

LA LUSTRATION

Madame EMMANUEL née ADOUKI Delphine Édith
Maître de conférences Agrégée
Coordonnatrice du Laboratoire de Droit et de Science Politique (LADSP)
Université Marien NGOUABI
CONGO

Oublier ou punir ? Tel est le dilemme auquel se trouvent confrontées les autorités de transition¹ qui recourent à la lustration², « la quarantaine postnatale »³ qui frappe les anciens dirigeants et dont la multiplication caractérise le constitutionnalisme africain ainsi que les Pays d'Europe Centrale et Orientale (PECO)⁴. La présente réflexion se propose d'examiner les leçons que l'on peut tirer du recours de plus en plus fréquent à la lustration⁵ dans le constitutionnalisme contemporain. *A priori*, cette situation ne devrait guère être préoccupante, tant il est vrai que « Malgré le suffrage universel, il y a quantité d'individus qui ne sont pas électeurs »⁶ et qui ne peuvent jouir de leurs droits politiques. La lustration établit, donc, des limites non naturelles à la jouissance de ces droits, en réaction aux comportements, anciens ou présents, de certaines personnalités qui se trouvent ainsi exclues du droit de vote voire de certaines fonctions. Elle présente aussi l'inconvénient majeur de relativiser la neutralité de l'administration⁷, contribuant ainsi à sa politisation⁸. Il convient, cependant, au préalable, de la définir afin de répondre à la problématique posée.

La lustration, dénommée *vetting* par les anglophones, est un concept dérivé du latin⁹ *lustratio* qui renvoie à une cérémonie sacrificielle antique de purification¹⁰, pratiquée au moyen d'eau lustrale, de feu, de sang ou d'une procession¹¹. Plus récemment, le *spoils system*, particulièrement aux États-Unis, conduit, en cas d'alternance, à la mise à l'écart des personnalités relevant de l'ancienne administration¹².

¹ K. Nonou Ahadzi, *Les défis du gouvernement démocratique en Afrique subsaharienne depuis 1990*, Dakar, L'Harmattan, 2020, 308 p.

² K. Bartosek, « Le dilemme de l'épuration à la sortie du régime autoritaire », *Entretien de la Nouvelle Alternative avec Henry Roussio*, *La Nouvelle alternative*, n° 1, mars 1991, p. 7 et suiv.

³ J. Malinovski, « Les lois de lustration en Europe Centrale et Orientale : une mission impossible », *Revue Québécoise de droit international*, (2000) 13, p. 130.

⁴ En Russie, l'absence de lustration est à l'origine d'un conflit entre le Président de la République Boris Eltsine et le Soviet Suprême arbitré par la Cour constitutionnelle. En réaction, le Président de la République décide de la suspension du Soviet Suprême et de la Cour constitutionnelle. Voir, M. E. Baudoin, « La Cour constitutionnelle de la fédération de Russie vue par un juriste français », CCC, n° 28 (Dossier Russie)-juillet 2010, in conseil-constitutionnel.fr, consulté le 29 août 2020.

⁵ B. Gueye, « La démocratie en Afrique : succès et résistance », *Pouvoirs*, n° 129, avril 2009, pp. 5-26.

⁶ M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 567.

⁷ N. Suleiman Ezra, *Les hauts fonctionnaires et la politique*, Paris, Editions du Seuil, 1976, 239 p.

⁸ La politisation de l'administration, *Pyramides*, n° 3, printemps 2001,

⁹ Voir, V. Ulla, « La lustration dans les États post communistes européens », thèse de doctorat de l'Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, 27 mai 2013, p. 14, § 8.

¹⁰ M. Meité, « Jus post revolution : quelle place pour les droits de l'homme ? », *La Revue des droits de l'homme*, 6, 2014, disponible sur <https://doi.org/10.4000/revah.933>, consulté le 10 mars 2021.

¹¹ M.E. Baudoin, « Le droit à l'oubli et la gestion du passé : le phénomène de la lustration en Europe de l'Est », *La Revue du Centre Michel de l'Hospital* (édition électronique), 2016, n° 8, p. 38, consulté le 29 août 2021.

¹² Voir, pour la France, L. Rouban, « La politisation de l'administration en France ou la privatisation de l'État », in TELESCOPE, *Les nouvelles conditions d'exercice du pouvoir au sommet des administrations publiques*, vol. 15, hiver 2009, p. 52-64.

En définitive, marquée du sceau de la diversité, la lustration peut se définir de façon restreinte ou large. De façon restrictive, elle est synonyme de décommunisation, c'est-à-dire d'exclusion des personnalités ayant assumé des responsabilités au sein des partis communistes en Europe Orientale. Elle signifie que « pour pouvoir exercer les fonctions précédemment définies, les citoyens ne doivent pas avoir été, au cours de la période définie par la loi, ni membre de services de sécurité d'État, ni avoir collaboré avec ces services, ni avoir exercé des fonctions officielles au sein du parti communiste »¹³. Alors que de façon extensive, la lustration consiste en un ensemble de « procédures visant à sélectionner des personnes qui se portent candidates à des postes publics en raison de leur implication dans le régime précédent »¹⁴. La lustration observée dans certains États africains¹⁵, à l'instar du Burkina Faso, de la Guinée, de la Madagascar, du Mali, de la République centrafricaine (RCA) ou de la Tunisie, s'inscrivent dans cette seconde approche. En effet, dans ces États, engagés dans le nouveau constitutionnalisme¹⁶, la volonté de rupture justifie pleinement le recours à la lustration, moyen approprié de protection de l'ordre constitutionnel de transition ainsi que du futur ordre constitutionnel. Celle-ci vise donc les anciens responsables politiques, administratifs et sécuritaires soumis à « la vérification des antécédents »¹⁷, et, exceptionnellement, certaines personnalités relevant du secteur privé. Elle les sanctionne, du fait des « liens trop intimes »¹⁸ entretenus avec le régime déchu. Cette exclusion du champ politique poursuit donc un double objectif. Le premier, assumé, est tourné vers la défense d'une démocratie fragile et la préoccupation d'exclure toute possibilité de reflux démocratique¹⁹. Le deuxième objectif, non assumé, est de punir tous ceux qui ont participé, à un niveau de responsabilité quelconque, à l'ancien régime. De ce point de vue, la lustration peut être considérée comme l'expression de la vengeance des vainqueurs.

Bien que justifiée par les circonstances, la lustration apparaît comme une institution clivante pour trois raisons principales. La première raison est liée à l'atteinte qu'elle porte à la liberté des hommes de pouvoir exercer, selon Benjamin Constant, toutes les professions et de pourvoir aux besoins de la société. Elle a, donc, en général, pour effet d'altérer la jouissance effective des droits de l'homme et, de façon spécifique, la liberté et l'égalité des citoyens. Dans ce sens, la Cour de Justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest²⁰ affirme que la lustration est constitutive d'une violation du droit à la libre participation des citoyens aux élections et à la gestion des affaires publiques. Elle constitue l'expression d'un retour offensif qui affecte les droits politiques des citoyens, en général et, le droit à la candidature, en particulier.

Le droit à la candidature est généralement saisi sous le prisme étroit de l'éligibilité. Il y a plutôt lieu de le distinguer comme un acte-condition qui participe à la matérialisation du droit de suffrage ; celui-ci comprenant le droit à la candidature, le droit de vote et le droit d'être élu.

¹³ J.-P. Massias (dir.), *Droit Constitutionnel des États d'Europe de l'Est*, Paris, Puf, 1999, p. 53.

¹⁴ L.N. Letki, « Lustration and Democratisation in East-Central Europe », *eur Asia Stud.*, vol. n° 54, 2002, cité par M. Ulla, *op. cit.*, p. 18, § 25.

¹⁵ L'Algérie y recourt en 1999 et en 2005, l'Ouganda, en 1980, le Ghana, en 1980, la République centrafricaine en 1994, le Burkina Faso en 2015 et le Tchad en 2005.

¹⁶ Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, *Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Economica, 2001, 476 p.

¹⁷ J. Malinowski, « Les lois de lustration en Europe Centrale et Orientale : une mission impossible », *op. cit.*, p. 189.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ R. Dossou, « Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain », in *Revue du Conseil Constitutionnel*, n° 4, 2014, p. 327-353, K. Dosso, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC* 2012/2 (n° 90), p. 57-85.

²⁰ Cour de Justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CJCEdeao), Affaire n° ECW/CCJ/APP/19/15, Jugement n° ECW/CCJ/JUG/16/15 13 juillet 2015, *Congrès pour la Démocratie et le Progrès (CDP) et autres requérants c. l'État du Burkina*.

Ainsi, désireuses de protéger la démocratie naissante, les autorités de transition adoptent-elles divers instruments juridiques qui fixent les conditions d'éligibilité, excluent du vote et, de certaines fonctions publiques et privées, des personnalités ayant exercé des responsabilités sous le régime déchu. Cette décision d'exclusion, selon la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples²¹ ne constitue pas, *a priori*, une violation des normes relatives aux droits de l'homme. Car, elle peut être justifiée par la volonté d'« écarter de l'exercice du pouvoir les personnes dont on ne peut être certain qu'elles exercent leurs fonctions conformément aux principes démocratiques, car elles n'ont montré aucun engagement ou attachement envers ces principes par le passé et n'ont aucun intérêt ou aucune raison de se rallier maintenant à ces principes »²². Toutefois, les normes adoptées pour justifier cette épuration doivent reposer sur des critères raisonnables, objectifs et justifiables.

Mais, la tentation de punir les anciens responsables paraît, très souvent, forte. Et, elle conduit notamment, à l'adoption de textes ayant vocation à organiser la revanche contre le passé mais aussi à neutraliser des adversaires politiques²³. Il s'avère donc impérieux que les textes qui organisent la lustration puissent protéger l'ordre constitutionnel, sans pour autant méconnaître le droit des personnes présumées coupables à un procès équitable. Il s'agit principalement des textes nationaux et internationaux qui organisent l'inéligibilité temporaire et absolue de certains candidats. L'inéligibilité est, d'abord, temporaire car elle ne concerne pas toutes les élections à venir. Elle est limitée aux élections organisées à la fin de la transition et qui conditionnent le retour à la normalité, la transition étant un régime d'exception, par nature provisoire. Ce qui signifie qu'une fois les premières élections post-transition organisées, les personnalités politiques concernées peuvent de nouveau être candidates. Ensuite, durant le laps de temps dans lequel elle intervient, la lustration présente un caractère absolu garanti, parfois, par une clause d'éternité qui interdit toute modification des dispositions y relatives de l'acte constitutionnel de transition. C'est ainsi que, à titre d'illustration, l'article 4 de la Charte de la transition du Burkina Faso énonce : « Le Président de la transition n'est pas éligible aux élections présidentielles et législatives qui seront organisées pour mettre fin à la lustration. La présente disposition n'est pas susceptible de révision. » Et l'article 9 de la Charte de la transition du Mali affirme : « Le Président et le Vice-Président de la transition ne sont pas éligibles aux élections présidentielles et législatives qui seront organisées pour marquer la fin de la transition. La présente disposition n'est pas susceptible de révision ».

