiction et de l'autorisation préalable.

¹⁵⁸ Loi n° 2004-45 du 8 juin 2004 régissant les manifestations sur la voie publique, *JO* spécial n° 14 du 20 août 2004.

¹⁵⁹ Loi n° 22-97II AN du 21 octobre 1997 portant liberté de réunion et de manifestation sur la voie publique, *JOBF* du 11 décembre 1997, p. 3351. L'article de la loi dispose : « Tout cortège, défilé, rassemblement de personnes, et d'une façon générale, toute manifestation sur la voie publique et dans les lieux publics sont soumis à une déclaration préalable adressée au ministre chargé des libertés publiques lorsque la manifestation a un caractère national ou international et au chef de la circonscription administrative ou de la collectivité locale du lieu concerné dans les autres cas ».

La liberté de manifestation en droit africain

fondement de la loi d'habilitation du 8 juin 1935 qui dispose : « Tous cortèges, défilés et rassemblements de personnes et d'une façon générale toutes manifestations sur la voie publique : sauf les sorties conformes aux usages locaux sont soumis à l'obligation d'une déclaration ». D'ailleurs, les pays africains qui ne disposent pas de lois spécifiques, continuent à être régis par les textes français en vertu d'une disposition constitutionnelle présente dans les premières constitutions africaines dans les années 1959-1960 : « Les lois et règlements actuellement en vigueur lorsqu'ils ne sont pas contraires à la présente constitution, resteront en vigueur tant qu'ils n'auront pas été modifiés ou abrogés »¹⁶⁰. Il reste vrai que ces lois et règlements visés à cette époque précise étaient français. Maurice Kamto se réfère au concept de « nominalisme constitutionnel » « qui se manifeste en l'occurrence à travers l'affirmation de toutes les libertés publiques classiques reconnues en régime libéral ».¹⁶¹

Au premier contact avec le contenu du régime de la manifestation, la tentation est forte « d'être emballé par le charme de la déclaration préalable ». En effet, celle-ci est le régime normal qui encadre la liberté dans un Etat démocratique. C'est le mode de droit commun compatible avec l'expression naturelle des libertés. C'est la raison pour laquelle, les pouvoirs publics sénégalais justifient la prépondérance de l'exercice de la liberté de manifestation sur les restrictions apportées à cette liberté qui sont en réalité des interdictions.¹⁶²

¹⁶⁰ C'est véritablement le fondement constitutionnel du mimétisme. Cette disposition était de nature à empêcher tout vide juridique préjudiciable à l'Etat naissant. D'ailleurs, le professeur KAMTO se pose la question de savoir « est-ce à dire que l'énoncé des droits dans les constitutions de 1960 était pure mimétisme du modèle référentiel de la constitution fondatrice de la V^e République ». « L'énoncé des droits dans les constitutions des Etats africains francophones », *Revue juridique*, AFR, n° 25, 1991, p. 16.

¹⁶¹ M. KAMTO, « L'énoncé des droits dans les constitutions des Etats africains francophones », *Revue juridique*, AFR, n° 25, 1991, p. 21.

¹⁶² Cela peut trouver une explication dans le fait que le régime de la déclaration préalable est beaucoup plus « permissif ». Selon les doyens G. VEDEL et P. DELVOLLE, elle permet « à l'autorité de police, non pas de

Selon les statistiques des manifestations sur la voie publique couvrant la période du mois de janvier 2009 au mois de novembre 2009, la préfecture de Dakar a reçu quatre-vingt-quatorze déclarations relatives à des manifestations sur la voie publique. Selon ces statistiques données par les pouvoirs publics sénégalais, soixante-six déclarations ont été autorisées soit plus de 70 % de l'effectif global. Alors que vingt-cinq des déclarations ont été interdites. Il s'y ajoute le fait que selon le rapport dressé par la préfecture de Dakar, « Contrairement à l'année dernière, quasiment, il n'a pas été enregistré de manifestations dirigées vers le palais de la République ou devant certains édifices abritant les services sensibles de l'Etat ». Il convient également de signaler sur cette période trois désistements se sont opérés représentant un pourcentage global de 3,19 %. Les chiffres fournis par le ministère de l'Intérieur sur le sort des manifestations ayant été autorisées et qui tournent autour de 70,21 %.¹⁶³

Ces statistiques font penser objectivement que l'on autorise plus que l'on interdit. Peut-être que cela est à mettre à l'actif du régime de la manifestation publique qui est le régime de la déclaration préalable qui prend source dans l'enrichissement de l'éventail des libertés par la constitution du 22 janvier 2001. Il est vrai qu'il existe un contraste entre les deux périodes *ante* alternance et la période *post* alternance.¹⁶⁴

s'opposer à l'activité, mais d'être tenue au courant de cette activité et des dangers qu'elle peut comporter ». *Droit administratif*, PUF, octobre 1984, p. 1089.

¹⁶³ Source : Ministère de l'Intérieur du Sénégal, statistiques sur les manifestations sur les voies publiques, année 2009.

¹⁶⁴ Il s'agit de l'alternance politique survenue au Sénégal en l'année 2000. C'est un constat qui repose sur des statistiques. A cet égard, S. KABA, dans son ouvrage consacré aux droits de l'homme affirme, en prenant comme repère la période qui précède l'alternance politique, « Les demandes de manifestation des partis politiques (meetings, défilés, marches pacifiques, *sit in*) ont été rejetées par l'autorité administrative, préfets, gouverneurs aux motifs invariables, des nécessités de l'ordre public. Entre 1993, année des élections législatives et présidentielles, et 1995, l'opposition a dénombré une centaine de rejets de demandes d'autorisation de manifester. Et certaines qui ont pu être organisées ont été dispersées par les forces de police », *op. cit.*, p. 130. Aujourd'hui, il existe au Sénégal, un procédé informel de négociation

La liberté de manifestation en droit africain

Il importe de souligner qu'une autre lecture des chiffres officiels est nécessairement envisageable. En effet, le régime de déclaration préalable coexiste avec des pouvoirs exorbitants de l'administration. En réalité, « à quoi ressemblent ces autorisations » ?¹⁶⁵ Autrement dit, quelle est la structure de ces autorisations ? Il importe seulement de constater que le régime de la déclaration préalable est fortement altéré par les pouvoirs importants de l'administration qui vont jusqu'à la vider de son sens originel, si elle n'est pas simplement travestie. A l'origine, la manifestation en tant qu'activité était conçue comme une liberté. Aujourd'hui, elle devient une faculté emportant une autorisation préalable. Ces pouvoirs exorbitants de l'administration se manifestent en dehors de la motivation objet des remarques précédentes par un usage répété de l'interdiction justifié par la notion tentaculaire de l'ordre public.

Dans un Etat de droit, la liberté n'est pas aménagée pour être interdite. Le régime des libertés publiques demeure un régime législatif. Dans la tradition juridique française, la loi peut prévoir que l'exercice de certaines libertés peut être interdit lorsqu'il porte atteinte à l'ordre public. L'interdiction est une modalité d'intervention de l'autorité de police qui s'exerce de manière énergique tendant à

sur l'itinéraire de la manifestation qui devient consensuel entre l'autorité administrative et les initiateurs de la marche publique. Cela est de nature à limiter les interdictions.

¹⁶⁵ Dans le régime de l'autorisation préalable, les particuliers ne peuvent exercer les libertés qu'après consentement de l'autorité administrative de police. C'est un pouvoir *a priori* lié à l'expression de l'accord préalable de l'autorité administrative compétente. Voir P. LIVET, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, *op. cit.*, p. 64. Selon le doyen Vedel, l'autorisation préalable « ne peut être appliquée à l'égard des libertés garanties par la loi ou par la constitution. En effet, si la loi ou la constitution garantit une liberté sans soumettre l'activité correspondante à l'autorisation, il n'appartient pas à l'administration d'imposer une autorisation préalable », in *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 1088. CE 2 avril 1954, *AJDA* 1954.9. Selon le Conseil constitutionnel, une liberté soumise à la déclaration préalable ne saurait être soumise à un régime d'autorisation préalable. CC 16 juillet 1971, *Rec.* p. 29.

supprimer l'exercice d'une activité¹⁶⁶. En temps normal, cette modalité d'intervention de l'autorité administrative ne vaut que pour les activités illicites ou les activités tolérées qui ne sont pas protégées. C'est pourquoi, l'interdiction est un procédé exceptionnel.¹⁶⁷ L'interdiction doit être partielle, limitée dans le temps et dans l'espace.¹⁶⁸ En tout état de cause, l'interdiction ne doit pas aboutir à la suppression de la liberté publique. La suppression d'une liberté publique par la loi frappe celle-ci d'une inconstitutionnalité. Au regard de la répartition du domaine de la loi et du règlement posée par la constitution, reprise par les Etats africains, la loi n'a pas pour vocation de supprimer une liberté mais de l'aménager. C'est le sens à donner à la notion de « restriction de police » utilisée par la jurisprudence¹⁶⁹.

Le problème qui se pose est de savoir comment en est-on arrivé à envisager l'interdiction d'une liberté publique. Une réponse idéologique peut être explorée en raison de la place de choix qu'occupe la loi dans l'ordonnement juridique des Etats africains. C'est véritablement un legs, un héritage du modèle d'emprunt. C'est la raison pour laquelle, les interdictions procèdent de la loi en droit africain. Au Sénégal, l'interdiction est consacrée par l'article 99 du code pénal¹⁷⁰. Il en est ainsi également en droit nigérien où l'interdiction réside dans l'article 5 de la loi n° 2004-45 du 8 juin 2004 régissant les manifestations sur la voie publique¹⁷¹. En droit

¹⁶⁶ G. VEDEL et P. DELVOLLE, *Droit administratif*, PUF 1984, p. 1088.

¹⁶⁷ En présence d'activités reconnues comme de simples facultés, par conséquent tolérées, l'autorité administrative de police dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Elle peut interdire ou soumettre son exercice à des conditions qu'elle définit librement.

¹⁶⁸ CE 19 mai 1933 Benjamin, *GAJA* n° 52.

¹⁶⁹ CE Ass. 22 juin 1951, Daudignac, *GAJA* n° 81.

¹⁷⁰ Loi n° 65-60 du 21 juillet 1965, portant code pénal, *JO* n° 37-67 du 6 septembre 1965, p. 1018.

¹⁷¹ Loi n° 2004-45 du 8 juin 2004 régissant les manifestations sur la voie publique, *JO* spécial n° 14 du 20 août 2004.

La liberté de manifestation en droit africain

burkinabé, l'interdiction est consacrée. Elle est même renforcée par des incriminations spécifiques.¹⁷²

L'interdiction se justifie par la volonté d'éviter une atteinte à l'ordre public. Autrement dit, c'est la notion d'ordre public qui justifie le pouvoir d'interdiction de l'autorité administrative de police. Le régime de l'interdiction est justifié par le concept tentaculaire de l'ordre public¹⁷³. « L'ordre public est l'arme du censeur »¹⁷⁴.

En réalité, le paradoxe consubstantiel à la liberté publique est que la loi l'aménage mais c'est le pouvoir réglementaire qui détermine l'ordre public. Il relève de la libre détermination du pouvoir exécutif. L'ordre public est le fondement essentiel des restrictions apportées à la liberté publique. C'est véritablement le paradoxe existentiel qui s'attache à la liberté publique. L'ordre public est défini comme « le but poursuivi par la police administrative, la notion d'ordre public recouvre les éléments traditionnels issus des lois anciennes relatives au bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques »¹⁷⁵. L'ordre public a un caractère contingent et expansif du fait de la marge du pouvoir exécutif dans sa propension à lui conférer un caractère attractif. En réalité l'ordre public renvoie à une réglementation qui a pour vocation d'encadrer la liberté¹⁷⁶. La notion d'encadrement en soi est neutre. Elle renvoie à des règles

¹⁷² Loi n° 026-2008/AN du 8 mai 2008 portant répression des actes de vandalisme commis lors des manifestations sur la voie publique. Entrent dans le champ d'application de la loi « Les instigateurs, organisateurs de manifestations licites ou illicites sur la voie publique, à l'occasion desquelles des actes de vandalisme ont été commis ».

¹⁷³ C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, juin 1994, p. 683 et s.

¹⁷⁴ La formule est du professeur B. Vignon YAO, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux dans les nouvelles constitutions africaines », *Revue nigérienne de droit*, *op. cit.*, p. 135.

¹⁷⁵ *Dictionnaire de droit administratif*, Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUIN, Véronique INBERG et BRISSET, Armand Colin, 3^{ème} édition 2002, p. 219.

¹⁷⁶ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ 1962, 291 p.

