

LE DROIT ET LE NON-DROIT DANS L'ETAT DE DROIT EN CONSTRUCTION EN AFRIQUE

Vincent ZAKANE

Enseignant-chercheur,

Maitre-assistant en droit public

UFR/SJP, Université Ouaga 2

RESUME

Depuis sa réintroduction en Afrique à la faveur des grandes réformes politiques et économiques intervenues dans les pays africains, au début des années 1990, l'Etat de droit y connaît un succès grandissant. Cependant, malgré les progrès importants réalisés dans la mise en place de l'Etat de droit en Afrique, celle-ci se heurte à divers obstacles, parmi lesquels, le droit et le non-droit. Dans l'Etat de droit en construction en Afrique, le non-droit coexiste aux côtés du droit et entretient avec celui-ci des relations dialectiques. Les insuffisances du droit engendrent le non-droit et le non-droit fait obstacle au règne du droit. Mais, au-delà de leur interaction respective, le droit et le non-droit exercent une influence ambivalente sur l'Etat de droit en construction. Autant le droit et le non-droit peuvent constituer des freins à l'édification de l'Etat de droit, autant ils peuvent, tous deux, apparaître comme des facteurs de construction de l'Etat de droit.

MOTS-CLES : Droit – Etat de droit – non-droit – Afrique – démocratie – droits de l'homme.

ABSTRACT

Since its reintroduction in Africa thanks to major political and economic reforms in African countries in the early 1990s, the rule of law has enjoyed growing success there. However, despite the significant progress made in establishing the rule of law in Africa, it faces various obstacles, including law and non-law. In the rule of law under construction in Africa, lawlessness coexists alongside the law and maintains dialectical relationships with it. Shortcomings of the law give rise to non-law and non-law obstructs the rule of law. But, beyond their respective interactions, law and non-law have an ambivalent influence on the rule of law under construction. Both law and non-law can constitute obstacles to the establishment of the rule of law, but they can both appear to be factors in the construction of the rule of law.

KEY WORDS: Law - Rule of law - non-law - Africa - democracy - human rights.

INTRODUCTION

Réintroduit dans la plupart des Etats africains au début des années 1990, à la faveur des grandes réformes politiques, économiques et sociales, sous l'influence de la communauté internationale¹, le concept d'Etat de droit y connaît, depuis lors, un succès grandissant. C'est à juste titre que le Professeur Babacar GUEYE a pu affirmer que : « *Revendiqué comme un leitmotiv par les constitutions africaines, celui-ci [l'Etat de droit] est devenu un pilier essentiel d'un système nouveau en Afrique, la démocratie constitutionnelle* »². En effet, la plupart des constitutions adoptées par les Etats africains depuis le début des années 1990 consacrent, en plus de la démocratie comme mode de gouvernement, le principe de l'édification d'un Etat de droit garantissant la primauté du droit et le respect des droits fondamentaux de la personne humaine³. Certes, ces principes étaient déjà contenus dans les constitutions adoptées par certains pays africains au lendemain de leur accession à l'indépendance au début des années 1960⁴. Toutefois, on sait qu'ils ont, le plus souvent, été reniés ou remis en cause par les régimes autoritaires arrivés au pouvoir dans de nombreux pays africains à la faveur de coups d'Etat quelques années après les indépendances. Ces principes revêtent cependant, aujourd'hui, une nouvelle dimension avec le renouveau constitutionnel que connaissent les Etats africains depuis le début des années 1990.

Le concept d'Etat de droit connaît, en effet, aujourd'hui, un nouvel essor et est au centre du discours des acteurs politiques africains qui l'invoquent régulièrement soit pour justifier leur action, soit pour réclamer des réformes politiques. Une partie de l'opinion publique africaine est désormais acquise à la cause de l'Etat de droit et des citoyens africains n'hésitent plus à exiger des gouvernants le respect de leurs droits et libertés au nom de l'Etat de droit.