Le second motif de divergence réside dans le réflexe souverainiste des juridictions constitutionnelles des États africains qui, à la différence des juridictions des PECO et des Cours régionales africaine ou européenne, valident quasi systématiquement les décisions de lustration. Il en résulte, parfois, des divergences d'interprétation entre les juridictions nationales et internationales²⁴, formellement réglées au moyen de la primauté du droit international, couplée avec l'internationalisation du droit constitutionnel. À propos, la Cour de justice de la Cedeao déclare que « le principe de l'autonomie constitutionnelle et politique des États implique sans contexte que ceux-ci aient la latitude de déterminer le régime et les institutions politiques de

²¹ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Mouvement ivoirien des droits de l'homme MIDH) c. Côte d'Ivoire*, 29 juillet 2008, 246, § 83.

²² Assemblée Parlementaire, Résolution 1096 (1996) Mesures de démantèlement de l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes, § 11.

²³ M.E. Baudoin, « Le droit à l'oubli et la gestion du passé : le phénomène de la lustration en Europe de l'Est », *op.cit.*, p. 37-47.

²⁴ B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, 1824 p.

leur choix, et d'adopter les lois qu'ils veulent, cette liberté doit être exercée en conformité avec les engagements que ces États ont souscrits en la matière »²⁵.

La troisième source de contradictions résulte du conflit qui existe entre le droit à la vérité, nécessaire à la transformation politique et, le droit à l'oubli²⁶, indispensable à la transition sociétale, afin que, ainsi que le rappelle Paul Ricœur, la société ne soit pas indéfiniment en colère avec elle-même²⁷. En effet, l'absence de pardon fragilise les processus de transition marqués par des antagonismes politiques, expressions de la rancœur qui caractérise le corps social. Il en résulte, en conséquence, l'interdiction de toute lustration perpétuelle, ainsi que l'affirme la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence constante²⁸.

Procédant à l'épuration de l'ordre constitutionnel, la lustration peut être conduite selon des modalités variables. Elle peut être *hard*, c'est-à-dire dure, ainsi que cela a été observé en Albanie, en Tchécoslovaquie, en République centrafricaine (RCA) ou au Burkina Faso. Elle peut aussi être *soft*, c'est-à-dire douce, comme ce fut le cas en Bulgarie ou en Hongrie où, seule l'élection permet de sanctionner les anciens responsables, autorisés à se présenter aux élections.

En définitive, les processus de transition menés dans les États est-européens et africains, à partir des années quatre-vingt-dix, sont incontestablement marqués, selon des proportions variables, par le recours à la lustration. Cette prévalence explique l'intérêt théorique de la présente étude qui porte sur une thématique qui a suscité chez la doctrine un intérêt relatif. Par ailleurs, l'étude sur cette question d'actualité est une contribution à la théorie du droit et particulièrement, à la question des rapports de systèmes. Respectueuse du monisme avec primauté du droit international, elle révèle la limitation de la compétence nationale de l'État en matière de droit électoral, considéré initialement comme relevant de sa compétence discrétionnaire. La présente réflexion se propose donc de tirer les leçons de cette pratique innommée, de la systématiser et de la conceptualiser afin de contribuer à la théorie du droit constitutionnel, en général et de la démocratie, spécifiquement. Elle sera menée grâce à une méthodologie particulière alliant la méthode juridique²⁹, la casuistique, la méthode comparative et l'exégèse. La casuistique permet d'identifier les États africains et les PECO qui recourent à la lustration. Tandis que la méthode comparative sera fort utile pour relever les éléments de convergence ainsi que la singularité des régimes de lustration organisés dans ces différents États. Enfin, la référence aux textes pertinents explique indéniablement le recours à l'exégèse.

L'observation de cette méthodologie fournit les éléments de réponse à la problématique posée. En effet, institution s'impose comme une institution consubstantielle aux processus de transition politique justifiée par la nécessité de protéger l'ordre constitutionnel de toute restauration(I). Toutefois, cet avantage ne peut suffire à occulter les inconvénients qu'elle comporte. Parmi ceux-ci figurent notamment les atteintes aux droits des individus visés par les

²⁵ Paragraphe 31 de l'arrêt de la CJCE de 13 juillet 2015, Congrès pour la Démocratie et le Progrès (CDP) et autres requérants.

²⁶ Le droit à l'oubli est une expression utilisée pour la première fois par le Professeur Gérard Lyon Caen dans une note sous le jugement du TGI Seine du 14 octobre 1965, Mme S C. Soc Rome Paris Film, JCP, 1966, I, 14482, p. 8. Dans cette affaire, l'ancienne compagne du meurtrier Landru demande réparation du préjudice causé par la sortie d'un film dans lequel elle est mentionnée. Voir le A-B Caire, « Propos introductifs », in *La Revue Le droit à l'oubli*, *op. cit.*, p. 8.

²⁷ Voir, P. Ricœur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, cité M.E. Baudoin, « Le droit à l'oubli et la gestion du passé : le phénomène de la lustration en Europe de l'Est », *op. cit.*, p. 42.

²⁸ Voir, CEDH, Affaire Paksas C. Lituanie du 6 janvier 2011.

²⁹ F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP* 1981, p. 276.

décisions de lustration. Par conséquent, la lustration doit être impérativement bornée, sous peine d'être attentatoire à l'Etat de droit (II).

I - La protection affirmée de l'ordre constitutionnel

Les périodes de transition politique³⁰ sont des moments singuliers de l'histoire chaotique³¹ des États africains. Elles se caractérisent, en effet, par la déconstruction de l'ordre constitutionnel existant, situation qui génère une situation de fait à laquelle succède, à plus ou moins brève échéance, un ordre constitutionnel transitoire, expression du constitutionnalisme de crise³². Durant ces périodes, l'on observe, généralement, la défiance à l'endroit de l'ancien personnel politique, soupçonné de vouloir restaurer le régime déchu. Ce qui explique le réflexe atavique de les écarter du pouvoir, au nom de la protection de l'ordre constitutionnel. Cette exclusion qui est juridiquement organisée (A) s'opère selon des modalités particulières (B).

A – Le fondement de la protection

La lustration exprime la volonté de purifier et de protéger l'ordre juridique de transition. Elle se fonde sur une pluralité de textes dont la légitimité s'avère discutable.

En premier lieu, les décisions de lustration sont adoptées par les autorités de fait sur le fondement de textes nationaux et internationaux de nature juridique variable. L'on distingue, en effet, les *hard sources* des *soft sources* qui participent à la mutation des sources du droit constitutionnel³³.

D'une part, la lustration repose sur plusieurs *hard sources*, c'est-à-dire de textes juridiquement contraignants. Il s'agit notamment des textes de nature constitutionnelle ou législative, des accords politiques de sortie de crise et des actes concertés. Premièrement, c'est sur le fondement des Chartes de transition³⁴, adoptées dans certains États, que sont prises les décisions de lustration. C'est ainsi qu'en RCA, c'est l'article 106 de la Charte constitutionnelle de la Transition de la République centrafricaine du 18 juillet 2013 qui l'organise tandis qu'au Burkina Faso, ce sont les articles 4, 13 et 16 de la Charte de Transition du 13 novembre 2014 qui l'instituent. Dans la même veine, au Mali, ce sont les articles 9 et 12 alinéa 2 de la Charte de la Transition du 12 septembre 2020 qui la prévoient. Deuxièmement, la lustration est établie par des textes législatifs qui organisent la mise à l'écart des personnels administratif, technique

³⁰ R. Rambaud, *Droit des élections et des référendums politiques*, Paris, LGDJ, 2019, 744 p., J.P. Daloz, P. Quantin (dir.), *Transitions démocratiques africaines. Dynamiques et contraintes (1990-1994)*, Paris, Karthala, 2000, 313 p, B. Kanté, « Le constitutionnalisme à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », in C. Zoethout (dir.), *Constitutionalism in Africa*, Ed. Sander Institut, 1996, p. 17-32, A. Loada, J. Wheatley, *Transitions démocratiques en Afrique de l'Ouest : Processus constitutionnels, Société civile et institutions démocratiques*, Paris, L'Harmattan, 2014, 284 p.

³¹ D.F. Meledje, « Faire, défaire et refaire la Constitution en Côte d'Ivoire : un exemple d'instabilité chronique », *Draft paper presented at African Network of Constitutional Law Conference on Footering Constitutionalism in Africa*, Nairobi, April 2007.

³² F.J. Aivo, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, 2012, n° 1, p. 141-170, F. Hourquebie, « Le constitutionnalisme, les crises et la démocratie (dis)Continue. Quelques observations empruntées à l'espace africain francophone », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau : Constitution, Justice, Démocratie*, Paris, LGDJ, 2020, 1120 p.

³³ E. Zoller, « La mutation des sources du droit constitutionnel » (2012). *Articles by Maurer Faculty.835* <https://repository.law.india;ed/falpub/835>, p. 33-46, consulté le 10 janvier 2021.

³⁴ Ch. Tuekam Tatchum, « Les Chartes de transition dans l'ordre constitutionnel des États d'Afrique noire francophone : étude à partir des exemples du Burkina Faso et de la République centrafricaine », Publication, *Revue CAMES/SJP*, n° 001/2016, p. 25-50.

ou spécialisé relevant de divers secteurs déterminés de la société. Cette législation éclatée caractérise généralement les PECO, à la différence des États d'Afrique francophone. Cependant, certains États africains, à l'instar de la Tunisie et du Burkina Faso, ne manquent pas de recourir à la loi. Dans le premier État, c'est l'article 15 du décret-loi n° 2011-35 du mai 2011 relatif à l'élection d'une assemblée nationale constituante qui l'établit. Et, dans le second, l'article 135 de la loi électorale n° 005-2015/CNT portant modification de la loi n° 014-2001/AN du 3 juillet 2001 du 7 avril 2015 l'énonce. Troisièmement, les accords politiques de sortie de crise comportent aussi, parfois, des dispositions qui instituent la lustration. Ces paraconstitutions³⁵ sont élaborées en fonction des circonstances et des rapports de force. Celles-ci sont parfois complémentaires à la Constitution de transition ainsi que cela est observé à Madagascar. Effectivement, dans cet État, la Charte de Transition du 9 août 2009 ne comporte pas de disposition relative à la lustration. C'est l'accord politique de Maputo du 9 août 2009³⁶ qui, en son article 5, dispose : « Les membres du Gouvernement de Transition s'engagent à ne pas se présenter à l'élection présidentielle organisée par la Transition ». Quatrièmement, les actes concertés des organisations internationales ne manquent pas d'organiser la lustration de certains personnels. Cette situation est notamment observée en République centrafricaine (RCA) où, la Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale (CEEAC) décide, au paragraphe 5 de la Déclaration de N'Djamena du 18 avril 2013, de la lustration de certains responsables de la transition. Cette option est, par la suite, entérinée et élargie à d'autres personnalités par la Charte constitutionnelle de la Transition.

D'autre part, à la différence des *hard sources*, de caractère contraignant, les *soft sources* se singularisent par leur caractère non obligatoire, ce qui ne les empêche pas, cependant, de produire certains effets. Parmi la variété de sources, l'on peut mentionner les recommandations des organisations internationales et les exhortations de l'Église catholique.

Primo, les organisations internationales peuvent insérer dans leurs résolutions, invitations à agir dans un sens déterminé³⁷, des dispositions relatives à la lustration. C'est notamment le cas pour l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui recommande, dans la résolution 1096 (1996) du 27 juin 1996, aux États membres d'adopter des mesures de démantèlement de l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes. Selon cette institution, la décommunisation doit s'accompagner de la libéralisation des régimes politiques de ces États et de la lustration des « personnes dont on ne peut être certain qu'elles exercent leurs fonctions conformément aux principes démocratiques car elles n'ont montré aucun engagement ou attachement envers ces principes par le passé et n'ont aucun intérêt ou aucune raison de se rallier maintenant à ces principes³⁸ ». Elle précise, cependant, que la lustration doit se faire dans le respect de l'état de droit.