« permissives » et à des contraintes et sujétions. Celles-ci de manière empirique dominant. L'illustration est fournie par l'aménagement pénal de la liberté de manifestation.

Le caractère expansif de l'ordre public a même suscité de réelles réserves dans la doctrine. C'est ainsi que M. Hauriou affirme que « l'ordre public doit être matériel et extérieur »¹⁷⁷. Cet avertissement du doyen de Toulouse n'a pas eu un véritable écho dans la jurisprudence. C'est ainsi que l'ordre public a fini par embrasser la morale, l'ordre moral¹⁷⁸. Cette élasticité de l'ordre public est une réalité incrustée comme en atteste G. Vedel. « Il est impossible d'éliminer l'ordre public tant sur le terrain théorique que sur celui du droit positif »¹⁷⁹ en réaction à la thèse de F.P. Benoît¹⁸⁰ qui conteste la définition de la police par la réglementation¹⁸¹. Quant à G. Burdeau, il pourfend l'idée selon laquelle la réglementation et la liberté sont prises dans un type de relation fondée sur « une opposition fatale ». Selon G. Burdeau, « L'ordre démocratique suppose l'existence de libertés et les utilise dans un régime démocratique, ce serait une hérésie de concevoir l'ordre comme un cimetière des libertés. Mais si les libertés doivent être conçues en fonction de l'ordre, l'ordre à son tour ne doit être compris qu'à travers la liberté dont il assure l'exercice »¹⁸². Cette conception semble être partagée par L. Duguit qui découvre une solidarité entre ordre et réglementation. « Le fondement de la légitimité de la réglementation se justifie par le service que le but social est en droit d'en attendre »¹⁸³.

¹⁷⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 6^{ème} édition, p. 90 et s.

¹⁷⁸ J. MOURGEON, « De l'immoralité dans ses rapports avec les libertés publiques », *D.* 1974, chron, p. 247. Voir également, CE Ass. 27 octobre 1995 Morsang-Sur-Orge, *R.* 372.

¹⁷⁹ En réaction à la thèse du professeur F.P. BENOIT *NBP droit administratif français*, p.1367 et s.

¹⁸⁰ P.F. BENOIT, *Droit administratif français*, p. 1367 et s.

¹⁸¹ Sur la question, voir G. VEDEL, *Droit administratif*, PUF, octobre 1984, p. 1061.

¹⁸² G. BURDEAU, *Libertés publiques, op. cit.*, p. 30 et s.

¹⁸³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel* 3^{ème} édition, t. III, p. 603.

La liberté de manifestation en droit africain

Les pouvoirs exorbitants de l'administration s'expliquent en réalité par le fait que la manifestation est une faculté. Pour ce genre d'activité, les pouvoirs de police sont quasi illimités. La liberté de manifestation consacrée dégénère en une simple faculté du fait de son aménagement. D'ailleurs, dans ses travaux qui ont acquis un caractère prémonitoire, R. Berthon affirmait déjà à propos du décret de 1935 : « Sous couvert d'une déclaration préalable, c'est en réalité une autorisation qu'exige le décret de 1935 puisque l'administration pourra faire suivre immédiatement l'enregistrement de la déclaration d'une interdiction de la manifestation »¹⁸⁴.

Cet ordre des choses caractérisé par la déliquescence de la liberté de manifestation aurait pu être rétabli par une protection constitutionnelle en termes de réhabilitation de la liberté. La protection constitutionnelle intègre le texte de la constitution et le juge constitutionnel.¹⁸⁵ Elle est alors beaucoup plus large. La protection constitutionnelle connaît un régime contrasté. Hypothétique en droit sénégalais, elle est épanouie en droit béninois et capverdien et porteuse d'espoir en droit ivoirien. En envisageant l'effectivité de la liberté ou l'idée de sa réceptivité, il est difficile de ne pas retenir le rôle du juge constitutionnel et du texte même de la constitution en termes de protection de ladite liberté.

¹⁸⁴ Le décret de 1935 est relatif à la liberté de manifestation, Voir R. BERTHON, *Le régime des cortèges et des manifestations*, Thèse Paris 1938, in G. BURDEAU, *Libertés publiques, op. cit.*, p. 212.

¹⁸⁵ Il s'agit du juge spécialisé chargé de résoudre les litiges concernant l'interprétation de la constitution et la conformité des lois avec la constitution. Cette approche est très restrictive. L'approche extensive semble plus heureuse car elle coïncide avec la notion de justice constitutionnelle. Elle est définie par T. Holo comme « Toute fonction juridictionnelle ayant pour but d'assurer la suprématie et le respect des règles constitutionnelles essentiellement, mais non exclusivement par les pouvoirs publics ». T. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *Revue Pouvoirs*, n° 129, 2009, *op. cit.* p. 101. Cette approche a le mérite de ne pas se limiter au contrôle de la constitutionnalité des lois mais d'embrasser dans son champ, les traités internationaux, les actes administratifs et les décisions de justice. Elle explique parfaitement l'expérience de certains pays africains comme le Bénin.

Le juge constitutionnel à l'instar des autres juges est protecteur des libertés. Le problème qui se pose est de réfléchir sur le sens à donner à la protection constitutionnelle. La manifestation est une activité érigée en liberté publique. Cette dernière est considérée comme protégée par la loi. En effet, la loi est la source de protection de la liberté publique. Quel peut être alors le rôle du juge constitutionnel ? C'est ainsi que M. Sy définit la protection constitutionnelle comme le rôle joué par le juge dans le contentieux constitutionnel¹⁸⁶. Cette définition quoique vague contourne toute controverse relative à la protection constitutionnelle de la liberté publique du fait de « l'hégémonie protectrice de la loi » qui est de nature à rendre marginal le rôle du juge constitutionnel.¹⁸⁷ Toutefois, il convient de ne pas négliger la portée susceptible d'être prise par la protection constitutionnelle des libertés eu égard à l'ampleur prise par la justice constitutionnelle dans certains pays africains¹⁸⁸.

La structure du contentieux constitutionnel africain révèle principalement deux attitudes. Cette césure s'explique selon Babacar Kanté par le fait que « Dans certains Etats, au passé récent de régime dictatorial ou de faible intensité démocratique, la juridiction constitutionnelle est souvent conçue comme le garant ou la sentinelle contre toute velléité de retour à l'arbitraire. Dans d'autres, où les institutions fonctionnaient tant bien que mal, la juridiction

¹⁸⁶ M. M. SY, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique. L'exemple du Sénégal*, op. cit., p. 34.

¹⁸⁷ Il s'agit d'une approche classique de la loi qui repose sur des fondements idéologiques hérités de la Révolution française de 1789.

¹⁸⁸ L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruylant, Bruxelles 2009, p. 1. A l'instar de cet auteur, la doctrine s'intéresse de plus en plus à la justice constitutionnelle en Afrique qui est le domaine d'une abondante « littérature » qui marque une nouvelle tendance du droit constitutionnel. Selon le professeur Babacar KANTE, « Cette jurisprudence est devenue aujourd'hui une des sources les plus importantes du droit constitutionnel moderne » in « Préface », *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, CREDILA 2008, p. 12.

La liberté de manifestation en droit africain

constitutionnelle est plutôt cantonnée à un rôle plus spécifique et limité... Les juridictions africaines obéissent à des logiques différentes. Certaines se fixent comme finalité la promotion de la démocratie alors que d'autres se préoccupent seulement de garantir l'Etat de droit. Ce critère introduit une différence fondamentale entre ces juridictions et permet de les modéliser». ¹⁸⁹ « Cette idée de modélisation » est partagée par Luc Sindjoun : « Il existe plusieurs justices constitutionnelles sur le continent qui se distinguent tant par les modèles institutionnels que par les méthodes d'interprétation de la constitution qu'elles privilégient ». ¹⁹⁰ Dans la première attitude, le juge constitutionnel peut éprouver des difficultés liées à la protection de la liberté publique. La seconde attitude montre une posture plus épanouie du juge constitutionnel dans la protection de la liberté publique.

Dans le premier scénario, la situation libertés publiques-droits fondamentaux est très ancrée et conserve toute sa vigueur telle qu'héritée de la tradition philosophique et juridique française. Dans cette catégorie, le Sénégal semble être une référence, en raison d'un certain nombre de facteurs. Il est possible déjà de constater qu'au niveau de la charte fondamentale, le constituant investit le Conseil constitutionnel d'une compétence « de gardien des droits et libertés définis par la constitution et la loi ». ¹⁹¹ Cette disposition constitutionnelle n'a en réalité pas de suite infra constitutionnelle. En effet, ni la constitution ni la loi organique n° 92-23 du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel ne confèrent au juge constitutionnel sénégalais une compétence spécifique de protection des libertés publiques et des droits fondamentaux. Ce qui n'exclut pas d'ailleurs une possibilité légale pour le juge constitutionnel de veiller sur les

¹⁸⁹ B. KANTE, « Préface », *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, op. cit. p. 14.

¹⁹⁰ L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, op. cit., p. 9.

¹⁹¹ Article 91 de la loi n° 2001-03 du 22 janvier 2001 portant constitution, *JO* n° spécial du 22 janvier 2001, p. 27 et s.

libertés publiques à raison du régime législatif de cette dernière.¹⁹² Cette mission de protection est marginale du fait de la distinction statique relative au régime législatif de la liberté publique et au régime constitutionnel des droits fondamentaux. C'est pourquoi, la protection des droits fondamentaux semble hypothétique au Sénégal à raison de l'incompétence du juge constitutionnel de connaître du contentieux des lois constitutionnelles. Il importe de souligner que la principale technique par laquelle le juge constitutionnel protège les libertés publiques demeure le contrôle de constitutionnalité de la loi. Il se définit comme un ensemble de mécanismes et de procédures visant « à garantir la suprématie de la norme suprême... pour vérifier la conformité de la loi à la constitution ».¹⁹³ La limite liée à la protection peut s'aggraver dans le cas « d'un délit d'entente entre l'exécutif et le législatif portant sur la loi ». La seule issue face à ce blocage concerté constitutif d'une entrave à la participation du juge dans la construction d'un Etat démocratique est l'usage de principes à valeur constitutionnelle. Toutefois, l'orientation de la jurisprudence constitutionnelle atténue le recours à de tels principes.¹⁹⁴

Face à ce scénario pessimiste, il en existe un « dit optimiste. Celui-ci valorise le rôle du juge constitutionnel qui s'adonne à une relecture de la *summa divisio* libertés publiques-droits fondamentaux. Dans ce système, la garantie la plus opératoire pour l'individu réside dans la protection constitutionnelle des droits et libertés. Les pays africains qui relèvent de cette catégorie sont nombreux, il convient de citer le

¹⁹² Loi organique n° 92-23 du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel, *JO* n° 54-69 du 1^{er} juin 1992, p. 240.

¹⁹³ T. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *Revue Pouvoirs* n° 129, année 2009, *op. cit.*, p. 103. Voir également A. KPODAR, « Réflexion sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi dans le nouveau constitutionnalisme : les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », *Revue béninoise Science juridique et administrative*, n° 16, année 2006, p. 104.

¹⁹⁴ F. MBODJ, « Les compétences du Conseil constitutionnel à l'épreuve des saisines. Quelques remarques sur le pouvoir jurisprudentiel du juge constitutionnel au Sénégal », *Revue internationale de droit africain EDJA* n° 78, septembre 2008, p. 7 et s.

La liberté de manifestation en droit africain

Cap Vert, le Bénin et la Côte d'Ivoire dans une certaine mesure. L'article 114 de la constitution de la République du Bénin relatif à la Cour constitutionnelle investit cette dernière de la fonction consistant à garantir « les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques »¹⁹⁵. Cette mission constitue un réel progrès par rapport à la tradition française qui a toujours fait de l'autorité judiciaire la « gardienne de la liberté individuelle »¹⁹⁶.

La loi constitutionnelle n° 01/11/92 portant constitution de la République du Cap Vert aménage un recours de protection des droits, des libertés et des garanties. Aux termes des dispositions de l'article 19 de la constitution du Cap Vert, « Il est reconnu à tous les citoyens le droit de saisir la Cour suprême de justice, par voie d'amparo en vue de la protection de leurs droits, de leurs libertés et de leurs garanties consacrées dans la constitution ».¹⁹⁷ L'amparo se définit comme une technique de « recours direct du citoyen devant le juge constitutionnel pour la violation des droits fondamentaux par une décision de justice ou un acte administratif une fois toutes les voies de recours épuisées ».¹⁹⁸ Le constituant cap-verdien reconnaît le droit de ne pas obéir à un ordre portant atteinte à leurs droits et libertés.¹⁹⁹

Le Bénin reste dans la trajectoire dessinée par le constituant cap-verdien. Le Bénin offre des techniques variées constituées des techniques classiques. Mais l'originalité du modèle béninois repose sur une protection constitutionnelle effective des droits fondamentaux et des libertés publiques. C'est ainsi que Théodore Holo définit la

¹⁹⁵ F.J. AÏVO, *Constitution de la République du Bénin, la constitution de tous les records en Afrique*, année 2010.