Au plan continental, les Etats africains, regroupés au sein de l'Union africaine (UA), ont adhéré collectivement au principe de l'Etat de droit, à travers l'adoption d'instruments politiques et juridiques visant à promouvoir les principes et valeurs de la démocratie, de l'Etat de droit et de la bonne gouvernance. Ainsi, l'Acte constitutif de l'UA du 11 juillet 2000 consacre, au plan juridique, l'adhésion collective des Etats africains à la démocratie et à l'Etat

¹ Cf. A. MOYRAND, « Réflexions sur l'introduction de l'Etat de droit en Afrique noire francophone », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 43, Octobre – décembre 1991, pp. 853-878 ; (G.) CONAC, « Les difficultés d'acclimatation de l'Etat de droit en Afrique », in G. CONAC (dir.), *Etat de droit et démocratie : L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, 1993, pp. 494-497 ; L. DONFACK SOKENG, « L'Etat de droit en Afrique », *Afrique juridique et politique*, Juillet – décembre 2002, pp. 87-125.

² B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, 2009/2, n° 129, p. 12.

³ Voir, à titre d'exemples : Constitution du Bénin du 11 décembre 1990 (Préambule) ; Constitution du Burkina Faso du 2 juin 1991 (Préambule) ; Constitution du Ghana de 1992 (art. 1, 2, 3) ; Constitution du Nigeria de 1999 (art. 1) ; Constitution de la Côte d'Ivoire du 8 novembre 2016 (Préambule) ; Constitution du Sénégal du 7 janvier 2001, telle que modifiée le 20 mars 2016 (Préambule et art. 1, al. 1) ; Constitution du Niger du 25 novembre 2011 (Préambule et art. 8, al. 1).

⁴ La Constitution de la Haute Volta de 1970, par exemple, prévoyait déjà dans son article 3 le contrôle de constitutionnalité des lois. Lire, à ce sujet : A. LOADA et L.-M. IBRIGA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ouagadougou, Presses africaines, Collection Précis de droit burkinabè, mars 2007, pp. 326-332.

de droit⁵. C'est surtout par l'adoption, dans le cadre de l'UA, le 30 janvier 2007, de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance que les Etats africains marquent solennellement leur adhésion collective aux principes et valeurs de l'Etat de droit, de la démocratie et de la bonne gouvernance. Cette Charte prévoit, parmi ses objectifs définis à l'article 2, de : « 2. *Promouvoir et renforcer l'adhésion au principe de l'Etat de droit fondé sur le respect et la suprématie de la Constitution et de l'ordre constitutionnel dans l'organisation politique des Etats parties* » et, parmi les principes qu'il consacre à son article 3, « (...) 2. *L'accès au pouvoir et son exercice, conformément à la Constitution de l'Etat partie et au principe de l'Etat de droit* »⁶.

Au niveau sous régional, certaines Communautés économiques régionales (CER) ont également adopté des instruments politiques et juridiques par lesquels elles engagent leurs Etats membres à se conformer aux principes et valeurs de l'Etat de droit⁷. Par ailleurs, la plupart des Etats africains ont souscrit à des instruments internationaux obligatoires et non-obligatoires, par lesquels ils se sont engagés à promouvoir les principes et valeurs de la démocratie, de l'Etat de droit et de la bonne gouvernance⁸. D'ailleurs, le concept de l'Etat de droit s'est, récemment, imposé en droit international comme un principe directeur des relations internationales, qui lie, désormais, tous les Etats⁹. Comme l'écrit Jacques CHEVALLIER, « *Tout Etat qui se respecte est désormais tenu de se présenter sous l'aspect avenant de l'Etat de droit, qui apparaît comme un label nécessaire sur le plan international* »¹⁰. On peut donc en déduire que l'Afrique est, aujourd'hui, une terre d'accueil de l'Etat de droit.

Toutefois, au-delà de cette adhésion formelle des Etats africains à l'Etat de droit, il reste à apprécier les progrès réels accomplis, depuis le début du renouveau constitutionnel, dans ces Etats en vue de leur transformation qualitative en de véritables Etats de droit. Trente ans après

⁵ Dans le Préambule de l'Acte constitutif de l'UA, les Etats membres se déclarent, en effet, « *Résolus à promouvoir et à protéger les droits de l'homme et des Peuples, à consolider les institutions et la culture démocratiques, à promouvoir la bonne gouvernance et l'Etat de droit* ». Dans le dispositif de l'Acte constitutif, l'article 4, dispose que : « *L'Union africaine fonctionne conformément aux principes suivants : (...) m) Respect des principes démocratiques, des droits de l'homme, de l'Etat de droit et de la bonne gouvernance* ».