Secundo, dans certains États l'on observe les incursions de l'Église dans l'exercice du pouvoir temporel. Si l'on se réfère à l'histoire, cette situation n'est pas nouvelle. En effet, dès

³⁵ L. Sindjoun, « Les pratiques sociales dans les régimes politiques africains en voie de démocratisation : hypothèses théoriques et empiriques sur la para-constitution », *Revue Canadienne de Science Politique*, volume 4, 21 juin 2007, p. 465-485.

³⁶ Cet Accord politique est conclu par les 4 chefs de file des mouvances : Rajoelina Andry, Ratsiraka Didier, Ravalomanana Marc et Zafy Albert, en présence des représentants de l'Union africaine, de la SADC, de l'Organisation internationale de la francophonie (OIF) et des Nations unies.

Ce premier accord est suivi par l'acte additionnel d'Addis-Abeba à la Charte de la Transition Malgache du 9 novembre 2009 dont l'article 7 « dans un souci de neutralité des prochaines élections », réaffirme l'engagement pris de respecter l'article 5 de l'Accord politique de Maputo.

³⁷ Voir, M. Virally, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *AFDI*, 1956, p. 66.

³⁸ Résolution 1096 (1996) § 11, *Mesures de démantèlement de l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes*, voir le Rapport Severin du 3 juin 1996, Doc. 7568,

les premières heures de l'indépendance, la République centrafricaine et la République du Congo sont dirigées par des hommes d'Église qui accèdent aux plus hautes fonctions. Et plus récemment, les conférences nationales sont présidées, notamment au Bénin et, au Congo, par des Prélats. Aussi, en dépit de la laïcité proclamée par les constitutions respectives de ces États³⁹ et, du principe de la séparation de l'Église et de l'État, la proximité de l'Église et du politique constitue une réalité tangible. C'est ainsi qu'au quotidien, à la faveur des grands enjeux politiques, économiques et sociaux, l'Église n'hésite pas à jouer sa partition. Et dans ce rôle tout à fait hétérodoxe, elle se prononce, parfois, sur la lustration des personnels politiques. C'est ainsi que, le 1^{er} mars 2021, la Conférence épiscopale nationale du Congo (Cenco) se prononce sur la situation politique en République démocratique du Congo (RDC, en général et, de façon spécifique, sur la composition du futur gouvernement. Elle déclare, en effet, que « seuls les hommes et les femmes qui ont fait preuve d'une bonne éthique dans le passé et qui ont une expérience dans le domaine requis, soucieux du bien-être de la population, méritent d'être cooptés pour gérer les institutions de l'État et les Entreprises publiques ». Ils identifient, en conséquence, trois critères de sélection du personnel politique. Il s'agit, d'abord, du comportement passé, apprécié au moyen de la « bonne éthique », ensuite, de la compétence et, enfin, de la volonté de participer à l'intérêt général. Ces trois critères de vérification des antécédents justifient l'identification des futurs responsables de l'État et des Entreprises publiques. Et, les évêques n'hésitent pas à se parer d'une certaine légitimité dans la mesure où ils affirment se prononcer pour le compte du peuple, dont ils deviennent le porte-parole. C'est ainsi qu'ils soutiennent que le peuple sera frustré de voir revenir au pouvoir ceux qui ont participé au pillage, à l'insécurité, à la violation des droits humains. Cette prise de position est vivement critiquée par la Présidence de la République qui déplore l'engagement excessif qui les place loin de leur sacerdoce et des lieux de culte.

Bien qu'elle soit habituellement prévue par un texte, la lustration, peut aussi être imposée par les circonstances. En effet, la tentation est grande, à la faveur des processus de réconciliation nationale, de mettre en place des gouvernements d'union nationale antinomiques à la lustration. Toutefois, ces formations gouvernementales sont, en fonction du contexte, acceptées, contestées ou sanctionnées par la rue qui ne manque pas de les défaire⁴⁰. Il en résulte, par conséquent, la lustration *de facto* des anciens dirigeants. Une telle situation a été particulièrement observée en Tunisie où, la présence d'anciens responsables politiques dans le gouvernement de transition provoque, à partir du 20 février 2011, un mouvement de contestation, *La Kasbah II*, qui conduit à l'occupation du siège du gouvernement ainsi qu'à la démission du gouvernement⁴¹.

En définitive, sous réserve de la lustration *de facto*, la lustration est une institution dont la légalité est indéniable. Toutefois, cette justification n'occulte pas les querelles de légitimité que suscite cette décision prise par les vainqueurs.

En second lieu, la lustration constitue une décision dont la légitimité est discutable. Effectivement, le renversement de l'ordre constitutionnel résulte de l'action d'individus qui s'opposent à la légalité⁴² existante et qui n'ont, au départ, aucune légitimité. Ils deviennent, selon le Professeur Francis Wodié, des acteurs du renouvellement du droit en vigueur, un droit

³⁹ G. Bucumi, « La religion dans les constitutions africaines : l'Afrique francophone entre l'héritage laïque et traditions religieuses », *Revista telematica*, (<https://www.statoechiese.it>), fascicolo, N° 11 del 2020, 17 p, consulté le 20 mai 2021.

⁴⁰ D. Tarlakowsky, « Quand la rue fait l'histoire », *Pouvoirs* n° 116, La rue, janvier 2006, p. 19-29.

⁴¹ R. Ben Achour et S. Ben Achour, « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *RFDC* 2012/4, n° 92, p. 715-732.

⁴² Sur la légalité, voir Y. Gaudemet, « Légalité (Principe de) », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Paris, Puf, 2003, p. 917-918.

récusé et disqualifié⁴³ C'est à ce titre que cette minorité, bien que non représentative du peuple, produit activement un droit constitutionnel de crise, au moyen d'un processus normatif hétérodoxe qui participe à la construction d'une légalité d'exception. Résultat d'une novation rapide, celle-ci valide *ex post* l'ensemble du processus politique⁴⁴. À cette quête de légalité s'ajoute, de façon concomitante, celle de la légitimité, expression de la volonté de sortir de « la situation d'incertitude institutionnelle »⁴⁵. Ce but est atteint grâce à la fiction observée aux niveaux politique et juridique. Au niveau politique, dans le *continuum* immédiat de la rupture de l'ordre constitutionnel, est mis en place un organe, composé ou dirigé par des militaires⁴⁶, qui déclare, au nom du peuple, défendre la démocratie et poursuivre le développement économique de la nation. Cette légitimité politique est renforcée par une légitimité démocratique fictive découlant de l'adoption d'un acte à la dénomination variable, Charte de la Transition, Acte constitutionnel ou Charte constitutionnelle de transition, ayant pour objet l'organisation et le fonctionnement de la transition⁴⁷. Ces petites constitutions qui organisent l'ordre constitutionnel de transition, sont le fait, selon Gaston Jèze, d'une poignée d'hommes qui sont, juridiquement, des usurpateurs⁴⁸. Il s'agit en République centrafricaine (RCA), des Représentants des Forces Vives de la Nation réunis au sein du Conseil National de la Transition (CNT)⁴⁹, au Mali, des Forces Vives de la Nation représentées au sein du Comité National pour le Salut du Peuple (CNSP), du Mouvement du 5 juin – Rassemblement des Forces Patriotiques du Mali (M5-RPF), des Partis et Regroupements politiques, des organisations de la société civile et des Maliens établis à l'extérieur, des Mouvements signataires de l'accord pour la Paix et la Réconciliation au Mali, des Mouvements de l'inclusivité⁵⁰ et, au Burkina Faso, des représentants des partis politiques, des organisations de la société civile, des forces de défense et de sécurité, des autorités religieuses et coutumières⁵¹.

Toutefois, malgré le volontarisme affiché, ainsi que la fiction relative à la représentativité du peuple par ces institutions et ces entités hétéroclites, l'on ne peut s'empêcher de constater

⁴³ Voir, F.V. Wodié, « L'esprit et la lettre de l'Accord de Linas-Marcoussis. Leçon inaugurale », cité par Y.S. Lath, « La production constitutionnelle en période de crise », in *Mélanges dédiés au Doyen Francis V. Wodié, D.F. Meledje, M. Bleou et F. Komoin*, Faculté de droit de l'Université de Cocody-Abidjan, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2016, p. 340.

⁴⁴ F. Poirat, « Révolution », D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la Culture Juridique*, *op. cit.*, p. 1364.

⁴⁵ El Hadj Mbodj, « La constitution de transition et la résolution des conflits en Afrique », L'exemple de la République démocratique du Congo, *BDP*, 2010, p. 441 et suiv.

⁴⁶ Au Niger, il s'agit du Conseil Suprême pour la Restauration de la Démocratie (CSR), voir la Proclamation du Conseil Suprême pour la Restauration de la Démocratie (CSR) du 18 février 2010 et, au Mali, du Comité National pour le Salut du Peuple (CNSP), voir la déclaration du 19 août 2020 portant création du Comité National pour le Salut du Peuple. De façon générale, voir, M.L. Martin, « Constitutionnalisme et contrôle politique des militaires en Afrique francophone », *Res Militaris* ([http:// resmilitaris-net](http://resmilitaris-net)), vol. 5, n° 2, summer-automne/été-automne 2015, 26 p, consulté le 10 août 2021.

⁴⁷ Voir, O. Narey, « Les facteurs déterminants pour la réussite d'une transition démocratique », disponible sur wesafrika.hss.de, consulté le 29 août 2020, A. Soma, « Réflexions sur le changement insurrectionnel au Burkina Faso », *Revue CAMES/SJP*, n° 001/2015, 1^{er} semestre, p. 1-14, S.M. Ouedraogo et D. Ouedraogo, « Libres propos sur la transition politique au Burkina Faso : du contexte au texte de la Charte de la transition », disponible sur le site www.afrilex.u-bordeaux4.fr, consulté le 29 août 2020.

⁴⁸ Cité par D. Maslarski, « La conception de l'État de Gaston Jeze », *Just Politicum*, *revue de droit politique*, <http://politicum-com/article/La-conception-de-l'-État-de-Gaston-Jeze-147.html>, consulté le 29 août 2020 et voir G. Rossatanga Rignault, « We the People Propos incorrects sur un objet » scientifique non identifié : le peuple », in *Palabres Actualités*, *Revue de la Fondation Raponda-Walker pour la Science et la Culture*, n° 9 – 2020, p. 7.

⁴⁹ Voir le préambule de la loi n° 13-001 portant Charte Constitutionnelle de Transition du 18 juillet 2013 en République centrafricaine.

⁵⁰ Voir le préambule de la Charte de la Transition du Mali, in *Décret n° 2020-0072/PT-RM du 1^{er} octobre 2020 portant promulgation de la Charte de la Transition*.

⁵¹ Voir le préambule de la Charte de Transition du Burkina Faso du 13 novembre 2014.

l'absence du peuple⁵². Il est d'autant plus absent que, dans une situation d'internationalisation de la constitution, c'est la communauté internationale qui décide. C'est ainsi qu'en RCA, la Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale (CEEAC) impose, lors du Sommet extraordinaire de N'Djamena du 3 avril 2013, à Michel Djotodia la mise en place du Conseil National de Transition, représentant le peuple dans sa diversité. Et, lors du Sommet de N'Djamena du 18 avril 2013, elle prend note de la mise en place du Conseil National de Transition et de l'élection du Président de la République par cet organe.