¹⁹⁶ G. VEDEL, *Droit administratif*, PUF, octobre 1984, p. 188.

¹⁹⁷ Y.J. MORIN, *Libertés et droits fondamentaux dans les constitutions des Etats ayant le français en partage*, Bruylant/AUF 1999, constitution de la République du Cap Vert du 25 septembre 1992, p. 480 et s.

¹⁹⁸ D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain*, t. I, *Théorie générale, Les régimes étrangers*, p. 302.

¹⁹⁹ Sur le droit de résistance dans la doctrine, voir G. BURDEAU, *Traité de Science politique*, t. III, p. 230 et s. Sur le droit de résistance et le droit positif, voir G. BURDEAU, *Les libertés publiques, op. cit.*, p. 87.

protection des droits fondamentaux comme « l'action populaire, c'est-à-dire la saisine directe de la Cour constitutionnelle »²⁰⁰. Théodore Holo explique l'originalité du modèle béninois par « la générosité de la saisine de la Cour constitutionnelle et le fondement de ses décisions que le juge puise dans la constitution, mais aussi de l'ensemble des instruments juridiques internationaux relatifs aux droits humains et ratifiés par le Bénin, dont certains sont même directement intégrés à la constitution²⁰¹. Cette saisine ouverte de la Cour constitutionnelle donne naissance à un véritable contrôle de constitutionnalité des actes administratifs attentatoires aux libertés publiques et aux droits fondamentaux. Cela ouvre l'éventail de la protection constitutionnelle qui intègre les lois et les actes administratifs.²⁰²

La République de Côte d'Ivoire s'inscrit dans cette mouvance de protection constitutionnelle des libertés publiques. En effet, la loi organique n° 2001-303 du 05 juin 2001, déterminant l'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel dispose que « Tout plaideur peut soulever l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi devant toute juridiction ». Cette exception d'inconstitutionnalité plus ouverte contraste avec le modèle sénégalais qui demeure restrictif en ce qu'elle n'est soulevée que devant les « formations judiciaires suprêmes ».²⁰³

²⁰⁰ T. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *Revue pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 101 et s.

²⁰¹ *Idem*, p. 108.

²⁰² L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, *op. cit.*, p. 380.

²⁰³ S. DIOP, *Une voie de droit nouvelle au Sénégal : l'exception d'inconstitutionnalité*, avril 1994, inédit. Il convient d'actualiser avec la réforme judiciaire de 2008 qui réintroduit la Cour suprême composée de plusieurs chambres qui héritent les compétences de l'ancienne Cour de cassation et de l'ancien Conseil d'Etat. Il faut s'attendre fort logiquement à ce que l'exception soit soulevée devant les chambres. Voir la loi organique n° 2008-35 du 7 août 2008 portant création de la Cour suprême, *JO* n° 6420 du 8 août 2008, p. 755

La liberté de manifestation en droit africain

L'originalité du modèle ivoirien est encore beaucoup plus marquée avec l'habilitation donnée aux associations des droits de l'homme. Aux termes des dispositions de l'article 20 de la loi organique n° 2001-303 du 5 juin 2001 déterminant l'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel, « Les associations des droits de l'homme légalement constituées peuvent par voie de requête déférer au Conseil constitutionnel les lois relatives aux libertés publiques »²⁰⁴. Le Togo partage la même vision et intègre ce schéma. L'article 104 de la constitution dispose : « Au cours d'une instance judiciaire, toute personne physique ou morale peut « in limine litis », devant les cours et tribunaux, soulever l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi. Dans ce cas, la juridiction sursoit à statuer et saisit la Cour constitutionnelle »²⁰⁵.

*

* *

La liberté de manifestation communément érigée en liberté publique, est enserrée dans un processus de dénaturation qui a fini de lui imprimer le caractère d'une simple faculté suggérant d'immenses pouvoirs de l'administration qui se fondent sur une notion aussi élastique sournoisement appelée ordre public. La dégénérescence de la liberté de manifestation en faculté procède d'un aménagement législatif réducteur combiné à un contrôle timide du juge de l'excès de pouvoir. Il s'y ajoute les limites constitutionnelles qui inhibent le pouvoir du juge constitutionnel dans la perspective de prévenir « tout délit d'entente entre l'exécutif et le législatif » dans la dénaturation des libertés publiques.

En droit africain, le principal enseignement que l'on peut tirer de la coexistence liberté, ordre public est que ce dernier reste tentaculaire et demeure la principale limite à l'expression des libertés. Si l'ordre

²⁰⁴ Loi organique n° 2001-303 du 5 juin 2001 déterminant l'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel, CNDJ Abidjan, février 2004, p. 12.

²⁰⁵ Article 104 de la constitution du Togo.

public suppose une réglementation nécessaire, un juste équilibre est à rechercher dans le sens de desserrer l'étai sur les libertés dont le support renvoie à la notion d'ordre public. L'euphorie libertaire perceptible dans le constitutionnalisme africain cache mal le statut peu enviable des droits et libertés dans la plupart des Etats africains de tradition juridique française. Existe-t-il une alternative ?

Il reste vrai que l'esprit formé à la tradition juridique française peut être déconcerté à l'idée d'une autre pratique possible. Celle qui consiste à récuser l'aménagement législatif et réglementaire des droits et libertés. Cette autre approche adosse les droits et libertés sur un socle constitutionnel en termes d'aménagement.

Le renouveau du constitutionnalisme africain doit forcément s'accompagner d'une refondation de la théorie des droits et libertés. Il serait heureux alors d'unifier leur régime autour d'un pôle fondé sur une garantie internationale et constitutionnelle dont le juge serait l'acteur principal.

C'est un plaidoyer pour la suppression de cette catégorie juridique qui renvoie à la notion de liberté publique telle qu'elle est héritée du modèle d'emprunt. Le paradoxe est que ce dernier s'ajuste et opère une mutation qualitative en réaction à un environnement communautaire et international alors que les Etats récepteurs s'enlisent dans un conservatisme juridique et idéologique éculé. Le domaine des droits et libertés appelle un inventaire du legs afin de se hisser à un niveau comparable au régime des droits fondamentaux.

C'est l'expression d'une liberté par rapport au déterminisme sous-tendu par le phénomène du « macro mimétisme ». « Les libertés publiques correspondent à l'Etat légal c'est-à-dire au règne de la loi et de ce que Hauriou appelait le « régime administratif ». Les droits et libertés fondamentaux correspondent à l'Etat de droit et à la suprématie des normes supra-législatives ».²⁰⁶

²⁰⁶ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, Dalloz 13^{ème} édition, 2010, p. 873.

LES NULLITES DE L'ENQUETE ET DE L'INSTRUCTION : UN EXEMPLE DU DECLIN DE LA LEGALITE PROCEDURALE ?

par El Hadji Makhoudia Mboup,
enseignant au département de droit privé de la Faculté des sciences
juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop

Il y a une dizaine d'années, un auteur parmi les plus éminents¹ critiquait la banalisation du déclin de la légalité criminelle, entendu tant au sens des règles de fond que de celles de forme. Ce constat est toujours à déplorer : l'effritement de la légalité procédurale peut encore être constaté dans un domaine important en procédure pénale, celui des nullités de l'enquête et de l'instruction.

Sous le terme « enquête », on désigne l'ensemble des opérations et des investigations effectuées par les officiers et les agents de police judiciaire en vue de constater les infractions, d'en rechercher les auteurs et de rassembler les preuves, tant qu'une information n'est pas ouverte. Cependant, s'il s'avère que les indices recueillis au cours de l'enquête sont insuffisants pour établir avec certitude la participation de la personne soupçonnée à l'infraction commise, ils pourront être complétés au cours de la seconde phase c'est-à-dire celle de l'information. Le problème de la nullité de l'enquête ou de l'instruction vise à préserver les droits des personnes qui, en fait, sont présumées innocentes jusqu'à ce qu'une décision de justice les déclare coupables de l'infraction pour laquelle elles sont poursuivies.

En effet, le régime des nullités nous paraît assez confus et génère une insécurité juridique due à l'imprécision de ses conditions d'application : il varie en fonction de données non définies par la loi,

¹ R. KOERING-JOULIN, « De l'art de faire l'économie d'une loi », *D.* 1990, p. 187.

telle que la nature substantielle ou accessoire de la règle violée ou son caractère d'ordre public ou privé. En conséquence, les dispositions concernant les nullités ne présentent pas toujours les caractéristiques requises pour le respect du principe de la légalité. Malgré tout, en dépit des critiques qui lui sont adressées, le régime des nullités n'a fait l'objet d'aucune modification même ponctuelle en droit pénal sénégalais.

Dans le but de préserver les droits des personnes poursuivies, l'article 165 alinéa 3 du code de procédure pénale sénégalais confère aux parties le droit de réclamer à la chambre d'accusation l'annulation des actes et des pièces de la procédure préalable au jugement². Ce rétablissement de l'égalité des armes permet à la partie civile et à la défense de bénéficier des mêmes droits que l'accusation et le juge d'instruction. En contrepartie, le législateur français a établi un système de purge des nullités : à l'exception de la saisie directe des juridictions correctionnelles ou de police, les nullités ne pouvaient plus être invoquées si l'intéressé en avait connaissance et n'en avait pas fait état lors d'une saisine de la chambre d'accusation³, ou lorsqu'un délai de vingt jours s'était écoulé à compter de la réception de la notification de la clôture de l'information⁴, le fait que la partie n'en ait pas connaissance étant indifférent dans ce dernier cas⁵.

La loi du 15 juin 2000 a maintenu et renforcé ce système de purge : hormis le cas où l'intéressé a pu ignorer l'irrégularité l'affectant, aucun acte accompli avant ou durant l'interrogatoire de première comparution ne peut plus être annulé par la chambre de l'instruction

² La doctrine avait déjà exprimé le souhait dans ce sens. Voir Commission pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales*, La documentation française, 1991, p. 61 ; Michèle LAURE-RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001, n° 432 et s.

³ Art. 174 al. 1^{er} du CPP français.

⁴ Art 175 du CPP. Pour une application, voir Crim. 24 avril 2001, *Bull.* n° 97, *RSC* 2001, comm. n° 136 obs. N. COMMARET.

⁵ La méconnaissance des causes de nullité n'autorise pas pour autant l'intéressé à soulever la nullité après expiration du délai de l'article 175 du CPP. Crim. 6 mai 1998, *Bull.* n° 153, *Droit pénal* 1999 comm. 62 obs. A. MARON.

Les nullités de l'enquête et de l'instruction

après un délai de six mois à compter de la notification de la mise en examen⁶. En outre, la loi du 4 mars 2002 a étendu le champ de la forclusion aux moyens tirés de la nullité des actes accomplis avant chacun des interrogatoires ultérieurs⁷. En dépit de l'institution de nouvelles nullités textuelles⁸ puis de la suppression de quelques-unes d'entre elles⁹, aucune modification substantielle du droit des nullités n'a eu lieu.

Au Sénégal, il n'existe pas, depuis l'entrée en vigueur du code de procédure pénale¹⁰, une quelconque modification du régime des nullités malgré les abus constatés dans la conduite des enquêtes et autres actes de procédures. En fait, le maintien de quelques cas de nullités textuelles ne saurait masquer la volonté du législateur sénégalais de réduire la possibilité d'invoquer les nullités. Cette volonté se matérialise dans le caractère obscur de leur régime : en édictant des règles imprécises, la loi confère au juge un très grand pouvoir d'interprétation. Le principe de la légalité, socle de toute législation qui se veut garante des droits fondamentaux de l'homme, n'est ainsi, malheureusement respecté qu'en apparence. Par conséquent, le recours en nullité, n'est pas un recours très utile. Or, il fait partie intégrante des droits processuels sans lesquels le procès ne peut être équitable.

⁶ Art. 173-1 CPP. Pour une application, voir Crim. 20 juin 2001, *Dr. Pénal* 2001, comm. n° 136 obs. A. MARON.

⁷ Art. 173-1 al. 1 *in fine* CPP.

⁸ La loi française du 4 mars 2002 a institué des nullités textuelles aux articles 77-2 alinéa 2, 80-1, 137-1 CPP. L'article 80-1 n'institue cependant pas une réelle nullité. V. *infra* n° 148 ; *adde* J. Le CALVEZ, « L'article 80-1, alinéa 1^{er} du code de procédure pénale et la nullité de la mise en examen », *D.* 2002-2277.