Alors que force fait droit⁵³, il ressort que la légitimité n'est pas consubstantielle à la légalité et qu'elle lui est même parfois antinomique. Toutefois, bien que n'étant pas fondé sur la légalité, le pouvoir des autorités de fait découle d'un processus de légitimation qui exprime l'acceptation par le corps social de cette « prétendue légitimité »⁵⁴. Elle constitue, indéniablement, ainsi que l'affirme Habermas, « la réponse sociale aux exigences qui garantissent l'intégration sociale »⁵⁵.

La protection de l'ordre constitutionnel de transition, au moyen de la lustration, s'opère selon des modalités variables.

B – Les modalités de la protection

La protection de l'ordre constitutionnel de transition est assurée au moyen de mesures exécutées à court et à long terme.

A court terme, les mesures de lustration sont destinées à empêcher toute velléité de rétablissement du régime déchu⁵⁶ et à favoriser les conditions de réparation des préjudices subis par certains individus. Ainsi la lustration comble l'attente de : « tous ceux qui ont souffert individuellement du régime défunt et qui ont un besoin légitime non pas de vengeance mais de justice. Car, l'absence de jugements, l'idée que les coupables vont échapper à tout châtement leur est insupportable socialement »⁵⁷. Par conséquent, la lustration apparaît comme le moyen approprié de « punir les personnages importants de l'ancien régime par un moyen légal correct »⁵⁸. Elle comprend des mesures préventives mais, surtout punitives, destinées à défendre l'ordre constitutionnel. A cette fin, elle remplit quatre fonctions principales, à savoir la fonction de sécurité, la fonction de justice, la fonction de régulation et la fonction de régénération⁵⁹. La fonction de sécurité permet de protéger l'ordre constitutionnel de transition en excluant les partisans et les sympathisants de l'ancien régime. Tandis que la fonction de justice constitue une réponse apportée à la demande de réparation des citoyens. La fonction de régulation, par contre, permet de contenir les ardeurs, d'offrir un exutoire aux victimes et de canaliser leur volonté de vengeance. Enfin, la fonction de régénération morale et sociale contribue à créer les

⁵² Voir A. Garrigou, « Le peuple n'existe pas », *Les Blogs du Diplo*, 11 janvier 2019

⁵³ S. Goyard-Fabre, « Légitimité », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, op. cit., p. 929.

⁵⁴ A-J Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2018, p. 343-344.

⁵⁵ *Idem*, p. 344.

⁵⁶ En Allemagne, après l'effondrement du Reich, les individus ciblés sont tenus de répondre à 131 questions insérées dans la fiche *Fragebogen*, et qui sont destinées à établir leur implication dans la chaîne de responsabilités.

⁵⁷ K. Bartosek, « Les dilemmes de l'épuration à la sortie du régime autoritaire », *entretien de la Nouvelle Alternative avec Henry Rousso*, *La Nouvelle Alternative*, n° 21, mars 1991, p. 7.

⁵⁸ J. Kunc, « La loi sur l'épuration : triomphe ou tragédie ? *La Nouvelle Alternative*, n° 24, décembre 1991, p. 54.

⁵⁹ J. André, « La lustration en République tchèque, Hongrie et Albanie : de sa nécessaire émergence à son application souvent incertaine », op. cit., p. 164.

conditions de reconstruction de l'État. Ces mesures visent très souvent des cibles indéterminées et déterminées.

Parmi les cibles déterminées de la lustration, ostracisme des temps modernes, figurent des personnalités politiques, administratives et sécuritaires, les collaborateurs et diverses personnes relevant du secteur privé. Ainsi que cela est observé dans tous les États étudiés, toutes les personnes appartenant à l'ancienne majorité politique sont automatiquement écartées des responsabilités politiques, sous réserve des régimes de transition fondés sur la réconciliation nationale, qui intègrent les anciens dirigeants, après les avoir soumis à expiation, dans le cadre d'un processus de vérité-réconciliation⁶⁰.

Une telle exclusion vise, d'abord, l'exécutif, c'est-à-dire, le chef de l'exécutif, ainsi que les principaux responsables administratifs. Dans ces États, le Chef de l'État, dont la prééminence est avérée, est selon, le Professeur Conac, la « clé de voûte des institutions politiques »⁶¹. Architecte et maître d'œuvre, « il est au centre de tout. C'est lui qui bâtit la nation, dirige l'État et le personnalise à l'extérieur comme à l'intérieur »⁶². Représentatif du régime déchu et démis en dehors des procédures constitutionnelles, il ne saurait prétendre à aucun poste dans l'ordre constitutionnel de transition. La lustration exprime, dans ces conditions, le retrait de légalité et de légitimité qu'il subit ainsi que l'ensemble de ses collaborateurs. Cette volonté d'exclusion se traduit notamment, par la détermination des critères et des modalités de désignation du Président de la transition, appréciés par un collège de désignation, au Burkina Faso⁶³ et au Mali⁶⁴. Au Burkina Faso, l'article 3 de la Charte de la Transition énonce les conditions qui doivent être observées par tout candidat aux fonctions de Président de la République⁶⁵. Parmi celles-ci figurent : « être reconnu pour son engagement dans la défense des intérêts nationaux, n'avoir pas soutenu le projet de révision de l'article 37 de la Constitution », et ne pas être affilié à un parti politique. Tandis qu'au Mali, selon les articles 4 alinéa 2 et 7 de la Charte de la Transition⁶⁶, « Le Président et le Vice-Président sont choisis « par un collège de désignation mis en place par le Comité National pour le Salut du Peuple ». L'engagement dans la défense des intérêts nationaux est une exigence de l'article 3 de la Charte de la transition du Burkina Faso, reprise à l'article 8 de la Charte de transition au Mali, dont l'indétermination assure une certaine marge de manœuvre au collège de désignation.

Ensuite, la lustration exclut tous les anciens responsables de la police et de l'armée ainsi que les animateurs des services de renseignement qui, dans le cadre du maintien de l'ordre public, ont eu à poser des actes répressifs. Il est intéressant de noter, à titre d'illustration, qu'au Burkina Faso, le Président de la transition ne saurait, selon l'article 3 de la Charte de la Transition « être une personne des forces de défense et de sécurité en activité, en disponibilité ou à la retraite ». Dans la même veine, en Tchécoslovaquie, en application de la loi du 4 octobre

⁶⁰ S. Leman-Langlois, « La modèle "Vérité et réconciliation" victimes, bourreaux et institutionnalisation du pardon », *Informations Sociales*, 2005/7, n° 127, p. 112-121, OIF, *Les processus de transition, Justice, Vérité et réconciliation dans l'espace francophone*, OIF, 2013, 132 p.

⁶¹ G. Conac, « Portrait du chef de l'État », *Revue Pouvoirs*, n° 25, Les Pouvoirs africains, avril 1983, p. 122.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Voir les articles 5, 6, 7, 8 et 9 de la Charte de la Transition du Burkina Faso.

⁶⁴ Voir les articles 4 alinéa 2 et 7 de la Charte de la Transition du Mali.

⁶⁵ Les personnes ayant soutenu ouvertement le projet de révision de l'article 37 ainsi que celles qui font partie du dernier gouvernement dissout de la IV^e République ne peuvent être membres du CNT ni du gouvernement de transition. Voir les articles 13 alinéas 1 et 2 et 15 alinéas 2 et 3 de la Charte de transition du 13 novembre 2014.

⁶⁶ Voir Journal Officiel de la République du Mali, Décret n° 2020-0072/PT-RM du 1^{er} octobre 2020 portant promulgation de la Charte de la Transition, 1^{er} octobre 2020, n° spécial n° 17.

1991 tous ceux qui ont exercé des responsabilités dans les services de sécurité ne peuvent être désignés aux postes de responsabilité. De même qu'en Lituanie, la loi du 16 juillet 1998 interdit le recrutement, pendant dix ans, des personnes ayant travaillé dans les services de sécurité, considérés comme une organisation criminelle. Toutefois, cette interdiction est loin d'être absolue car, la pratique de la lustration révèle, dans les États africains, des situations de rupture dans la continuité avec la participation voire l'implication active d'anciens responsables dans les organes de transition. C'est ainsi que l'on observe, dans certains États, particulièrement au Burkina Faso, le *coming out* tardif de certains responsables, qui de ce fait, bénéficient aussi d'une virginité politique certaine. Celle-ci est entérinée par le Conseil constitutionnel du Burkina Faso dans la décision n° 2015-026 du 10 septembre 2015. Dans cette affaire, la haute juridiction est saisie de la demande d'inéligibilité de Monsieur Kabore Roch Marc Christian. Il lui est reproché d'avoir soutenu la révision de la Constitution jusqu'au 4 janvier 2014. Par conséquent, il ne saurait être candidat à l'élection du Président de la République, conformément à l'article 135 du Code électoral. En réponse, Monsieur Kabore déclare qu'il a démissionné du parti CDP le 4 janvier 2014 et qu'il a mené des actions ultérieures à cette démission qui ont abouti à l'insurrection populaire des 30 et 31 octobre 2014. Cependant, c'est de façon elliptique que le Conseil constitutionnel rejette ce moyen en affirmant : « qu'en ce qui concerne Kabore Roch Marc Christian, aucun acte qui, du fait de ses conséquences et de son lien étroit avec le changement anticonstitutionnel serait indissociable de celui-ci n'a pu être établi à son encontre, qu'en outre lui-même et son parti ont pris une part active à la lutte contre la modification de l'article 37 ».

Enfin, la lustration concerne, dans certains États, les personnes relevant du secteur privé. De façon générale, la lustration ne s'étend pas au secteur privé considéré comme libéral et moins engagé dans la gestion de l'État. Néanmoins, les circonstances conduisent parfois, ainsi que cela a été observé, en France, au lendemain de la deuxième guerre mondiale, avec le système de l'épuration, en Lituanie ou en Pologne⁶⁷, à la lustration de personnes relevant du secteur privé tels que les médecins, les dentistes, les sages-femmes, le personnel des coopératives, les artistes, les avocats et les notaires.

Parmi les cibles indéterminées, l'on la catégorie particulière des collaborateurs dont l'exclusion participe d'une approche large de la lustration, au regard du nombre et de la qualité des personnes susceptibles d'être sanctionnées. Particulièrement, en Tchécoslovaquie, la catégorie protéiforme et, extensive à souhait de collaborateurs regroupe aussi bien les agents que les informateurs de la police secrète, les personnes ayant mis leurs appartements à la disposition de la police secrète, les étudiants formés dans les établissements russes, les hommes de confiance du régime que les candidats à la collaboration⁶⁸. Tandis qu'en Libye, sont

⁶⁷ J. Malinowski, « Les lois de lustration en Europe Centrale et Orientale : une mission impossible ? », *op. cit.*, p. 130. En France, au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'indignité nationale frappe ceux qui ont favorisé les entreprises de toute nature de l'ennemi et dont la patrie doit être purifiée. Il s'agit de tous ceux qui ont participé au régime de Vichy ou collaboré avec les Nazis notamment : les différents responsables de l'autorité de fait, les adhérents aux partis politiques ou aux organismes collaborationnistes et les organisateurs de manifestations artistiques, économiques ou politiques en faveur de la collaboration. La prononciation de l'indignité nationale condamne à la dégradation nationale qui implique : la privation des droits civiques, l'inéligibilité à certaines fonctions, la destitution des fonctions, les incapacités d'ordre professionnel et syndical ainsi que la confiscation en tout ou partie des biens de la personne déclarée coupable. Ces sanctions sont infligées pour une période déterminée ou à perpétuité. Voir les ordonnances du 18 août 1943, l'ordonnance du 26 juin 1944, abrogée par l'ordonnance du 28 novembre 1944, l'ordonnance du 26 août 1944, l'ordonnance du 30 septembre 1944 et l'ordonnance du 9 février 1945.

⁶⁸ En Tchécoslovaquie, l'on distingue trois catégories de collaborateurs. La catégorie A regroupe les agents informateurs de la police secrète, les propriétaires ayant mis leurs appartements à la disposition de la police secrète. La catégorie B réunit les collaborateurs volontaires et les hommes de confiance de l'ancien régime. La catégorie

considérés comme des collaborateurs, tous ceux qui ont opéré des saisies sur des propriétés privées, ont obtenu des diplômes sur des sujets en rapport avec le Livre Vert du Président Kadhafi, sa théorie de la troisième voie universelle ou les lauréats de prix décernés par l'ancien régime⁶⁹. Cette conception extensive est d'autant plus critiquable qu'elle affecte les droits des personnes sanctionnées sur le fondement de critères vagues, appréciés discrétionnairement par les gestionnaires de la transition. L'identification des personnes exclues de la gestion de la transition s'effectue, entre autres, au moyen de la consultation des archives et autres données personnelles qui permettent d'établir leur implication réelle dans la gestion de l'ancien système. Elle peut aussi résulter de la déclaration faite par toute personne relevant de l'une des catégories visées, auprès d'un organisme spécialement institué. L'authenticité de cette déclaration suffit en Bulgarie ou en République Sud-Africaine, avec la Commission Vérité Réconciliation, à l'absoudre. Cependant, le caractère erroné ou mensonger de toute déclaration peut conduire à la mise en œuvre d'un mécanisme de sanction⁷⁰.

La lustration ne produit pas exclusivement des effets à court terme. Ceux-ci s'observent aussi sur le long terme.

À long terme, la lustration agit sur un espace tridimensionnel qui inclut le passé, le présent et le futur. Intégrant le passé, elle sanctionne ceux qui ont participé à la gestion de l'ordre constitutionnel initial et qui ne peuvent prétendre agir, dans le présent, dans l'ordre constitutionnel de transition. Cependant, elle est aussi tournée vers le futur car elle détermine les conditions de désignation des futurs responsables. L'interdiction d'exercer des fonctions dans le futur ordre constitutionnel s'applique aussi, dans certains cas aux opérateurs de la transition. Elle permet d'assurer leur neutralité ainsi que leur liberté d'action. Ils doivent pouvoir agir, sans être préoccupés par la nécessité de poser des actes destinés à rallier des soutiens, en vue d'une future élection. Cette interdiction garantit, par conséquent, leur engagement à la terminaison sereine de la transition, au moyen d'élections disputées. Ils ne doivent, être guidés que par l'impartialité générale et non par des intérêts particuliers ou des mobiles partisans⁷¹. Leur tâche est tournée vers une mission ultérieure à savoir la sortie de la transition et l'installation seule d'un ordre constitutionnel stable. Ils ne doivent pas être des fonctionnaires politisés⁷² qui participent aux controverses politiques.

Au regard de son étendue, la lustration des opérateurs de la transition peut être absolue et relative. L'article 106 de la Charte constitutionnelle de la Transition de la RCA du 18 juillet 2013 prévoit la lustration absolue de l'ensemble des gestionnaires de la transition, à savoir : le Chef de l'État de la Transition, le Premier Ministre de Transition, les membres du Gouvernement de Transition, les membres du bureau du Conseil national de Transition, les juges constitutionnels et les membres du Haut Conseil de l'information et de la communication. Dans le même sens, au Mali, les articles 9 et 12 alinéa 2 de la Charte de la Transition organisent la lustration des Président, Vice-Président de la Transition et des membres du Gouvernement de Transition. Enfin, en Guinée, la Charte de la Transition, adoptée le 27 septembre 2021, interdit au président et aux membres du Comité National de Rassemblement pour le

C rassemble le groupe indéterminé des candidats à la collaboration. J. André, « La lustration en République Tchèque, Hongrie et Albanie : de « sa nécessaire » émergence à son application souvent incertaine », *op. cit.*, p. 171 et suivantes.

⁶⁹ OFPRA, *Situation actuelle des partisans de Kadhafi*, Note, 16/07/2013, p. 5. La loi du 5 mai 2013 sur l'exclusion politique des anciens collaborateurs de l'ancien régime écarte des postes de responsabilités les personnes ayant occupé de 1969 à 2011 certaines fonctions en Libye.

⁷⁰ Voir, en Pologne, la loi du 11 avril 1997.

⁷¹ O. Duhamel et Y. Meny, « Neutralité du fonctionnaire », *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, Puf, 1992, p. 660.

⁷² Revue Pouvoirs, n° 40, « Des fonctionnaires politisés ? », n° 40, 1987, 200 p.

Développement, au Premier Ministre et aux membres du Gouvernement ainsi qu'aux membres du Conseil national de la Transition de faire acte de candidature aux élections locales et nationales organisées pour marquer la fin de la Transition⁷³.

À Madagascar, par contre, la lustration est relative. En effet, la transition malgache est marquée par l'adoption de plusieurs textes de nature constitutionnelle ou politique. Il s'agit : de l'accord politique de Maputo du 8 août 2009⁷⁴ et de la Charte de la transition du 9 août 2009, complétés par l'Acte additionnel d'Addis Abeba à la Charte de la transition malgache du 6 novembre 2009. Ces textes expriment la volonté d'établir une transition neutre, inclusive et consensuelle. Toutefois, l'inclusion n'est pas absolue car, si ces textes excluent de la lustration les anciens responsables politiques, bénéficiaires d'une amnistie générale, sous réserve de la commission de crimes internationaux⁷⁵, ils envisagent, aussi, paradoxalement, la lustration des animateurs de la transition relevant des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, à l'exception du Président et des coprésidents. En effet, ceux-ci conservent la possibilité de participer à l'élection présidentielle, à condition de démissionner de leurs fonctions, 60 jours avant la date de l'élection présidentielle. Ce régime présente l'inconvénient majeur d'instituer une discrimination réelle entre les acteurs de la transition. Certains d'entre eux étant exclus des élections à la différence de ceux qui peuvent l'être.

L'inéligibilité des candidats aux différentes élections, bien que justifiée par la volonté de protéger le processus démocratique en cours s'avère malheureusement, comme un procédé discutable, au regard des exigences de l'État de droit. Il en résulte par conséquent l'obligation d'instituer des mécanismes de garantie.

II- L'exigence impérieuse de garanties

La lustration est une décision de disqualification⁷⁶, de caractère provisoire⁷⁷, justifiée par la nécessité de protéger l'ordre constitutionnel. Toutefois, elle présente des limites consubstantielles (A) qui doivent être impérativement maîtrisées (B).

A. Les limites consubstantielles

Le sacre du citoyen⁷⁸ dans les démocraties occidentales est le fruit des conquêtes progressives des individus marquées notamment, selon le Doyen Georges Vedel⁷⁹, par l'affirmation de la liberté des individus contre l'État ainsi que par le principe de participation à la gestion des affaires publiques⁸⁰. Cette évolution caractérise aussi les États africains qui, de

⁷³ Voir les articles 46, 55 et 65 de la Charte de la Transition.

⁷⁴ Cet accord politique est conclu par les représentants des quatre partis politiques engagés dans la transition à savoir : Rajoelina Andry, Ravalomanana Marc, Ratsiraka Didier et Zafy Albert, en présence des représentants de l'Union africaine (UA), de la SADC, de l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF) et de l'Organisation des Nations unies (ONU), qui en garantissent la mise en œuvre.

⁷⁵ Article 7 de l'Accord politique de Maputo du 8 août 2009.

⁷⁶ M.E. Baudoin, « Le droit à l'oubli et la gestion du passé : le phénomène de la lustration en Europe de l'Est », *op. cit.*, p. 40.

⁷⁷ Sur la notion de provisoire en droit constitutionnel voir, P. Amseleck, « Enquête sur la notion de « provisoire » », *RDP* 2009, n° 1, janvier-février, p. 3-18, A. Vidal-Naquet (dir.), *Le provisoire en droit public*, Paris, Dalloz, 2009, 172 p.

⁷⁸ P. Rossanvallon, *Le sacre du citoyen : Histoire du suffrage universel en France*, Gallimard, 1992, 504 p.

⁷⁹ G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, p. 127-128.

⁸⁰ Voir, Comité des Droits de l'Homme, *Le droit de prendre part à la direction des affaires publiques, le droit de vote et le droit d'accéder dans les conditions générales d'égalité aux fonctions publiques* (article 25), 1996, page

façon prématurée, à la veille de leur accession à l'indépendance instituent des régimes politiques qui reproduisent le modèle constitutionnel libéral de l'ancienne puissance coloniale, tout en conciliant, selon le Professeur Mamadou Badji, le mimétisme avec le particularisme⁸¹. En conséquence, sous réserve de l'intermède du monopartisme, le développement des libertés publiques et l'extension du droit de suffrage attestent, ainsi que l'affirment M.M Madior Fall et Xavier Philippe, des transferts de technologie constitutionnelle opérés dans ces États et du « progrès démocratique »⁸² qui en découle. Toutefois, la lustration, qui comporte des limites consubstantielles, remet en cause cette dynamique. En effet, elle heurte, de façon générale, les libertés fondamentales mais aussi, de façon particulière, les droits politiques.

Premièrement, au Burkina Faso, en Libye ou en RCA, l'atteinte aux libertés fondamentales découle des restrictions imposées aux droits individuels et collectifs⁸³. L'individu visé par la lustration subit de façon frontale « l'atteinte aux principes fondateurs »⁸⁴ de toute société politique que sont la liberté et l'égalité⁸⁵ qui lui assurent l'autonomie et le libre arbitre et qui conditionnent la jouissance effective de ses droits et libertés fondamentales. Or, ces principes « matriciels » et universels sont, malheureusement, contrariés par la lustration qui affecte⁸⁶ notamment : la liberté d'aller et de venir, le droit à la protection de la vie privée, la liberté d'opinion ou de conscience, le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, le droit à la participation à la vie publique, le droit de voter et d'être élu.

Le refus du droit à l'oubli altère aussi le droit à la protection de la vie privée et à la protection des données personnelles, le principe de la non-rétroactivité des lois et le droit à un procès juste et équitable. Cette « justice historique » méconnaît, en outre, l'un des principes fondamentaux du droit pénal à savoir le caractère individuel de la peine qui proscrit les purges et les limogeages massifs. Réagissant à ces violations, le Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme n'a pas hésité à rappeler, en 2006, que le *Vetting* doit être basé sur l'évaluation d'une conduite individuelle. Malgré ces mises en garde, la pratique observée, dans les contextes de transition, en République centrafricaine, au Burkina Faso ou en Libye, révèle que de nombreux dirigeants se trouvent contraints à l'exil ou incarcérés, quand ils ne sont pas tués. Par ailleurs, la lustration affecte aussi la jouissance de certaines libertés collectives par les personnes sanctionnées. Celles-ci ne peuvent plus jouir de la liberté d'association, de réunion, de fonder une entreprise ou de religion.

En définitive, si, de façon générale, la lustration heurte les droits de l'homme, elle porte aussi atteinte aux droits politiques, de façon spécifique.