⁹ La loi du 9 septembre 2002 a supprimé la nullité textuelle de l'article 77-2 alinéa 2 du CPP instituée par la loi du 15 juin 2000, et celle de l'article 41-2 alinéa 3 *in fine* du CPP instituée par la loi du 23 juin 1999.

¹⁰ Au Sénégal, le code de procédure pénale est entré en vigueur 1965 avec l'adoption par l'Assemblée nationale de la loi n° 65-61 du 21 juillet 1965.

Accordés à l'homme en procès¹¹, les droits processuels assurent la sanction des atteintes injustifiées aux droits substantiels, dont fait partie intégrante le principe de la légalité criminelle¹². Ils visent à rétablir l'égalité des armes, l'équilibre nécessaire entre les prérogatives des autorités judiciaires et les situations d'infériorité et de fragilité dans lesquelles se trouve une personne poursuivie. Ainsi, en France, la constitutionnalisation des droits de la défense a permis au Conseil constitutionnel français¹³ de réaffirmer l'indispensable respect de ces droits dont dépend, pour une large part, l'existence d'un procès juste et équitable susceptible de garantir les droits fondamentaux des parties au procès : les droits processuels et, en conséquence, les recours en nullité sont donc liés à l'exigence d'un procès équitable proclamé par l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme. Le droit au procès équitable n'a d'abord traduit qu'une simple compatibilité avec une bonne administration de la justice¹⁴.

En outre, l'importance attribuée par le public aux garanties du système judiciaire a permis de l'envisager au regard du fonctionnement et de l'organisation effectifs de la justice, qui ne doivent pas laisser l'accusé¹⁵ dans une situation désavantageuse¹⁶ :

¹¹ R. KOERING-JOULIN, « La chambre criminelle et les droits reconnus à l'accusé avant jugement », *Mélanges Levasseur*, KLITEC, 1992- p. 207. Voir aussi Ndiaw DIOUF, « Procès pénal et droits de l'homme : l'exemple du Sénégal », *Revue de l'association sénégalaise de droit pénal* 1995 ; p. 2.

¹² Les droits substantiels sont accordés à l'accusé en tant que membre du genre humain. En plus du principe de la légalité, ils comportent notamment, le droit au respect de la présomption d'innocence et le droit à l'intégrité psychique et physique. Pour une analyse fonctionnelle des droits de l'homme dans le procès pénal et une étude du lien entre droits substantiels et droits processuels, voir P. HENNION, *Preuve pénale et droits de l'homme*, thèse Nice, 1998.

¹³ Cons. const. 19-20 janv. 1981, 101 ; note J. PRADEL.

¹⁴ Voir l'article de Ndiaw DIOUF, « Procès pénal et droit de l'homme », *Revue de l'association sénégalaise de droit pénal*, n° 2 juillet-décembre 1995. Voir aussi la charte africaine des droits de l'homme ainsi que le préambule de la constitution sénégalaise de 2001.

¹⁵ Le terme accusé est entendu au sens de l'article 6 CESDH, c'est-à-dire tant dans son acception formelle que matérielle. Il désigne ainsi indifféremment

Les nullités de l'enquête et de l'instruction

l'égalité des armes est devenue le principal fondement de l'équité du procès¹⁷.

Elle permet également de réduire les risques engendrés par l'incertitude de la vérité judiciaire : pour qu'elle soit acceptable, il est indispensable que la procédure conduisant au jugement apparaisse légitime. Dans le dessein de rendre cette apparence objective, la culpabilité du prévenu doit être reconnue dans le respect des formes légales gouvernant l'obtention et la production des preuves. En d'autres termes, le prévenu ou l'accusé doit bénéficier d'un droit de contradiction lui permettant d'obtenir une sanction effective des règles d'administration de la preuve. Le recours en nullité est la traduction procédurale de ce droit de contradiction. Or, il est souvent inefficace en raison de l'absence de réglementation générale de la preuve pénale.

En droit pénal sénégalais, la preuve pénale peut être rapportée par tous moyens : le mode de preuve de même que son procédé d'obtention ne sont ni imposés¹⁸, ni interdits. Le système sénégalais de preuve, comme celui français du reste, est donc qualifié de système de preuve libre. Cette qualification, du reste assez impropre, procède d'une confusion entre la liberté d'appréciation de la valeur probante et de la recevabilité de la preuve à évaluer. Seule la première est libre, la seconde devant rester soumise au principe sacro-saint de la légalité¹⁹.

le suspect, l'inculpé ou le mis en examen, le prévenu ou l'accusé au sens du droit interne sénégalais.

¹⁶ Voir *Mélanges Vitu*, t. III, 1992, p. 1379, comm. S. MARCUS HELMONS.

¹⁷ L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil » in *Justice et équité*, *Justices* n° 9, 1998, p. 87, spéc. p. 98 et s.

¹⁸ Il existe cependant des exceptions, notamment celle de la preuve par écrit pour les contraventions ou le contrat dans l'abus de confiance.

¹⁹ Voir en droit sénégalais C.A de Dakar 20-12-2003 Waly Diop c/ Ministère public (inédit). En France, on note quelques rares exemples de nullité pour violation de la légalité dans l'administration de la preuve. V. crim. 28 nov. 2001, *Dalloz* 2002, 372 (il s'agissait de l'interrogatoire d'un suspect sous hypnose) ; ensuite Crim 12 déc. 2000 ; *D.* 2001, 24 et 432, *D.* 2001, 1340 note D. MAYER et J.-F. CHASSAING, *RSC* 2001 p. 610 obs. A. GUIDICELLI, *Proc.* 2001, comm. n° 70 obs. J. BUISSON (interrogatoire du témoin sous hypnose). Toutefois, il faut préciser que cet arrêt a validé

L'intime conviction du juge ne peut donc être légitime et équitable que si elle se fonde sur des éléments réguliers.

L'article 6 § 2 de la convention européenne des droits de l'homme est explicite dans ce sens : en affirmant que la culpabilité de l'accusé doit être légalement établie, ce texte pose une exigence essentielle de correction dans la preuve. En conséquence, la liberté des preuves produites à l'audience ne devrait concerner que celles qui ont été obtenues de façon régulière²⁰. C'est pourquoi, tout en consacrant le pouvoir souverain des juridictions nationales en matière d'évaluation des éléments débattues devant elles, la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Dakar²¹ estime que l'équité de l'ensemble de la procédure est liée à la qualité d'obtention, de présentation et de discussion de la preuve. Afin de respecter les exigences du procès équitable, le droit positif doit donc strictement réglementer les règles d'admission de la preuve pénale²².

Cette réglementation ne doit pas être formelle. En effet, la raison d'être du formalisme procédural réside dans l'assurance de la régularité des charges sur lesquelles s'appuie le renvoi au jugement : il s'agit de garantir les preuves qui fondent l'intime conviction du juge. Pour parvenir à ce résultat, il nous paraît indispensable d'instituer une

l'enregistrement au parloir de la conversation entre un détenu et ses proches, alors même qu'un tel procédé viole la légalité dans l'administration de la preuve.

²⁰ Le professeur PRADEL considère que cette exigence permet à la présomption d'innocence de triompher, même si la preuve de la culpabilité est rapportée, dès lors qu'elle l'a été illégalement ou déloyalement. V. J. PRADEL, in *Le respect de la présomption d'innocence et le secret de l'enquête et de l'instruction*, Les Rapports du Sénat, 1993-1994 p. 18.

²¹ CA de Dakar, 15 février 1997, Ndoye Moussa c/ Ministère public (arrêt inédit).

²² Il faut préciser que la Cour de cassation (chambre pénale) de même que la CEDH n'ont pas exclu *in abstracto* les éléments illégalement obtenus. Le procès est équitable dès lors que le défendeur peut les contester contradictoirement et que les juges n'ont pas motivé leur décision sur ces seuls éléments. Voir à ce propos, M. VAN DE KERCHOVE, « La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la commission européenne des droits de l'homme », *RSC* 1992 p. 3.

Les nullités de l'enquête et de l'instruction

sanction des règles procédurales, sans laquelle le principe de la légalité serait vide de tout sens. La sanction la mieux adaptée dans une telle hypothèse reste l'invalidité de la preuve ainsi produite et dont le rejet devrait se concrétiser par le prononcé de la nullité dans les pays de droit écrit comme le Sénégal et les pays membres de L'OHADA²³, et par l'exclusion de la preuve dans ceux de *common law*.

Ainsi, lorsqu'un élément probatoire a été écarté des débats, le juge se trouve confronté au problème de la preuve dérivée : doit-il étendre la sanction aux preuves ultérieurement recueillies, ou bien limiter l'exclusion à la preuve originelle ? A titre comparatif, précisons qu'en droit français, la chambre d'instruction détermine souverainement les conséquences de l'annulation sur la procédure subséquente à l'irrégularité²⁴ : le juge maîtrise de façon absolue l'étendue du prononcé de la nullité. Il peut donc décider souverainement si le prononcé de la nullité doit être limité à tout ou partie des actes ou pièces de la procédure viciée, ou bien s'étendre à tout ou partie de la procédure subséquente.²⁵ Sur ce registre, force est de constater que l'Angleterre semble également avoir opté en faveur de l'appréciation souveraine du juge²⁶. Les solutions française et anglaise semblent trancher avec celle retenue par d'autres systèmes juridiques²⁷. En droit sénégalais, devant le mutisme noté au niveau des dispositions du code de procédure

²³ L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires.

²⁴ Art. 174 alinéa 2 du CPP. Sur le rôle de la chambre d'instruction, Voir J. PRADEL, *Procédure pénale*, 11^e Edition, Cujas, 2002, n° 727 et s.

²⁵ La nullité par contagion est prononcée si les actes ultérieurs ont leur support nécessaire dans l'acte annulé. V. Crim. 20 juin 2001, *Dr. pénal* 2001, comm. n° 135 obs. A. MARON ; 26 janvier 2000, *Bull.* n° 46, *Dr. Pénal*, *JCP* 2000-IV-1603. Cependant, l'annulation de la garde à vue n'entraîne pas celle de la perquisition qui s'est déroulée durant cette mesure. Crim. 20 juin 2001, préc. ; 22 juin 2000, *Bull.* n° 242, *Dr. Pén.* 2000, comm. n° 108, obs. A. MARON.

²⁶ Art. 78 du *Police and criminal evidence Act* 1984. Toutefois, l'article 76 alinéa 4 limite son pouvoir en l'invitant à ne pas étendre la nullité des aveux irréguliers aux actes ultérieurs.

²⁷ En Italie, l'extension de la nullité aux preuves ultérieurement obtenues est absolue. Art. 191 du code de procédure pénal italien.

pénale, même s'il n'existe aucune jurisprudence sur la question, il nous paraît tout à fait légitime et normal de laisser aux juges le soin d'apprécier souverainement s'il est nécessaire ou non d'étendre la nullité aux autres actes de procédures subséquents.

En tout état de cause, il faut noter que, tout en consacrant la libre appréciation du juge, certains droits étrangers ont élaboré une théorie visant à l'encadrer et en a réduire les effets sur la sécurité juridique des justiciables. Ils limitent ainsi la souveraineté des magistrats en les invitant à recourir à des critères en apparence objectifs réglant l'étendue de l'invalidité de la preuve principale²⁸. La plupart des systèmes pénaux accorde donc au juge un large pouvoir d'appréciation de l'étendue de l'exclusion de la preuve irrégulière. La différence essentielle réside dans la nature juridique reconnue à la sanction prononcée : en se référant principalement à la violation des droits de la défense, le droit sénégalais considère la nullité comme une réparation accordée à la personne poursuivie²⁹, alors que la règle d'exclusion est envisagée, non comme une mesure réparatrice³⁰, mais comme une protection de l'image de la justice.

En d'autres termes, l'invalidité est une sanction réparatrice car elle rétablit l'équité du procès³¹ : l'irrégularité constituant un gravier

²⁸ Aux Etats-Unis et au Canada, l'exclusion de la preuve dérivée est conditionnée par l'existence d'un lien causal entre l'irrégularité originelle et la preuve contestée. V. L. L. CAVISE, « Le droit américain », in *La preuve en procédure pénale comparée*, RIDP 1992, vol. 63, p. 172 ; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz 1995, n° 320 et s. P. BELIVEAU, *Les garanties juridiques dans les chartes des droits*, t. I, Thémis, Montréal 1992, p. 226.

²⁹ En droit français, l'article 802 du code de procédure pénale parle d'atteinte aux intérêts de la partie poursuivie.

³⁰ Le droit canadien est explicite en ce sens : l'article 24-1 du CCDL prévoit une procédure d'indemnisation du préjudice éventuel indépendante de l'exclusion de la preuve.

³¹ L'article 78 PACE Act 1984 dispose expressément que le juge peut décider de la suppression de tout élément dont l'admission porterait atteinte à l'équité du procès. En France, un arrêt isolé s'est également référé à l'équité du procès pour annuler une enquête préliminaire effectuée en violation de l'article 6 de la CESDH. V. Versailles 17 déc. 1996, *Dr. Pén.* 1998, comm. n° 75 obs. A. MARON.

Les nullités de l'enquête et de l'instruction

intellectuel, elle gêne la bonne marche du raisonnement du juge³². Cette conception est adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme. Sans vouloir s'immiscer directement dans les règles d'admission de la preuve, elle vérifie si les pouvoirs du juge ne sont pas trop étendus au point de vider de son sens le droit au procès équitable³³. Sur ce point, le droit sénégalais pêche par une insuffisance de textes³⁴ et par leur clarté relative³⁵. Cette insuffisance s'explique notamment par le fait que la nullité risque de conduire à l'annulation de procédures apparemment justifiées.

En effet, si elle constitue l'indispensable instrument d'efficacité des droits processuels de l'accusé ou du prévenu, la sanction attachée à l'irrégularité des éléments probatoires peut paraître excessive. Les conséquences de la nullité la font donc considérer comme une argutie procédurale, dès lors qu'elle interfère avec le fond du droit en permettant à un délinquant d'échapper à la peine qu'il mérite³⁶. C'est du reste l'une des raisons pour lesquelles la loi est réticente envers les nullités : le code de procédure pénale sénégalais n'en contient aucune théorie approfondie, et les quelques rares dispositions qui s'y réfèrent demeurent imprécises et sont difficiles à exploiter aussi bien pour les praticiens que pour les théoriciens du droit. Cette démission du

³² A.MARON, n. sous Grenoble 11 juin 1997, *Dr. Pén.* 1998, comm. n° 27.

³³ F. GOLCÜKLÜ, « Le procès équitable et l'administration des preuves dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Velu*, éd. Bruyant, Bruxelles, 1992, p. 1372 ; voir Ndiaw DIOUF, « Procès pénal et droits de l'homme », *Revue de l'association sénégalaise de droit pénal*, n° 2 juillet-décembre 1995 p. 1.

³⁴ Le code de procédure pénale sénégalais adopté et entré en vigueur en 1965 n'a fait pratiquement jamais fait l'objet de réforme si minime soit-elle.

³⁵ Voir à ce propos Isaac Yankhoba NDIAYE, « L'art de mal légiférer (Propos irrévérencieux sur certains textes de lois) », *Revue de l'association sénégalaise de Droit pénal* n° 2 juillet-décembre 1995 p. 53-62.

³⁶ G. DI MARINO, *Les nullités de l'instruction préparatoire*, Thèse, Aix-en-Provence, 1997, p. 4 ; la sempiternelle recherche de l'équilibre entre deux pôles antagonistes, les nécessités de la répression et les droits de la personne poursuivie, ont conduit le gouvernement, notamment sous la pression des forces de l'ordre, à modifier la loi du 15 juin 2000 par les lois du 4 mars et du 9 septembre 2002.

législateur a pour but de faire primer l'exigence de vérité et d'éviter l'annulation d'une procédure irrégulière ayant permis de la découvrir. Mais elle conduit à priver les nullités de leur rôle préventif, en ce sens que l'absence d'automatisme de leur prononcé ne dissuade pas les acteurs du procès pénal de recourir à des modes probatoires illégaux ou déloyaux.

Les prescriptions légales et les principes généraux du droit sont ainsi relégués au rang de simples recommandations, dont la sanction est abandonnée au pouvoir discrétionnaire des magistrats. A travers un recours à des règles purement formelles, le législateur ainsi que la jurisprudence ont tendance à neutraliser les garanties accordées à l'accusé ou au prévenu. Celui-ci conserve peu de chances de se voir reconnaître le bien fondé de sa requête : il se heurte à des restrictions de son droit de contradiction. Bien qu'émanant de la loi, ces limitations ne sont conformes qu'en apparence au principe de la légalité, puisqu'elles reposent sur les incertitudes légales des cas d'ouverture de la nullité. En effet, le régime des nullités est soumis à deux conditions cumulatives, dont l'incertitude des termes génère une insécurité juridique qui, le plus souvent, est contraire au principe de la légalité.

D'une part, l'article 166 du code de procédure pénale sénégalais prévoit que la nullité est subordonnée au caractère substantiel de la formalité méconnue³⁷. Cette qualification est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, dont le pouvoir discrétionnaire résulte de l'imprécision des dispositions de l'article 166 du code de procédure pénale sénégalais (I). D'autre part, la gravité de l'irrégularité commise reste le plus souvent indifférente : l'intéressé doit prouver la réalité du préjudice qu'il subit. Ainsi, en s'intéressant moins à la cause qu'aux effets de l'inobservation des règles légales, la loi contribue à faire de la preuve du grief ou de la violation des droits de la défense le fait générateur des nullités : elle procède d'une confusion entre la fonction qui lui est inhérente, la sanction de la violation et des principes

³⁷ Aux termes de ce texte, « il y a également nullité en cas de violation des dispositions substantielles du présent titre... »

Les nullités de l'enquête et de l'instruction

fondamentaux du procès pénal, et une fonction qui lui est étrangère, la réparation d'un préjudice (II).

I – L'imprécision du régime des nullités dans le code de procédure pénale sénégalais

A la lecture de l'article 166 alinéa 1^{er} du code de procédure pénale sénégalais, il apparaît que le législateur sénégalais a institué deux types de nullités qui du reste sont relatives à deux catégories de dispositions. En ce qui concerne les nullités, il existe les nullités formelles prévues par les textes, et les nullités virtuelles qui sont celles qui sont susceptibles d'être prononcées en l'absence de règle expresse. A propos des dispositions procédurales, la loi a institué des formalités accessoires dont la violation est exclusive de toute nullité, et des formalités substantielles dont la violation pourrait entraîner l'annulation des actes irréguliers. *A priori*, deux constatations s'imposent : d'une part, par rapport à la possibilité de prononcer la nullité en dehors des prescriptions légales, le recours en nullité paraît largement ouvert ; d'autre part, au regard de la sélection des formalités les plus essentielles, la gravité de l'irrégularité commise semble constituer le fondement des nullités.

Force est de constater que ces remarques se sont avérées peu fondées : les cas d'ouverture à nullité demeurant trop imprécis, la conséquence qu'on peut en tirer est que le législateur sénégalais³⁸ confère au juge une liberté souveraine, tant dans l'opportunité du prononcé des nullités, que dans la qualification des dispositions qui seront susceptibles d'en faire l'objet. Le respect du principe de la légalité n'est donc qu'apparent. Par conséquent, la distinction légale entre les nullités formelles et les nullités virtuelles est indifférente (A), et l'indétermination de la notion de formalité substantielle génère une insécurité juridique qui pourrait être préjudiciable à la préservation des droits de l'homme (B).

³⁸ Comme du reste le législateur français (voir article 802 du code de procédure).

A - L'indifférence de la distinction entre nullité formelle et nullité virtuelle

La loi française du 8 décembre 1897 marqua une tendance à l'extension des nullités formelles. Son article 12 prévoyait la nullité de l'acte et de la procédure ultérieure en cas de violation de certaines dispositions qu'elle introduisit dans le code d'instruction criminelle³⁹. Cependant, les progrès de la loi consistant à étendre les nullités formelles se sont avérés insuffisants : à défaut pour le législateur de les sanctionner par la nullité, certaines violations des droits de la défense restaient impunies. C'est pourquoi, devant la gravité de telles violations des droits jugés fondamentaux, et s'inspirant de l'article 408 alinéa 2 du code d'instruction criminelle qui, du reste, admettait la cassation bien que la nullité ne soit formellement prévue, la jurisprudence pénale élaborera la théorie des nullités virtuelles⁴⁰ : elle appliqua la nullité à toute inobservation d'une formalité substantielle. Cette solution est adoptée jusqu'à présent par l'article 166 alinéa 1^{er} du code de procédure pénale sénégalais⁴¹. En tout état de cause, ces progrès sont freinés par la latente réticence du législateur à l'encontre d'une sanction dangereuse pour les nécessités répressives. Les nullités textuelles ont ainsi toujours été instituées avec une certaine précaution du reste compréhensible⁴².

En conséquence, la théorie des nullités virtuelles semble avoir été élaborée dans l'intérêt de l'inculpé ou du gardé à vue accusé⁴³. Les

³⁹ C'était notamment le cas pour la violation du principe de la séparation de l'instruction et du jugement, des règles de l'interrogatoire de première comparution et des interrogatoires ultérieurs

⁴⁰ Voir notamment Crim. française 4 février 1998, *D.* 1998-1-229 ; 20 mars 1903, *S.* 1905-1-249. La jurisprudence civile lutta également contre la rigidité de l'article 1030 NCPC, à l'origine de l'adage « pas de nullité sans texte ». Voir également Cassation civile sénégalaise 30 novembre 1999 (arrêt inédit).

⁴¹ Voir article 802 du code de procédure pénale français.

⁴² G. DI MARINO, *Les nullités de l'instruction préparatoire*, thèse préc. p. 21 et s.

⁴³ Les nullités virtuelles semblent avoir pour seule limite les règles propres au droit douanier. En effet, l'article 338 du code des douanes dispose que les

Les nullités de l'enquête et de l'instruction

nullités virtuelles sont parfois indifféremment qualifiées par la doctrine de substantielle⁴⁴. Cette dénomination semble impropre⁴⁵ car elle repose sur une confusion entre la qualité de la disposition en cause et celle de la nullité : c'est, non la nullité qui est substantielle, mais la formalité qu'elle sanctionne. C'est pourquoi, il est préférable de recourir au terme virtuel, entendu comme théorique, par opposition à la réalité formelle des nullités textuelles. Toutefois, cette opposition apparaît désormais comme inutile.

En France, le clivage entre nullités formelles et nullités virtuelles n'a en effet plus de raison d'être ; et trois raisons militent en faveur de cette interprétation. En premier lieu, les nullités virtuelles et textuelles ont le même champ temporel d'application. Reprenant une jurisprudence antérieure⁴⁶ la loi du 4 janvier 1993⁴⁷ conféra à la chambre d'accusation le pouvoir de statuer sur tous les actes de la procédure, expression plus large que celle d'actes de l'information utilisée par l'ancien article 171 du code de procédure pénale et l'article 165 du code de procédure pénale sénégalais ce qui restreignait en France et continue de restreindre au Sénégal les prérogatives de la chambre d'accusation. La solution retenue par la loi française du 4 janvier 1993 devrait également inspirer le législateur sénégalais car la nullité devra concerner non seulement les actes irréguliers de l'enquête préliminaire, mais encore ceux de l'instruction.

En second lieu, la distinction entre les nullités est indifférente en raison de l'identité d'objet sur lequel elles portent : les actes ou les pièces de la phase préalable au procès pénal. En incluant les pièces de

tribunaux ne peuvent admettre d'autres nullités que celles résultant de l'omission des formalités prescrites par les articles 332-1, 324 à 332, et 334. Les seules nullités prononçables doivent être textuelles. Crim. 13 juin 2001.

⁴⁴ J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 737 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 6^e édition, Cujas, 2001, n° 578.

⁴⁵ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, PUF, coll. Droit fondamental, 1995, n° 417.

⁴⁶ Crim. 30 juin 1987, *D.* 1988, somm.-192 obs. J. PRADEL.

⁴⁷ Art. 170 du CPP.

la procédure, le législateur a entendu mettre fin à la jurisprudence antérieure de la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui, démontrant qu'elle veille parfois au respect du principe de la légalité, fondait son refus d'annuler les preuves illégales produites par la partie civile sur l'absence de dispositions l'y autorisant⁴⁸ ; seules les diligences des juges ou des officiers de police judiciaire constituant des actes de procédures, les documents et les pièces rassemblés par les parties privées étaient exclus du champ d'application de l'article 171 du code de procédure pénale. Or, ni cette exclusion, ni l'inclusion légale des pièces à conviction n'ont lieu d'être : les éléments probatoires ne devraient pas être annulables. Seuls devraient l'être, les actes de procédure qui en révèlent l'existence, à l'instar des procès verbaux de transcription d'un enregistrement ou d'un inventaire de saisie.