4, l'article 25 § b) du Pacte relatif aux droits civils et politiques et l'observation générale n° 25 du Comité des Droits de l'Homme de 1994.

⁸¹ Voir, M. Badji, Introduction historique à l'étude des institutions publiques et privées de l'Afrique au sud du Sahara (VIII^e siècle - XX^e siècle), *Presses Universitaires d'Aix-Marseille*, puam, 2021, 790 p.

⁸² I.M. Fall, « La construction des régimes politiques en Afrique : insuccès et succès », in *Afrilex*, 2014, 2014, [http : //afrilex.u-bordeaux4.fr](http://afrilex.u-bordeaux4.fr), consulté le 29 août 2021.

⁸³ M. Méité, « *Jus post révolution : quelle place pour les droit de l'homme ?* » *La Revue des droits de l'Homme*, 6, 2014, p. 5.

⁸⁴ L. Hennebel et H. Tigroudja, *Traité de droit international des Droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2016, p. 69 § 37.

⁸⁵ A. Ondoua, « Commentaire de l'article 3 », in *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le Protocole y relatif portant création de la CADHP, Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 133.

⁸⁶ Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Mémoire amicus curiae* sur la loi de lustration de l'ex-République yougoslave de Macédoine, avis n° 694/2012 du 17 décembre 2012, doc CLD-AD (2012) 028, p. 7, § 23.

Deuxièmement, l'atteinte spécifique aux droits politiques résulte de la limitation du droit de suffrage, de l'instauration de la discrimination et la de méconnaissance de la liberté de candidature aux élections.

En premier lieu, la lustration limite les droits électoraux conférés aux individus afin de rendre effectif leur droit à la participation aux affaires publiques⁸⁷ et qui se distinguent « des droits fondamentaux de l'être humain » fondés, sur les attributs de la personne humaine⁸⁸. Or, leur reconnaissance et leur jouissance témoignent des conquêtes progressives du peuple actif⁸⁹, qui rassemble tous ceux qui participent à la formation de la volonté générale et dont les droits politiques se déclinent en droit de se porter candidat, de voter et d'être élu. Le Doyen Georges Vedel rappelle, à propos, que les démocraties occidentales⁹⁰, ainsi que les États africains francophones, marqués sous la colonisation par l'impossible universalisation du suffrage⁹¹, du fait de l'exclusion initiale des indigènes du suffrage⁹², enregistrent une évolution notable. Toutefois, cette mutation se révèle somme toute relative, au regard des limites naturelles et non naturelles au droit de vote instituées par l'État. Ces limites naturelles, qui résultent de l'âge, de la santé mentale des candidats ou de leur situation économique, justifient l'exclusion de certains individus du droit de vote ou de la nationalité⁹³. Elles s'expliquent par la volonté de réserver les responsabilités politiques aux citoyens vertueux. A ces limites, il convient d'ajouter les limites non naturelles ou subjectives⁹⁴, décidées par le corps social, en fonction des circonstances politiques parmi lesquelles figurent la lustration.

En second lieu, la lustration institue une discrimination entre, d'une part, les anciens dirigeants ou les autorités de transition et, les présumées victimes de l'ancien régime politique, d'autre part. Et, la préférence accordée à celles-ci empêche les personnes sanctionnées de la possibilité « d'influencer sur l'administration du gouvernement »⁹⁵, au moyen de la représentation. Or, les personnes écartées des élections ou de certaines fonctions n'en demeurent pas moins des citoyens. Elles doivent, par conséquent, à moins d'avoir été convaincues d'être auteurs d'une infraction pénale, avoir la possibilité de jouir de la liberté et de l'égalité⁹⁶, principes dont la synthèse constitue, selon le Maître de Vienne, « la

⁸⁷ Voir la décision du Tribunal constitutionnel de Hongrie du 11 mai 2007.

⁸⁸ L. Hennebel et H. Tigroudja, *Traité de droit international des Droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2016, p.

⁸⁹ H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, *op. cit.*, p. 17.

⁹⁰ G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, p. 127-128.

⁹¹ Voir M. Sahia Cherchari, « Indigènes et citoyens l'impossible universalisation du suffrage », *RFDC*, n° 60, 2004, p. 741.

⁹² H. Andrès, « Droit de vote, l'exclusion des indigènes colonisés à celle des immigrés », consulté le

⁹³ Sur cette question, le Conseil constitutionnel français, reconnaît que « la qualité de citoyens ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver... la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu. Ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles ». Voir, D n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux, p. 21, consid-12.

⁹⁴ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 2007, 326 p, A.J. Arnaud, « Droit », in A.J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire en encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDS, Lextenso, 2018, p. 191.

⁹⁵ Benjamin Constant, « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », *Discours prononcé à l'Athénée Royal de Paris en 1819*.

⁹⁶ Voir A. Ondoua, « Commentaire de l'article 3 », in M. Kamto (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le Protocole y relatif portant création de la CADH. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 133, P. Meyer-Bisch, « Méthodologie pour une présentation, systématique des droits humains » in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 56.

caractéristique de la démocratie »⁹⁷, et dont la méconnaissance confère à la lustration le caractère d'une décision a-démocratique.

En troisième lieu, la lustration méconnaît la liberté et l'égalité des électeurs et des candidatures qui se matérialisent par le dépôt de candidature⁹⁸, acte initial, spécifique à chaque élection⁹⁹, distinct du droit de vote et du droit d'être élu. Ce droit ne s'exerce, toutefois, que dans le respect de la législation en vigueur qui détermine les conditions d'éligibilité. La liberté de candidature est donc conditionnée par le corpus juridique et le type d'élection. Elle constitue un droit subjectif qui ne devient effectif qu'après la déclaration de candidature, effectuée conformément aux textes relatifs à l'éligibilité¹⁰⁰.

Assurément, la lustration institue une inéligibilité fonctionnelle qui menace l'édifice démocratique. Ces dangers imposent le recours à des mécanismes de garantie.

B. Les mécanismes de garantie

La lustration n'est respectueuse de l'Etat de droit que si elle s'accompagne de la possibilité, pour les personnes sanctionnées, de contester les décisions prises devant un tiers impartial. Les mécanismes de garantie institués se singularisent aux plans organique et fonctionnel.

Au plan organique, la garantie de la lustration est assurée par des organes nationaux et internationaux. Au niveau national, la vérification des antécédents est entreprise par des organes juridictionnels et non juridictionnels.

Primo, les organes juridictionnels chargés d'examiner le contentieux des décisions de lustration, dans les États étudiés, sont variables. Si, traditionnellement, il revient au juge judiciaire, garant des droits et libertés, le pouvoir d'examiner la légalité des décisions de lustration, cette compétence n'est pas exclusive de celle d'autres juridictions qui, à l'instar des juridictions administratives et constitutionnelles¹⁰¹, participent aussi, à la garantie juridictionnelle des droits de l'homme. Aussi, l'intervention du juge de la lustration, quel qu'il soit, s'avère-t-elle déterminante dans la mesure où, dans des situations d'exception, « il recherchera toujours l'équilibre ultime entre la défense de l'ordre public, donc de la démocratie... avec l'exercice des libertés »¹⁰².

Cette exigence anime, particulièrement, le juge constitutionnel, que l'on peut considérer comme le juge naturel de la lustration chargé d'assurer la garantie juridictionnelle de la Constitution et de protéger les droits de l'homme. Au moyen du contrôle de constitutionnalité, il valide ou invalide les lois de lustration, observant, parfois, un fructueux dialogue des juges¹⁰³. Dans l'exercice de cet office, le droit comparé nous renseigne que le contrôle effectué par les

⁹⁷ H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, op. cit., p. 17.

⁹⁸ J. Miranda, « Les candidatures dans les élections politiques », *L'école, la religion et la Constitution – Constitution et élections*, AIJC, 12-1996, 1997, p. 439-484.

⁹⁹ B. Maligner, *Droit électoral*, Paris, Ellipses, 2007, p. 86, § 85.

¹⁰⁰ D. Schnapper, *La Communauté des Citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, Folio, 2003, p. 218, C. Bruschi, « La nationalité dans le droit colonial », *Procès, Cahiers d'analyse politique et juridique*, n° 18, 1987-1988, p. 29-83.

¹⁰¹ Voir, L. Favoreu, *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, 1260 p.

¹⁰² H. Oberdoff, « Peut-on restreindre la démocratie au nom de la nécessité de la défendre ? », *SFDI, Colloque de Grenoble, La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2005, p. 261

¹⁰³ Voir Mélanges en l'Honneur de Bruno Genevois, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2009, 1216 p.

juridictions constitutionnelles paraît diversifié. Alors que les juridictions constitutionnelles des PECO¹⁰⁴ examinent la validité des lois de lustration, les juridictions constitutionnelles des États africains se contentent d'en apprécier la portée. Les premières, s'inspirant de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁵, produisent une jurisprudence, marquée par de nombreux revirements. C'est ainsi que, la Cour constitutionnelle bulgare, dans la décision n° 8/1992 du 27 juillet 1992, censure la loi de lustration au motif qu'elle est de nature discriminatoire et non conforme aux conventions internationales. Puis, dans la décision du 11 février 1993, elle procède à un revirement jurisprudentiel et affirme que la loi sur la lustration dans le milieu universitaire est conforme à la Constitution et aux conventions internationales. Le Tribunal constitutionnel polonais, dans la même veine, déclare l'inconstitutionnalité et la non conventionalité de l'arrêté de lustration du 28 mai 1992, de la loi du 11 avril 1997 et de la loi du 18 octobre 2006 qui excluent notamment les anciens collaborateurs des services secrets. Toutefois, dans l'arrêt du 11 mai 2007, il admet le principe de la lustration, tout en décidant de son encadrement.

Par contre, les juridictions constitutionnelles instituées dans les États africains n'exercent que le contrôle minimum des décisions de lustration. Elles apprécient uniquement l'éligibilité de certains candidats aux futures élections générales, à l'instar de la Cour Constitutionnelle de Transition de la République centrafricaine. Dans la décision n° 010/15/CCT du 28 août 2015, la haute juridiction constitutionnelle décide qu'en application de l'article 106 de la Charte Constitutionnelle de Transition, les responsables de la transition¹⁰⁶ ne peuvent être candidats aux élections présidentielles et législatives organisées à l'issue de la transition, quelle que soit la durée de leurs fonctions pendant la transition et, quelles que soient les causes de la cessation des fonctions exercées¹⁰⁷.

Secundo, le contrôle des décisions de lustration est aussi réalisé par des organes non juridictionnels, particulièrement, dans les PECO qui manifestent une certaine prédilection pour ces organes. En effet, ces États établissent des commissions administratives indépendantes auprès desquelles les personnes sanctionnées peuvent contester les décisions de lustration prises à leur encontre. Mais, parfois, l'indépendance de ces institutions est contestée, compte tenu de la nature politique des autorités de désignation de leurs membres. En Tchécoslovaquie, par exemple, la Commission Spéciale instituée pour examiner les contestations relatives à la lustration comprend des membres nommés par le Président de l'Assemblée fédérale, le Ministre fédéral des affaires intérieures, le Directeur des services d'information et de sécurité fédérale, le Ministre de la défense, le Ministre de l'Intérieur de la République slovaque, le Consul national tchèque et le Consul national slovaque¹⁰⁸. Toutefois, la personne visée par une décision de lustration conserve la possibilité de la contester devant une juridiction.

¹⁰⁴ Voir M.E. Baudoin, *Justice constitutionnelle et État post-soviétique*, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Paris, LGDJ, 2005, 584 p.