Affirmer que l'on annule une bande magnétique ou un enregistrement vidéo est un non-sens : s'il est permis de ne plus le faire figurer au dossier grâce à l'annulation de son support procédural, il est difficilement concevable d'envisager sa nullité. En tout état de cause, l'inclusion des pièces de la procédure dans l'article 170 n'a pas entraîné une quelconque modification de la jurisprudence : la chambre pénale de la Cour de cassation persiste à valider les pièces obtenues irrégulièrement par les parties⁴⁹, voire par les autorités de poursuite⁵⁰.

En dernier lieu, l'article 166 alinéa 1^{er} du code de procédure pénale sénégalais soumet les nullités textuelles et virtuelles au même régime⁵¹. En conséquence, les nullités formelles ont perdu,

⁴⁸ V. notamment Crim. 6 avril 1993, *JCP* 1993-II-22144, obs. M.-L. RASSAT.

⁴⁹ Cour de cassation sénégalaise, chambre pénale, 13 juin 2000 (arrêt inédit). En l'espèce, l'officier de police judiciaire (l'OPJ) enregistra clandestinement les déclarations d'un suspect.

⁵⁰ Crim. 12 déc. 2000 préc. Dans cette affaire, les juges ont admis la validité de l'enregistrement au parloir.

⁵¹ A titre comparatif, voir les articles de P. COUVROT, « Les méandres de la procédure pénale », *D.* 1976-43 ; et celui de A. MAURICE-HERSANT, « Réflexions sur l'article 802 du code de procédure pénale », *D.* 1976- 117.

Les nullités de l'enquête et de l'instruction

incontestablement, leur originalité. Certes, elles conservent une certaine prééminence, le législateur sénégalais, comme du reste son homologue français, n'ayant pas décidé au hasard de les instituer. Mais elles ne constituent plus une catégorie originale de nullités : d'abord, force est de constater que leur catégorie préétablie est indifférente, puisqu'elle n'impose pas l'automatisme de leur prononcé⁵² ; ensuite, nous constatons, à l'instar des nullités virtuelles, qu'elles sanctionnent l'inobservation d'une seule catégorie de dispositions.

La distinction entre nullités textuelles et nullités virtuelles est donc indifférente. L'article 166 alinéa 1^{er} du code de procédure pénale sénégalais est explicite en ce sens. Il ne dissocie nullement les deux types de nullité, mais subordonne l'annulation à la qualité de la disposition violée : qu'elle soit ou non prévue à peine de nullité, la formalité méconnue doit être substantielle⁵³. Cependant, soucieux qu'il est de privilégier les impératifs de la répression, le législateur n'a pas pensé légitime de définir la notion de formalités substantielles⁵⁴.

B – L'indétermination de la notion de formalité substantielle

Si le principe de la légalité était respecté, la loi devrait définir de manière claire et précise le sens et le contenu des formalités substantielles. La contradiction sur les charges serait alors effective, l'accusé ou l'inculpé étant en mesure de prévoir les conséquences de son recours en annulation. Malheureusement, le législateur laisse toute la latitude au juge dans la qualification des dispositions du code de procédure pénale : l'admission des charges irrégulières dépend

⁵² Voir *infra*.

⁵³ Il nous paraît logique de considérer que les nullités textuelles concernent uniquement les formalités substantielles, le législateur sénégalais ne pouvant nullement prévoir ces nullités pour des formalités accessoires et qui ne violent pas de manière caractérisée les droits fondamentaux de la personne poursuivie.

⁵⁴ Comme du reste d'autres notions assez similaires comme par exemple le bon père de famille ou bien l'intérêt de l'enfant en droit civil, ou bien la notion d'intérêt social en droit des sociétés commerciales.

donc de l'appréciation souveraine du juge du fond. Rappelons que c'est en procédure civile qu'est née la notion de formalité substantielle⁵⁵, notion à laquelle la jurisprudence pénale s'est également référée en élaborant la théorie des nullités virtuelles⁵⁶. La notion de formalité substantielle n'en demeure pas moins assez malaisée à cerner surtout pour les praticiens du droit⁵⁷ : aucun critère permettant de la différencier d'une formalité accessoire n'est institué par la loi. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de se référer aux différentes théories doctrinales et aux solutions adoptées par les magistrats pour en préciser les contours afin d'en déceler la véritable quintessence.

Pour une partie de la doctrine⁵⁸, il revient aux juridictions d'interpréter *in abstracto* les formalités substantielles, et d'en fixer la liste. Cependant, cette appréciation élude le principe de la légalité et transfère au juge le pouvoir qui revient, en principe, au Parlement et qui est la fonction créatrice de règles de droit et plus précisément de la loi. Pour d'autres auteurs⁵⁹, il leur paraît inconcevable d'admettre que les magistrats puissent se dispenser de respecter certaines dispositions légales, en se contentant de les qualifier d'accessoires : aucune formalité n'est secondaire, toutes sont substantielles. Cette solution conduit à apprécier *in concreto* le prononcé des nullités, dont l'élément générateur est la réalité du préjudice qui résulterait de l'irrégularité qui a été commise.

⁵⁵ Voir L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 3^e édition 2000, n° 1131 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, Coll. Thémis Droit privé, 1996 n° 130.

⁵⁶ Voir *supra*.

⁵⁷ A ce propos, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation française a tenté d'en donner une définition, en affirmant que le caractère substantiel est attaché dans un acte de procédure à ce qui tient à sa raison d'être et lui est indispensable pour remplir son objet. Voir Civ. 2^e 3 mars 1955, *JCP* 1955-II, n° 8654.

⁵⁸ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle*, t. III. Paris, 1912, p. 431.

⁵⁹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, *op. cit.* n° 581.

Les nullités de l'enquête et de l'instruction

Pour régler ces questions, qui posent le problème de la légalité avec la nécessité de préserver les droits des justiciables, la jurisprudence pénale semble avoir adopté une solution de compromis entre ces propositions faites par les auteurs. De ce fait, elle élude du coup les inconvénients engendrés par les deux appréciations qui lui ont été suggérées. D'une part, l'adoption de la thèse de l'interprétation *in abstracto* conduit à l'automatisme de la nullité, dès lors que l'irrégularité incriminée entache une disposition incluse dans la liste des formalités substantielles. D'autre part, le recours à l'appréciation *in concreto* nécessite la preuve d'un préjudice, quelle que soit la nature de l'intérêt protégé par la formalité incriminée. C'est pourquoi, tout en élaborant une liste évolutive des formalités substantielles, les tribunaux pénaux ne tolèrent la nullité de plein droit que pour ce qui concerne les dispositions d'ordre public⁶⁰.

La solution retenue par la chambre criminelle⁶¹ de la Cour de cassation française laisse entier le problème de la définition des formalités substantielles. Sur cette question, l'incertitude quant à la systématisation d'une solution satisfaisante demeure aussi bien en droit sénégalais qu'en droit français. En dépit du contexte imprécis de leur contenu, il nous paraît cependant possible d'affirmer qu'il existe deux types de formalités substantielles. La première regroupe les *formalités d'ordre public*. Ce sont les formes indispensables pour que l'acte puisse remplir sa fonction⁶². Elles concernent en premier lieu les règles de compétence, de la délégation de pouvoirs, d'organisation et de composition des juridictions. En d'autres termes, elles protègent l'ordre public procédural⁶³, garant de la régularité dans la mise en œuvre des institutions de procédure pénale. Toutefois, la chambre

⁶⁰ Voir *infra*.

⁶¹ En droit pénal sénégalais, il n'existe aucune solution d'ordre jurisprudentiel.

⁶² R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure*, *op. cit.* p. 423.

⁶³ Pour une étude de la notion, voir G. DI MARINO, *Les nullités de l'instruction préparatoire*, thèse préc. p. 483 et s. J. BELOT, *L'ordre public et le procès pénal*, thèse Nancy II, 1980, p. 72 et s.

pénale de la Cour de cassation sénégalaise avait refusé de sanctionner la violation du délai raisonnable par la nullité⁶⁴.

La seconde catégorie de formalités substantielles concerne les dispositions édictées essentiellement dans l'intérêt des parties et elles sont relatives aux droits de la défense et de la partie civile. Leur violation est donc sanctionnée par une nullité d'ordre privé car ce sont des droits exclusivement privés qui sont violés. Constitue par conséquent une nullité de cet ordre, le non respect des règles d'audition de l'inculpé par l'expert, ou bien l'inobservation du délai de convocation du conseil par le juge d'instruction. Ces éléments constituent autant de manquements aux droits fondamentaux de la personne poursuivie et justifient la nullité.

Au-delà de la précision apparente des différents cas d'espèce, la démission du législateur engendre de ce fait une double insécurité : d'une part, il nous paraît malaisé de distinguer les formalités substantielles de celles qui ne le sont pas ; d'autre part, le clivage entre les deux types de formalités substantielles reste incertain et évolutif. Or cette opposition présente un intérêt particulier, car elle conditionne la nature de la nullité invoquée : aux formalités substantielles d'ordre public correspondent les nullités d'ordre public ; en revanche, aux formalités substantielles d'intérêt privé, correspondent les nullités d'ordre privé.

Le législateur sénégalais, s'inspirant de son homologue français, a consacré implicitement la distinction d'origine prétorienne entre les nullités d'ordre privé et d'ordre public⁶⁵ directement liées à la nature de la formalité substantielle qu'elles sanctionnent. Cette distinction revêt une importance particulière : en dépit de la généralité de l'article 166 du code de procédure pénale sénégalais, la qualité de la nullité

⁶⁴ Voir Cassation chambre pénale, 15 février 1997 (arrêt inédit) ; en France avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000, voir Crim. 18 juin 1998, *Revue de Droit pénal* 1999, p. 7. *Contra*, Versailles 17 décembre 1996, préc. ; après l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000, voir Crim. 26 sept 2001, Proc. 2001, comm. n° 236 obs. J. BUISSON.

⁶⁵ Voir J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit. n° 737 ; G. DI MARINO, *Les nullités de l'instruction préparatoire*, thèse préc. p. 32.

Les nullités de l'enquête et de l'instruction

invoquée conditionne son régime. Ainsi, les nullités d'ordre public sont automatiques, alors que le prononcé des nullités d'ordre privé reste subordonné à la réalité du préjudice subi par la partie intéressée. Or, fidèle à la volonté législative d'assurer la survie des actes procéduraux irréguliers, la jurisprudence tend à réduire le contenu des formalités substantielles d'ordre public. Etablie au nom des nécessités répressives, cette solution conduit à minimiser la gravité de l'irrégularité incriminée, et à faire de la preuve du grief l'élément générateur de la plus grande partie des nullités.

II – La confusion entre la sanction et la réparation : la preuve du grief

A l'instar de la procédure civile⁶⁶ la procédure pénale soumet le prononcé des nullités pour inobservation des formalités substantielles à la preuve d'un grief ou de la violation des droits de la défense⁶⁷. La finalité poursuivie par le législateur sénégalais est d'assurer la survie des actes entachés d'irrégularité⁶⁸. Comme les nullités de fond du droit judiciaire privé⁶⁹, les nullités dites d'ordre public peuvent être soulevées à tout moment de la procédure, voire d'office par le juge saisi. En revanche, concernant les nullités d'ordre privé, elles doivent être soulevées avant toute défense au fond en cas de renvoi direct devant la juridiction de jugement⁷⁰, ou le cas échéant, au plus tard à la clôture de l'information judiciaire⁷¹.

⁶⁶ Art. 114 NCPC français.

⁶⁷ Art. 164 alinéa 1^{er} du code de procédure pénale sénégalais (voir aussi à titre comparatif les articles 171 et 802 du CPP français).

⁶⁸ Cet objectif est renforcé par la possibilité de régularisation offerte aux personnes poursuivies (art. 164 alinéa 2 du CPP sénégalais).

⁶⁹ Art. 118 NCPC. Voir L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n° 956 ; G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, op. cit., n° 130.

⁷⁰ Art. 385 CPP français.

⁷¹ Art. 174 et 385 du CPP.

Le parallèle entre les dispositions civiles et pénales n'est qu'apparent⁷² : la procédure civile ne constituant plus le droit commun procédural, la règle « pas de nullité sans grief » ne s'applique pas de façon absolue en droit pénal⁷³. En effet, les nécessités répressives ne priment l'assurance des garanties de loyauté et de légalité de la procédure que pour ce qui concerne les formalités substantielles d'ordre privé, puisque celles d'ordre public sont sanctionnées par une nullité de plein droit, indifférente à la preuve du grief ou de l'atteinte aux droits de la défense (A). Cependant, il faut souligner que l'automatisme de la sanction à l'encontre des violations les plus graves est cependant limitée par la restriction prétorienne du contenu des formalités d'ordre public. Cette solution permet d'imposer assez souvent la preuve du grief dont la conception du reste assez restrictive permet au juge pénal d'opérer un véritable filtrage des nullités d'intérêt privé (B).

A - L'indifférence du grief : l'automatisme des nullités d'ordre public

Si le principe de la légalité était respecté, la loi aurait dû prévoir expressément les cas de nullités d'ordre public. Cependant, l'article 166 du code de procédure pénale sénégalais ne s'y réfère nullement. Par ailleurs, compte tenu de ce vide législatif, il y a lieu de penser d'abord qu'il existe une privatisation des nullités d'ordre public, tant dans la détermination du cas de nullité, que dans son régime. Ainsi, la loyauté n'est pas toujours considérée comme un principe substantiel d'ordre public : l'admission ou l'acceptation de la loyauté varie en fonction de la qualité de la personne en cause⁷⁴. En outre, en dépit du

⁷² Pour une étude comparative, voir J.-P. BROUILLAUD, *Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées*, Dalloz 1996, p. 98.

⁷³ Or, l'article 114 alinéa 2 du NCPC soumet les nullités d'ordre public à la preuve du grief.

⁷⁴ Dans certaines décisions de justice, la nullité pour déloyauté du juge d'instruction a été retenue (Toulouse 18 déc. 1962 ; *D.* 1963-156) alors que dans d'autres il y a eu rejet de la nullité en dépit de la déloyauté de la partie civile ; de même, la déloyauté policière est admise assez largement, selon un critère contraire à la légalité criminelle. Sur l'admission des stratégies

Les nullités de l'enquête et de l'instruction

fait que l'exigence d'un rapport préalable aux débats devant la Cour d'appel a toujours été considérée d'ordre public, on peut logiquement se demander si un dépôt tardif postérieurement au commencement des débats constitue il une formalité d'intérêt privé ?

Nous ne le pensons pas car c'est un droit fondamental de la défense qui est violé même si une partie de la jurisprudence française estime que c'est une formalité purement privée. La situation se pose avec acuité aussi concernant les perquisitions : une perquisition conduite en violation des règles du CPP qui la gouverne doit-elle entraîner une nullité de plein droit ? Sur cette question, la chambre criminelle de la Cour de cassation française⁷⁵, dans une logique de répression exige la preuve d'un grief pour l'annulation des actes ainsi accomplis. En droit sénégalais, il n'existe pas de solution ; mais nous pensons que cette solution mérite d'être approuvée et ce, devant le vide législatif constaté, elle pourrait inspirer les juges sénégalais si naturellement les perquisitions opérées ne portent pas atteinte aux intérêts des justiciables. Par ailleurs, en interdisant aux juridictions de jugement de soulever d'office la nullité d'un acte irrégulier⁷⁶, et en précisant que l'exception doit être invoquée par les parties avant toute défense au fond, l'article 385 du code de procédure pénale détruit la spécificité des nullités d'ordre public.

Ensuite, certaines nullités d'intérêt privé sont publicisées. Et c'est la loi elle-même qui participe à cette dénaturation : l'article 206 du CPP autorise la chambre d'accusation à prononcer d'office la nullité qu'elle est amenée à découvrir lors de l'examen de la régularité de la procédure. Quant à la jurisprudence, elle opère un tri discrétionnaire

policières, voir P. HENNON, thèse préc. n° 232 et s. Pour la dissimulation d'un magnétophone par un OPJ voir crim. 9 janv. 1999, *Revue de Droit pénal* 1999 p. 7, obs. C. MARSAT.

⁷⁵ Crim. 15 juin 2000, *D.* 2001, somm. 521 obs. J. PRADEL ; 17 septembre 1996, *Bull.* n° 316 ; *D.* 1997, somm.-144, obs. J. PRADEL ; *R.S.C.* 1997 p. 150.

⁷⁶ Cependant, il existe une décision qui retient la solution contraire et qui estime que « les nullités d'ordre public peuvent être soulevées d'office » ; Cour d'appel de Dakar, 20 avril 1992 (arrêt inédit).

entre les différentes formalités relatives aux droits de la défense, dont certaines sont élevées au rang de formalités d'ordre public. Cette publicisation des nullités d'ordre privé résulte surtout du contentieux des règles de la garde à vue.

Ainsi, le droit à l'avocat pour le « gardé à vue » devrait également relever d'un principe d'ordre public : il garantirait également un droit à la défense spécifique, celle du suspect qui serait privé de liberté et dont les droits fondamentaux devraient être préservés. Par conséquent, dès que l'absence du conseil est due à la volonté de l'officier de police judiciaire et dans l'hypothèse où le suspect n'aurait pas renoncé à son droit à l'avocat, la garde à vue devrait être annulée de plein droit. Le suspect bénéficierait ainsi des droits de la défense au même titre que l'inculpé : le cadre procédural dans lequel interviendrait l'entretien avec le conseil est indifférent, seule son importance devrait être prise en compte.

Cette solution, si elle était appliquée au Sénégal, serait conforme à la jurisprudence européenne qui préserve effectivement les droits des gardés à vue, et qui estime que l'article 6 § 3 de la convention européenne des droits de l'homme s'applique au stade de l'enquête de police, dès lors que sa violation initiale présente objectivement le risque de compromettre l'équité du procès⁷⁷. Par ailleurs, la primauté des dispositions de la charte africaine des droits de l'homme semble militer en faveur d'une évolution de la théorie des nullités d'ordre public en matière de garde à vue, notamment pour ce qui concerne le droit à la sûreté. Cependant, dès que la garde à vue ne se fonde plus sur aucun soupçon plausible, elle devient abusive, et viole le droit à la sûreté. En outre, le principe de nécessité impose la motivation de la prolongation de la garde à vue : l'obligation de motivation est publicisée, et sa violation entraîne la nullité de plein droit⁷⁸.

La garde à vue doit également être d'une durée conforme au délai légalement institué en droit national dès lors que celui-ci est

⁷⁷ CEDH (Cour européenne des droits de l'homme) 8 février 1996 (J. Murray c/ R.U), F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 1997, p. 118.

⁷⁸ Cour suprême du Sénégal 12 Novembre 1989 (arrêt inédit).

Les nullités de l'enquête et de l'instruction

compatible avec les dispositions en vigueur : en tout état de cause, la comparution doit être prompte et le délai légal de quatre jours maximum semble constituer la limite raisonnable de la détention⁷⁹ (quarante-huit heures renouvelable une seule fois). Par conséquent, tout dépassement du seuil fixé par la loi nationale constitue une violation de la charte africaine des droits de l'homme et doit entraîner la nullité de plein droit de la garde à vue. Cette solution qui, au demeurant, avait été rejetée par le passé par le droit français⁸⁰, semble aujourd'hui s'inscrire, aussi bien en droit sénégalais qu'en droit français, dans le cadre d'une nouvelle acception du respect des délais de garde à vue.

Une question se pose : le cumul de deux gardes à vue opérées dans le cadre d'une même affaire et qui dépasse les quatre jours fixés par le code de procédure pénale est-il légal ? Une vision unitaire du délai de garde à vue devrait être retenue ; en effet, malgré les dispositions particulières spécifiques à chaque enquête de police et à l'instruction, la durée des gardes à vue successives ne doit nullement dépasser la durée maximale d'une garde à vue unique. Le dépassement du délai imposé par le code de procédure pénale constitue en lui-même une cause d'annulation des actes de la procédure subséquente. Cette solution s'impose également en cas de cumul d'une rétention douanière et d'une garde à vue. Le délai de rétention figure donc au rang des formalités substantielles d'ordre public : son dépassement par l'officier de police judiciaire ne nécessite pas la preuve d'un grief ou d'une quelconque violation des droits de la défense.

Lorsqu'un suspect est victime d'une arrestation ou d'une détention illégale aura-t-il droit à une éventuelle réparation pour le préjudice ainsi subi ? L'article 5 § 5 de la convention européenne des

⁷⁹ A titre comparatif, voir CEDH 29 nov. 1988 (Arrêt Brogan c/ R.U.), F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 31.

⁸⁰ Le cumul était également autorisé lorsque la seconde garde à vue se fondait sur des indices se rapportant à une infraction distincte. Voir Crim. 8 nov. 1996, *Revue de droit pénal* 1996 comm. 92 obs. A. MARON.

droits de l'homme prévoit un droit à réparation pour toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention illégale. Cependant, rien n'indiquant que cette réparation doit être obligatoirement pécuniaire, il est permis d'affirmer que conditionner la nullité à la preuve d'un grief, exigence non prévue par la charte africaine des droits de l'homme, revient incontestablement à admettre certaines violations et à supprimer le droit à une réparation automatique, que seule une sanction de plein droit est en mesure d'assurer.

En définitive, force est de noter que si, en France, le renforcement des droits du suspect ou de l'inculpé par la loi du 15 juin 2000 semble générateur de changements dans la sanction des violations des mécanismes protecteurs concernant la garde à vue, il n'en est pas encore de même en droit sénégalais où des réformes significatives devraient être opérées pour une meilleure prise en charge des droits fondamentaux des personnes gardées à vue et ce, dans le nécessaire respect des dispositions dites d'ordre public. Cependant, si de nombreux auteurs ont tenté de définir l'ordre public⁸¹, il n'en demeure pas moins qu'il demeure un concept fuyant et évolutif, dont une définition précise apparaît impossible⁸² au regard de la diversité des solutions que la jurisprudence tente de proposer. Devant cette incertitude d'ordre conceptuel, les tribunaux disposent d'un pouvoir souverain leur permettant de restreindre les garanties d'une sanction automatique au gré des modifications qu'ils sont libres d'apporter au contenu des formalités d'ordre public.

Ce pouvoir prétorien en matière de nullité d'ordre public constitue une atteinte au principe de la légalité. En outre, il limite la

⁸¹ Voir notamment Ph. MALAUTIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, thèse Paris, 1951, p. 27 : l'ordre public est constitué par le petit faisceau des cadres fondamentaux sur lesquels repose la société, son bâti élémentaire.

⁸² M.-L. RASSAT estime cependant qu'une définition en extension demeure possible, et ce, en fixant une liste de formalités d'ordre public. Voir M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, op. cit. n° 433 ; pour un autre auteur, une définition semble présomptueuse. Voir J. BELOT, *L'ordre public et le procès pénal*, thèse préc. p. 375.

Les nullités de l'enquête et de l'instruction

possibilité pour la personne poursuivie de contester l'admission des charges déloyales ou illégales qui justifieraient son renvoi devant la juridiction de jugement. La réduction du droit de contradiction est d'autant plus marquée que la jurisprudence adopte parallèlement une conception restrictive du grief ou de la violation des droits de la défense exigée pour le prononcé des nullités d'intérêt privé.

B - La conception restrictive du grief ou la violation des droits de la défense : les nullités d'ordre privé

En matière de nullité d'ordre privé, l'irrégularité de l'acte est indifférente dès lors que les droits de la personne protégée n'ont pas été atteints. En d'autres termes, la nullité d'ordre privé n'est prononcée que si la méconnaissance d'une formalité a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de l'individu concerné. *A priori*, la prise en compte du grief subi semble marquer la priorité de la préservation des droits des parties. Or cette hiérarchie n'est qu'apparente : soucieuse d'assurer la survie des actes irréguliers, la jurisprudence interprète strictement la notion de grief. En France, la plupart des décisions rendues sur la question étant des décisions de rejet⁸³, on se contente souvent d'une motivation assez sibylline, alors même que le grief est d'une grande importance. En fait, le juge apprécie *in concreto* l'atteinte aux intérêts, et exige la preuve d'un préjudice effectif, qui ne s'induit pas de la gravité de l'irrégularité⁸⁴. Il n'en irait autrement que dans le cas où l'article 162 CPP sénégalais exigeait un grief de nature à préjudicier à l'individu qui l'invoque, alors qu'il vise expressément une atteinte effective à ses intérêts.

⁸³ G. CLEMENT, « De la règle pas de nullité sans grief en droit judiciaire privé et en procédure pénale », *RSC* 1984 p. 442 n° 65. Pour des décisions plus récentes, voir note Crim. 26 sept. 2001, préc. 13 juin 2001 préc. 11 janvier 2001, *Revue de droit pénal* 2001, comm. n° 106 obs. A. MARON ; 22 nov. 2000, préc. ; 15 juin 2000 préc.