¹⁰⁵ Voir l'arrêt de Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 septembre 1995, *Madame Dorothea Vogt c. Allemagne*.

¹⁰⁶ Il s'agit de Maître Nicolas Tiangaye, ancien Premier Ministre de la Transition et de messieurs Joseph Bendouga et Crépin Mbole Goumba, anciens membres du Gouvernement de la Transition.

¹⁰⁷ La Cour Constitutionnelle répond à la saisine du Chef d'État de Transition, Madame Jacqueline Samba-Panza, confrontée à la volonté de l'ancien Premier Ministre de Transition, Maître Nicolas Tiangaye, de se présenter à l'élection présidentielle. Celui-ci avait saisi l'Union européenne de la question des anciens responsables de la transition et avait émis le vœu qu'un panel de trois constitutionnalistes de renommée internationale se prononce sur la lustration. L'Union européenne l'a invité à attendre la décision du juge constitutionnel de transition.

¹⁰⁸ M. Ulla, *La lustration dans les États post communistes*, *op. cit.*, p. 58.

Au niveau international, l'appréciation des conditions de lustration relève de la compétence d'institutions régionales, juridictionnelles ou non juridictionnelles, chargées de la protection des droits de l'homme. D'une part, la Cour de Justice de la Cedeao se prononce sur la lustration instituée au Burkina Faso dans la décision suscitée du 13 juillet 2015, Congrès pour la Démocratie et le Progrès (CDP) et autres requérants. Dans cette affaire, La juridiction sous régionale est saisie¹⁰⁹ par des partis politiques et des personnalités politiques qui lui soumettent la question de la violation de leur droit de participer librement aux élections. Elle procède à une interprétation qui, bien que juridiquement fondée, se révèle politiquement incorrecte. La Cour commence, d'abord, par rappeler sa compétence d'attribution en matière de violation des droits de l'homme, elle affirme, ensuite, que l'inéligibilité formelle de certains candidats aux élections présidentielles et législatives est constitutive « de violations non encore réalisées, mais très imminentes » des droits de l'homme qui relèvent de sa compétence¹¹⁰. Elle poursuit que « Dans la configuration présente, si elle devait attendre que des dossiers de candidature soient éventuellement rejetés pour agir, si elle devait attendre l'épuisement des effets d'une transgression pour dire le droit, sa juridiction dans un contexte d'urgence n'aurait aucun sens, les victimes présumées de telles violations se retrouvant alors inexorablement lésées dans la compétition électorale ». C'est ainsi, qu'en conséquence, tout en affirmant sa préoccupation de ne pas se muer en un « juge de la légalité interne des États », la Cour constate que la loi de lustration suscitée institue des discriminations injustifiées, et excessives en l'absence d'infractions graves commises par les personnes lustrées. Et dans un *dictum*, elle énonce l'obligation pour les États de concilier leur autonomie constitutionnelle avec le respect des droits de l'homme en ces termes : « le principe de l'autonomie constitutionnelle et politique des États implique sans conteste que ceux-ci aient la latitude de déterminer le régime et les institutions politiques de leur choix, et d'adopter les lois qu'ils veulent, cette liberté doit être exercée en conformité avec les engagements que ces États ont souscrits en la matière ». L'interprétation de la Cour de Justice de la Cedeao provoque l'ire des autorités burkinabées et de vives critiques doctrinales¹¹¹. En réaction, le Conseil Constitutionnel du Burkina faso décide, dans la décision n° 2015-021/CC/EL du 24 août 2015, que, suite au refus de l'État burkinabè de ne pas exécuter la décision du 13 juillet 2015 de la Cour de Justice de la Cedeao, la disposition législative querellée demeure en vigueur ; c'est donc sur son fondement que le Conseil Constitutionnel déclare, au moyen d'une décision revêtue de l'autorité de chose décidée¹¹², l'inéligibilité de candidats aux élections législatives et présidentielles¹¹³. Assurément, cette décision témoigne de l'autorité relative des décisions rendues par la Cour de Justice de la Cedeao qui ne produisent pas des effets dans certains ordres juridiques internes. Par ailleurs, elle révèle que les juridictions supranationales ne sont pas des juridictions d'appel des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles nationales¹¹⁴. En définitive, la décision de la Cour

¹⁰⁹ Voir, S.H. Ouedraogo et D. Ouedraogo, « Libres propos sur la transition politique au Burkina Faso. Du contexte au texte de la Charte de la transition », Afrilex-u-bordeaux4.fr.pdf, consulté le 26 août 2019, O. Narey, *Les facteurs déterminants pour la réussite d'une transition démocratique*, 20, https://west.africa.hss.de>west_Africa, 20 p, consulté le 26 août 2019.

¹¹⁰ Sur la protection du préjudice imminent, voir aussi Cour de justice de la Cedeao, Arrêt du 27 octobre 2008, Affaire Hadijatou Mani Korau c/ la République du Niger, § 49.

¹¹¹ J.F. Akandji-Kombé, « Le juge de la Cedeao et la révolution burkinabé. Brèves remarques préoccupées sur une décision inquiétante », 21 juillet 2015, <https://jfaki.blog>, consulté le 29 août 2021.

¹¹² Voir D. Emmanuel Adouki, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », *RFDC* 2013/3, n° 95, p. 611-638.

¹¹³ Voir dans le même sens, la décision n° 2015-026/CC/EPF portant sur les recours de MM. Fougouma Victorien Barnabé Wenkouni, Sankara Bénéwendé Stanislas et Ouedraogo Ablassé contre l'éligibilité à l'élection du Président du Faso du 11 octobre 2015.

¹¹⁴ Dans une approche souverainiste similaire, la Cour constitutionnelle du Bénin, dans la décision DCC 21-011 du 7 janvier 2021 Nourou Dine Saka Saley et autres affirme que la volonté souverainement exprimée par

de justice de la Cedeao est rendue dans le contexte éminemment politique de l'insurrection des 30 et 31 octobre 2015 ; marqué par la volonté d'exclure de l'ordre constitutionnel de transition les responsables du régime déchu. Toutefois, ces considérations politiques ne sauraient influencer l'office du juge dont la mission consiste, selon un auteur, à « rappeler l'exigence du respect des droits des uns et des autres au-delà des turbulences, vicissitudes et alternances politiques »¹¹⁵.

D'autre part, le contrôle de la lustration, au niveau international, relève aussi de la compétence d'organes non juridictionnels à l'instar de la Commission européenne pour la démocratie par le droit dite Commission de Venise. Cet organe consultatif du Conseil de l'Europe coopère avec les juridictions constitutionnelles des États membres¹¹⁶. Et, dans le cadre de cette coopération, elle produit, à la demande des cours constitutionnelles, des *mémoires amicus curiae*, qui ne se prononcent pas sur la constitutionnalité des lois de lustration mais qui fournissent à la juridiction constitutionnelle les « éléments relatifs à la compatibilité de cette loi avec la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que des éléments de droit constitutionnel comparé destinés à aider la Cour à examiner l'affaire concernée »¹¹⁷. C'est ainsi que, la Commission de Venise a eu l'occasion de préciser que la lustration est une décision qui doit être prise conformément à l'état de droit et dans le respect de quatre critères fondamentaux à savoir : l'établissement de la culpabilité de la personne exclue ; le droit au procès équitable ; la motivation par la nécessité de défendre la démocratie et, l'exécution dans des délais strictement limités¹¹⁸. C'est en application de ces critères que la Commission de Venise déclare que les lois de lustration Moldave, Ukrainienne et Albanaise méconnaissent l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif au droit à des élections libres.

Toutefois, le contrôle consultatif de la loi de lustration ne signifie pas que la Commission de Venise constate systématiquement la violation de droits de l'homme. Bien au contraire, la Commission n'hésite pas, en cas de besoin, à relever l'absence de violation et à constater le respect des droits de l'homme par la loi de lustration. Dans ce cas, la sanction devient positive. C'est ainsi qu'en examinant la loi albanaise n° 84/2016 du 30 août 2016 sur la réévaluation transitoire des juges et procureurs de la République d'Albanie, la Commission de Venise considère que cette loi n'organise pas un conflit d'intérêts, l'urgence dans le fonctionnement de la justice et, qu'elle respecte les exigences liées à un procès équitable. Enfin, elle ajoute que cette loi en prévoyant le contrôle de fréquentation des juges et des procureurs ne porte pas atteinte à leur vie privée¹¹⁹.

l'Assemblée nationale dans le cadre de l'exercice par elle du pouvoir constituant dérivé ne saurait lui être discuté ou remis en cause par nul autre pouvoir concurrent, juridictionnel ou non, national ou international.

¹¹⁵ A. Sall, *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de Justice de la Cedeao*, L'Harmattan Sénégal, 2019, p. 227, note 172.

¹¹⁶ Article 3 alinéa 4 du Statut de la Commission de Venise, résolution (2002) 3 portant adoption du Statut révisé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, doc CDL (2002) 27 du 27 février 2002.

¹¹⁷ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), *Mémoire Amicus Curiae* sur la loi relative aux conditions limitant l'exercice de fonctions publiques, à l'accès aux documents et à la publication des noms de ceux qui ont coopéré avec les organes de sécurité de l'État («Loi de lustration ») de « l'ex-République yougoslave de Macédoine », doc CDL-AD (n° 12) 028, avis n° 694/2012 du 17 décembre 2017, p. 17, § 75.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 3, § 7, voir Cour européenne des droits de l'homme, arrêt de Grande Chambre du 6 janvier 2011, *Paksas c. Lituanie*. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme interdit les lustrations perpétuelles.

¹¹⁹ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), *Mémoire Amicus Curiae* pour la Cour Constitutionnelle d'Albanie relatif à la loi sur la réévaluation transitoire des juges et des procureurs (loi sur la réévaluation), adoptée par la Commission de Venise lors de sa 109^{ème} session plénière (Venise, 9-10 décembre 2016), doc CDL-AD (2016) 036, 17 p.

Cependant, la singularité des mécanismes de garantie n'est pas exclusivement organique, elle est aussi fonctionnelle.

Au plan fonctionnel, les mécanismes de garantie présentent une certaine convergence malgré leur diversité. En effet, les institutions juridictionnelles, nationales ou internationales, ne manquent pas d'utiliser des méthodes d'interprétation similaires qui se fondent sur le principe de la proportionnalité¹²⁰. Malgré son énonciation imprécise, la nature constitutionnelle de ce principe est aujourd'hui incontestée, suite à une lente maturation, après sa formulation et sa dissémination progressive.

En effet, la genèse de ce principe permet, d'abord, d'en établir l'origine prétorienne, en Allemagne, puis l'exportation en France et dans les États africains¹²¹. La proportionnalité apparaît, initialement, comme un principe non écrit dégagé, à partir de 1971¹²² par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans sa jurisprudence relative aux droits fondamentaux. Elle exprime l'équilibre recherché entre la liberté individuelle et la restriction. Ensuite, sans pour autant constituer un principe général de droit « imposé par les textes ou déduit de ceux-ci »¹²³, elle innerve le droit administratif et l'ensemble de l'ordre juridique¹²⁴, au point de s'imposer ensuite comme le langage et le dénominateur commun à l'ensemble des acteurs sociaux¹²⁵. Enfin, elle se mue en un principe constitutionnel, à la faveur du processus de transition politique en République Sud-africaine, dont elle constitue la pierre d'angle sur laquelle s'érige un régime démocratique, respectueux de la dignité humaine et de l'État de droit¹²⁶.