⁸⁴ Voir notamment, pour la violation de l'interdiction pour l'expert d'interroger le mis en examen, Crim. 10 nov. 1977, *D.* 1978- 621

La rigueur prétorienne est particulièrement remarquable en matière de mise en examen tardive⁸⁵ alors même que la violation de l'article 105 du CPP semble permettre le prononcé de la nullité puisqu'elle prive l'intéressé du bénéfice des droits du mis en examen. Sous l'empire du code d'instruction criminelle, la jurisprudence exigeait que la violation des règles de l'inculpation ait eu pour but et pour résultat de faire échec aux droits de la défense⁸⁶. En tout état de cause, il faut noter que le code de procédure pénale exige uniquement la preuve d'un grief ou d'une atteinte aux droits de la défense. Cependant, il faut préciser que les formalités relatives à la mise en examen tardive étaient insusceptibles de qualification et ne pouvaient être rangées ni parmi les formalités d'ordre public, leur méconnaissance n'entraînant pas de nullité automatique, ni parmi les formalités d'intérêt privé, la preuve du grief n'étant pas exigée. En tout état de cause, la finalité première du législateur est de renforcer la présomption d'innocence.

Par conséquent, la mise en examen revêt désormais un caractère exceptionnel, et son caractère tardif semble n'entraîner aucun grief : elle retarde simplement la possibilité du placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire, tout en permettant au témoin assisté⁸⁷ de bénéficier de nombreux droits du mis en examen. Le statut clarifié du témoin assisté est ainsi de nature à sauvegarder les procédures : il prohibe les demandes en nullité⁸⁸ et écarte les dispositions de l'article 105 du CPP. Précisons par ailleurs que l'exigence du grief ou de la violation des droits de la défense semble plus pragmatique que le critère du dessein de faire échec aux droits

⁸⁵ B. BOULOC, *L'acte d'instruction*, LGDJ 1965, n° 676.

⁸⁶ Voir P.-A. PAGEAUD, « Inculpations tardives et contrôle de la Cour de cassation », *Mélanges Patin*, 1965, p. 439.

⁸⁷ A. GUIDICELLI, « Le témoin assisté et la personne mise en examen : vers un nouvel équilibre ? », *RSC* 2001 p. 43 et s.

⁸⁸ L'article 113-3 alinéa 1^{er} du CPP établit une liste des droits du témoin assisté d'où le recours en nullité est absent. Le fait que le témoin assisté n'ait pas les mêmes droits que le mis en examen semble justifier le fait qu'il n'est pas parti à la procédure.

Les nullités de l'enquête et de l'instruction

de la défense. La preuve de la mauvaise foi du juge d'instruction n'est pas objectivement rapportable⁸⁹, aucun individu ne pouvant sonder la conscience d'autrui. Cette impossibilité de prouver les motivations résultait du fait que, en l'absence de dispositions légales expresses, la jurisprudence considérait que la charge de la preuve du dessein incombait à l'accusé.

Il semble en aller également ainsi pour le grief exigé par l'article 166 du CPP sénégalais. Toutefois, il faut préciser qu'au niveau de la jurisprudence française, la chambre criminelle de la Cour de cassation ne se prononce pas explicitement sur la charge de la preuve du grief, et se contente de recourir à des formules lapidaires, affirmant de manière péremptoire l'absence d'établissement du grief⁹⁰. Cette solution du droit français qui du reste n'a pas encore été consacrée par le droit sénégalais, est rejetée par le droit allemand qui prohibe l'utilisation de déclarations consécutives à un interrogatoire irrégulier⁹¹. Il en est de même pour les pays de la *Common Law*, notamment pour ce qui concerne la preuve de l'irrégularité de l'obtention des déclarations d'un accusé⁹².

Cependant, à l'instar du droit français, le droit canadien n'autorise l'intervention judiciaire que pour ce qui concerne les violations des droits substantiels édictés par la charte des droits et

⁸⁹ P. RAVIER, *La recherche de la vérité judiciaire et l'audition interrogatoire du suspect*, thèse, Paris, 1978, p. 111.

⁹⁰ Voir Crim. 9 mai 1978, *Bull.* n° 144.

⁹¹ Article 136a alinéa 3 du CPP allemand.

⁹² L'article 76 PACE Act 1984 édicte une présomption d'irrégularité défavorable aux agents qui maîtrisent le moyen probatoire. Pour la traduction des articles 76 et 78 PACE, voir *Le droit au silence et la détention provisoire*, Actes de la journée d'études du 18 sept. 1996, coll. Droit et justice, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1997 Annexe, p. 101. Aux Etats-Unis, la règle d'exclusion ne concerne que les irrégularités commises intentionnellement. Cette solution prend en compte le dessein de l'agent, mais diffère de celle anciennement adoptée par les juridictions françaises : la preuve de la bonne foi incombe au policier, dès lors que l'accusé allègue une irrégularité. Voir P. BELIVEAU, *Les garanties juridiques dans les chartes des droits*, *op. cit.*, p. 240 et s.

libertés⁹³. Cette solution est retenue aussi par le code de procédure pénale sénégalais⁹⁴. Mais la comparaison entre les deux systèmes légaux (systèmes français et canadien) demeure purement apparente : la règle des confessions subordonne l'admission des déclarations de l'accusé à la preuve de son caractère libre et volontaire⁹⁵. Cette exigence permet d'établir une présomption d'irrégularité, dès lors qu'elle apparaît vraisemblable. Par ailleurs, l'article 245-4 (4) du code criminel impose l'exclusion automatique de l'aveu obtenu à la suite d'un traitement inhumain ou dégradant⁹⁶. La solution canadienne s'apparente à celle retenue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt Tomasi⁹⁷.

Elle semble inapplicable en France, dans la mesure où la loi édicte une présomption de régularité des procès verbaux de police, et confère au juge le pouvoir souverain d'apprécier les conditions de l'interrogatoire⁹⁸. En conséquence, alors même que le bon sens voudrait que la charge de la preuve du procédé probatoire incombe à celui qui maîtrise l'utilisation, le droit positif français exige de l'accusé qu'il rapporte, préalablement à celle du grief, la preuve de l'irrégularité dont il se prétend victime. En définitive, les pays de *Common Law* s'attachent aux effets irréguliers sur la bonne image de la justice, alors que les droits continentaux⁹⁹ dont s'inspire le droit

⁹³ Article 24 CCDL.

⁹⁴ A ce propos, l'article 166 alinéa 1^{er} du CPP sénégalais retient qu'il y a nullité en cas de violation des dispositions substantielles et notamment en cas de violation des droits de la défense.

⁹⁵ P. BELIVEAU, « Le contrôle pénal de la police », in *Droits de l'individu et police*, Actes du colloque conjoint des facultés de droit de l'Université de Montréal et de l'Université de Poitiers, Paris 1990, p. 133

⁹⁶ De même, les interceptions téléphoniques illégales sont également écartées de plein droit (article 178-16 du C. crim).

⁹⁷ CEDH 27 août 1992 (Tomasi C/ France), *Revue de Dr. Pénal* 1992 comm. 301 obs. A. MARON, *RSC* 1993, p. 143.

⁹⁸ Voir Bernard BOULOC, *Rép. Pénal*, v. aveu.

⁹⁹ Voir pour l'Allemagne, en dehors du cas de l'article 136a alinéa 3 du CPP, P. HUNERFIELD, « Rapport allemand », in *La preuve en procédure pénale comparée*, *op. cit.*, p. 77.

Les nullités de l'enquête et de l'instruction

sénégalais, s'intéressent aux effets de la méconnaissance des dispositions légales sur la personne concernée. L'exigence du grief présente parfois le mérite de sauver des procédures qui ne méritent pas d'être annulées¹⁰⁰. En effet, il peut arriver que la violation de certains droits n'ait aucune incidence sur leur exercice. Car, le fait de ne pas accomplir certaines formalités n'est pas toujours constitutif d'une atteinte aux intérêts des parties qu'elles protègent.

Cependant, il apparaît nécessaire de convenir, à peine d'illogisme, que la violation de règles édictées dans l'intérêt d'un individu porte indubitablement atteinte à ses intérêts. Considérer le contraire revient à nier la finalité des formalités substantielles d'ordre privé, la protection des parties contre l'arbitraire du juge et l'authenticité des éléments probatoires recueillis¹⁰¹. La nullité ne doit pas être considérée comme une faveur accordée à une partie, mais comme une garantie du bon fonctionnement de la justice : le respect des règles de forme assure en premier lieu la légitime application des règles de fond, notamment de la peine. En d'autres termes, la sanction d'une irrégularité procédurale participe de l'intérêt général. La loi le reconnaît expressément : garant de cet intérêt, le procureur est admis à agir¹⁰², alors même que la victime de l'irrégularité reste inactive.

*

* *

A l'issue de cette étude, force est de constater que, soucieux de ne pas adopter un système trop rigide, le législateur sénégalais, comme du reste son homologue français, abandonne le sort des nullités entre les mains du juge. Il limite ainsi triplement le prononcé des nullités. En premier lieu, il omet (par inadvertance ou volontairement) de définir la notion de formalité substantielle, seule susceptible d'être

¹⁰⁰ J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.* n° 738.

¹⁰¹ W. JEANDIDIER, « Les cas de nullité de l'instruction préparatoire au regard des droits de l'homme : cinq ans de jurisprudence de la chambre criminelle », art. précité, p. 95.

¹⁰² Article 170 du CPP.

sanctionnée. En second lieu, il permet l'élargissement du champ d'application de l'article 166 du code de procédure pénale sénégalais en confiant aux tribunaux le soin d'apprécier le caractère d'ordre public des formalités qu'il édicte. En dernier lieu, il soumet la nullité d'intérêt privé à l'exigence d'un grief ou d'une atteinte caractérisée aux droits de la défense, que le juge a du reste toute latitude pour l'interpréter restrictivement.

En définitive, le principe de la légalité n'est respecté qu'en apparence, les règles légales demeurant peu claires, précises et accessibles. Les prérogatives qui lui sont accordées par la loi favorisent les réticences du juge à l'encontre des nullités, et renforcent ses pouvoirs au point qu'un auteur considère que l'arbitraire règne sur la théorie des nullités¹⁰³. L'admission de la preuve semble souvent s'écarter du principe de la légalité. Cette situation est fondée sur un postulat dangereux : le principe de la liberté de la preuve justifierait la recevabilité des éléments irréguliers, puisque, en vertu de son intime conviction, le juge dispose de la faculté de les écarter.

Or, la libre fixation de la valeur probante n'est légitime que si elle repose sur des charges régulières, tant le pouvoir discrétionnaire dans l'admission des charges est susceptible de fausser l'établissement de la vérité. La relation de cause à effet entre la méconnaissance des règles légales et la décision au fond est donc occultée. Cette situation a pour conséquence de laisser au juge la liberté d'admettre, d'une part des éléments probatoires obtenus de façon illégale ou déloyale, d'autre part, des procédures conduites en violation de la loi. Dans la mesure où le juge sénégalais limite considérablement le prononcé des nullités, il est à craindre que l'inobservation des règles procédurales ne se banalise.

La minimisation de l'influence de la forme sur l'admission de la preuve risque de vider de leur sens les droits processuels accordés à l'accusé ou à l'inculpé. En tout état de cause, elle constitue incontestablement une atteinte au principe de la légalité. Cependant,

¹⁰³ G. DI MARINO, *Les nullités de l'instruction préparatoire*, thèse précitée, p. 36.

Les nullités de l'enquête et de l'instruction

force est de reconnaître que lorsqu'un cas de flagrant délit est avéré, le juge devrait pouvoir joindre toutes les exceptions de nullités au fond de l'affaire afin de pouvoir sanctionner l'auteur d'un crime qui, manifestement a commis un acte odieux qui mérite punition quoi qu'en disent les défenseurs des droits de l'homme. En tout état de cause, une réforme de l'article 166 du code de procédure pénale nous paraît nécessaire¹⁰⁴ : à l'heure où le juge pénal français se fonde de façon critiquable sur le principe de la légalité pour refuser à l'enfant conçu la protection de la loi pénale de fond¹⁰⁵, il n'est pas inutile de rappeler que, « ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté »¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Dès lors qu'une liste des formalités d'ordre public serait imposée au juge, l'article 166 du code de procédure pénale pourrait être rédigé comme suit : « En cas de violation d'une disposition du code de procédure pénale, ou d'un principe générale du droit pénal, la nullité est prononcée de plein droit si elle se rapporte à la méconnaissance d'une formalité d'ordre public, et reste subordonnée à une atteinte effective et potentielle à l'équité du procès dans les autres cas. Les présentes dispositions sont applicables aux nullités prononcées par les juridictions d'instruction ou de jugement, et ne concernent que les violations de droits n'ayant aucune incidence sur leur exercice ».

¹⁰⁵ Ass. plén. 29 juin 2001, *Dr. Pénal* 2001, comm ; *JCP* 2001-II-10569.

¹⁰⁶ R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain*, traduit par O. DE MEULENAERE, t. III, 3^e éd., Maresq, Paris, 1987, p. 164.