Garant de l'état de droit et respectueux de la sécurité juridique, l'institution qui recourt à la lustration observe un triple test¹²⁷ lui permettant d'apprécier la nécessité, l'adaptation et le caractère approprié des décisions de lustration. Ce contrôle, large ou restreint, s'explique par la préoccupation d'assurer la protection de la liberté individuelle face à la nécessité de défendre l'ordre constitutionnel. Il ne saurait donc pas être considéré, comme l'expression de la subjectivité du juge *a quo*¹²⁸. Il s'impose comme l'un des moyens de limiter les conséquences néfastes de la lustration, à laquelle les autorités de transition recourent « lorsque la pression des circonstances est si forte que les moyens habituels dont on dispose pour agir ne suffisent plus¹²⁹ » ou n'existent plus, suite à la déconstruction de l'ordre constitutionnel. Mais, bien que

¹²⁰ R. Arnold, « Allemagne », *AIJC Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Juge constitutionnel et droit pénal*, p. 115-122, 25-2009-2010, p. 115.

¹²¹ J. Youmsi, « La proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle du Cameroun », *ACC MUF*, Bulletin n° 9, mai 2010, p. 35-38, M.Y. Diallo, *Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle en Afrique*, disponible sur <https://ceracle.com>, consulté le 10 août 2021.

¹²² Voir la décision du 16 mars 1971, Rec. Vol ; 30, p. 292/293. Sur cette question voir, E. Toni, *Les principes non écrits dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle du Bénin*, Afrilex, <http://afrilex.u-bordeaux.fr>, consulté le 10 août 2021, M. Verpeaux, *Les règles et les principes non écrits en droit public*, Paris, Panthéon, Assas, 2000, 260 p., M. Cl. Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française : Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1994,

¹²³ V. Goesel-Le Bihan, « France », *AIJC*, 25-2009, 2010, p. 191.

¹²⁴ G. Braibant, « Le principe de proportionnalité », Mélanges offerts à Marcel Waline, *Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, Tome II, p. 306 et X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative, française*, PUAM, Paris, Economica, 1990, p.

¹²⁵ E. Kerviche, « Compte rendu des décisions et débats », *AIJC*, 25-2009, 2010, p. 383.

¹²⁶ X. Philippe, « Afrique du Sud », *AIJC*, 25-2009, p. 87-114.

¹²⁷ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2021, p. 786.

¹²⁸ E. Kerviche, « Compte rendu des décisions et débats », *AIJC*, *op. cit.*, p. 383.

¹²⁹ F. Saint Bonnet, « La nécessité en droit public. Prolongements théoriques de données historiques », in *La nécessité en droit international*, *SFDI*, Colloque de Grenoble, Paris, Pedone, 2007, p. 67-96.

motivée par des considérations politiques, la lustration est une décision potentiellement dangereuse car elle affecte la jouissance des droits humains.

D'abord, la nécessité s'apprécie, premièrement, en fonction de l'objectif poursuivi qui doit être de réaliser « l'intérêt commun »¹³⁰ et non d'organiser la vengeance¹³¹. Et, selon les circonstances, la nécessité peut être favorable aux individus ou à l'État. Dans l'affaire suscitée qui oppose le Congrès pour la Démocratie et le Progrès (CDP) et autres requérants à l'État du Burkina, l'appréciation de la nécessité de la décision de lustration permet de protéger les droits des individus. Alors que le Burkina Faso allègue que « le droit de participer à des élections n'est pas un droit de caractère absolu et qu'un Etat peut y apporter des restrictions ». Et qu'il ajoute que « l'exclusion d'un certain nombre d'organisations et de citoyens du processus électoral en cours se justifiait par le soutien qu'ils auraient apporté aux anciennes autorités du pays dans leur projet de modification de la Constitution en vue de se maintenir au pouvoir ». La Cour de Justice de la Cedeao précise que l'interdiction des candidatures ne pourrait être justifiée que si les personnes exclues, proches du régime défait, avaient commis une infraction particulière. À défaut, ce serait « instituer une sorte de délit d'opinion qui est évidemment inacceptable »¹³². Elle poursuit que le droit de restreindre l'accès à la compétition électorale ne doit pas être utilisé comme un moyen de discrimination des minorités politiques. Elle conclut que « l'exclusion en cause n'est ni légale ni nécessaire à la stabilisation de l'ordre démocratique, contrairement aux allégations du défendeur »¹³³ et, elle constitue une violation du droit de libre participation aux élections.

Ensuite, la nécessité de la décision de lustration s'apprécie aussi par rapport à l'objectif de protection de l'ordre constitutionnel. La CEDH déclare, dans l'arrêt de Grande Chambre du 16 mai 2006, *Ždanoka c. Lettonie*, que la nécessité peut être sommairement justifiée par l'obligation, d'une part, de protéger « l'ordre démocratique contre les particuliers, qui sur le plan éthique, ne sont pas qualifiés pour devenir représentants d'un Etat démocratique au niveau politique ou administratif » et d'autre part, par l'obligation de préserver la sécurité nationale et l'intégrité de l'État.

Enfin, la nécessité s'apprécie sur la base de l'intensité ou de l'étendue de la restriction qui doit être appropriée. Par conséquent, la décision de lustration ne doit pas être excessive. Sa proportionnalité, au sens strict, signifie qu'elle doit maintenir une relation adéquate entre la gravité de l'atteinte et l'importance du but. Si le but à poursuivre est d'une importance mineure, l'intervention ne doit pas être d'une gravité particulière. Si le but poursuivi est très important, l'instrument d'intervention peut être plus grave. Il faut donc pondérer l'importance du but légitime et le degré d'intervention¹³⁴. Et, lors de la vérification des antécédents, il y a lieu, pour chaque individu d'établir le lien entre le comportement antérieur et la décision d'inéligibilité. Si les griefs qui lui sont reprochés sont mineurs, l'inéligibilité ne saurait être prononcée. Si, par contre, les charges qui pèsent contre lui sont lourdes, à l'instar de la commission de crimes, ceux-ci peuvent légitimement justifier l'inéligibilité, sanction de nature fonctionnelle.

¹³⁰ R. Arnold. « Allemagne » *AJIC*, 25-2009, 2010, Le juge constitutionnel et la proportionnalité, *op. cit.*, p. 116.

¹³¹ Voir, CEDH, Arrêt concernant l'Affaire Adamsonsc. Lettonie, requête n° 3669/03, 24 juin 2008, § 111, 117-121, p. 125.

¹³² § 28 de l'arrêt

¹³³ § 32 de l'arrêt

¹³⁴ R.A. « Allemagne » *AJIC*, 25-2009, 2010, *op. cit.*, p. 117.

Conclusion

L'individu visé par la décision de lustration « n'a d'autre avenir que son passé, dressé devant lui comme un mur qui en boucle l'issue »¹³⁵. Ce mur, à savoir la lustration, tend à rétablir l'hostilité envers la candidature¹³⁶ qui a prévalu, aussi bien en France¹³⁷ que dans les États de tradition francophone. Dans la mesure où l'oubli des crimes commis par les anciens dirigeants n'est pas une option, il convient d'organiser le pardon conditionnel de la société, seul à même d'apaiser les tensions et de créer, au moyen du principe de proportionnalité, les conditions de vie harmonieuse.

Le droit à la candidature, dérivé du droit à la libre participation aux élections, l'une des conquêtes majeures du *demos*, subit incontestablement de nos jours de multiples assauts « qui constituent de véritables entraves au droit de participer librement aux élections »¹³⁸. Ces atteintes découlent notamment de la lustration, des conditions de parrainage des candidats aux élections ou de l'exigence d'une caution excessive.

En définitive, si le droit de suffrage peut être limité, toute restriction doit se fonder et être encadrée par le droit et assortie de mécanismes de contrôle. Car, sous prétexte de sauver la démocratie, évangile des temps nouveaux selon Maurice Hauriou¹³⁹, la lustration l'ébranle en affectant la jouissance de leurs droits par les hommes nés libres et égaux. Or, cette exigence est encore plus impérieuse en situation de crise, ainsi que le rappellent le Conseil constitutionnel ivoirien¹⁴⁰ et un auteur contemporain lorsqu'ils soutiennent que « les droits de l'homme ne constituent pas une simple option pour le beau temps, ils doivent perdurer justement aussi pendant les périodes difficiles »¹⁴¹. L'on ne saurait donc restreindre la démocratie au nom de la nécessité de la défendre sous peine de générer « un processus d'autodissolution »¹⁴².

En conséquence, le pouvoir de légiférer des autorités de transition ne doit pas être utilisé pour bannir des adversaires politiques et ainsi « générer de graves conflits »¹⁴³. Pour cela, l'innommée du constitutionnalisme contemporain que constitue la lustration, doit, conformément à l'État de droit, répondre à plusieurs conditions. Elle doit en effet, poursuivre un but légitime, être préventive et non répressive. Elle ne doit pas affecter la substance des

¹³⁵ P. Kayser, *La protection de la vie privée*, PUAM, 3^e édition, 1995, cité par A-B. Caire, Propos introductifs, in *La Revue Le droit à l'oubli*, *op. cit.*, p. 9.

¹³⁶ D. Schnapper, *La Communauté des Citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, Folio, 2003, p. 218., C. Bruschi, « La nationalité dans le droit colonial », *Procès, Cahiers d'analyse politique et juridique*, n° 18, 1987-1988, p. 29-83.

¹³⁷ Ph. Tanchoux, *Les procédures électorales en France de la fin de l'Ancien Régime à la première guerre mondiale*, Paris, CTHS Histoire, 2004, p. 193.

¹³⁸ Voir, Cour de justice de la Cedeao, arrêt du 28 avril 2021, Affaire de L'Union Sociale Libérale (USL)c. l'État du Sénégal, Requête n° : ECW/CCJ/APP/59/18 Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/10/21 c/ l'État du Sénégal la décision DCC.21-011 du 07 janvier 2021, la décision DCC.21-011 du 07 janvier 2021.

¹³⁹ M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 555.

¹⁴⁰ Voir la décision n° CI-2009-EP-026/28-10/CC/SG du 28 octobre 2009.

¹⁴¹ « H. Oberdoff, « Peut-on restreindre la démocratie au nom de la nécessité de la défendre ? Point de vue », *op. cit.*, p. 261.

¹⁴² *Ibidem*, p. 259.

¹⁴³ D.F. Meledje, « Le contentieux électoral en Afrique », *Pouvoirs*, 2009/2, n° 129, p. 139-155.

droits de l'homme¹⁴⁴ ni les priver de leur effectivité¹⁴⁵. Limitée dans le temps sa nécessité décroît progressivement¹⁴⁶ et, elle ne peut être tardive. Surtout, elle doit faire l'objet de décisions individuelles, nécessaires, raisonnables et proportionnées, susceptibles d'être contestées devant un organe impartial, dans le respect du droit au procès équitable. Ce n'est qu'à ce prix qu'elle sera menée dans le respect de l'État de droit.

¹⁴⁴ Voir, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Lawyers for Human Rights c. Swaziland*, décision du 27 avril-11 mai 2005, Communication n° 251/02, § 53.

¹⁴⁵ CEDH, arrêt du 17 juin 2004, *Ždanoka c. Lettonie*, § 82 et 83.

¹⁴⁶ CEDH, Aff. *Adamsons c. Lettonie*, Jugement définitif du 1^{er} décembre 2008, requête n° 3669/03, point 116.