⁶ Pour une vue d'ensemble sur la Charte africaine, voir : B. TCHIKAYA, « La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance », *AFDI*, Vol. 54, 2008, pp. 515-528.

⁷ C'est le cas, par exemple, de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) qui a adopté, le 21 décembre 2001, le Protocole (A/SP1/12/01) sur la démocratie et la bonne gouvernance, additionnel au Protocole relatif au Mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité du 10 décembre 1999 (article 34, § 1).

⁸ On se contentera, ici, de mentionner : la Déclaration de Harare, adoptée par les Etats du Commonwealth le 20 octobre 2000 ; la Déclaration de Bamako, adoptée par les Etats de la Francophonie le 3 novembre 2000 ; l'Accord de Cotonou de 2000 conclu entre Union européenne et les Etats ACP (Afrique – Caraïbes – Pacifique).

⁹ Voir, par exemple : Déclaration du Millénaire des Nations Unies de 2000 ; Résolution 57/221 du 18 décembre 2002 de l'Assemblée générale des Nations Unies, intitulée *Renforcement de l'Etat de droit* ; Document final du Sommet mondial de 2005 ; Résolution 67/97 du 14 décembre 2012 de l'Assemblée générale des Nations Unies, intitulée *L'Etat de droit au niveau national et international*. Pour une vue d'ensemble sur la question, voir : M. KAMTO, *Droit international de la gouvernance*, Paris, Pedone, 2013, 338 p., spéc. pp. 63-76.

¹⁰ Cf. J. CHEVALLIER, « La mondialisation de l'Etat de droit », in *Mélanges Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 325-337.

sa réintroduction sur le continent, la question de l'Etat de droit soulève encore bien des débats sur son rôle et sa place en Afrique. A cet égard, si l'on admet avec Babacar GUEYE que l'Etat de droit, tout comme la démocratie, connaît des succès indéniables sur le continent, on doit également admettre avec lui que les résistances et les entraves à l'Etat de droit en Afrique sont encore bien nombreuses¹¹. Au nombre des résistances à l'Etat de droit en Afrique, figurent, paradoxalement, le droit et le non-droit. Concepts apparemment antinomiques, le droit et le non-droit sont pourtant deux réalités sociales qui côtoient l'Etat de droit en construction en Afrique. Autant la consécration de l'Etat de droit implique la suprématie du droit dans la société et, par conséquent, la condamnation de tout phénomène de non-droit, autant la réalité de l'Etat de droit révèle la survivance de certains réflexes de non-droit ainsi que des défaillances du droit.

Ainsi, dans les Etats africains d'aujourd'hui, cohabitent le droit et le non-droit, qui entretiennent des relations dialectiques, tantôt conflictuelles, tantôt complémentaires et tantôt interdépendantes, à telle enseigne que l'on peut s'interroger sur leur place respective dans l'Etat de droit en construction. C'est ce constat qui justifie le choix de la présente étude. Une telle étude exige une clarification terminologique préalable des principaux termes qui en constituent l'ossature, notamment les concepts de droit, de non-droit et d'Etat de droit.

Le concept de droit, comme on le sait, est polysémique et a toujours été au centre d'une controverse doctrinale quant à sa définition. Toutefois, au-delà de ces divergences doctrinales, on admet qu'il revêt généralement deux sens, l'un objectif et l'autre subjectif. Le droit objectif renvoie à l'ensemble des règles de conduite qui s'imposent aux individus dans une société, sous peine de sanction. Selon le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, « *le droit objectif est l'ensemble des règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société* »¹². Dans ce sens, le droit se réfère au droit des différents Etats, c'est-à-dire à leur ordonnancement juridique. Il apparaît donc comme le droit étatique par excellence. Le droit subjectif, pour sa part, désigne une prérogative que le droit objectif reconnaît aux sujets de droit. Il s'agit donc d'une « *prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui* »¹³. Dans le cadre de la présente étude, le droit est entendu dans le sens du droit objectif, même si le droit subjectif n'en est pas totalement exclu, dans la mesure où les droits de l'homme, qui en sont l'expression suprême, sont au cœur de l'Etat de droit.

S'agissant de l'expression non-droit, elle est fréquemment utilisée en sociologie juridique pour désigner une situation d'absence de droit ou de vide juridique. Dans un article publié en 1963 sur « L'hypothèse du non-droit », le Doyen Jean CARBONNIER, partant du constat que : « *Le droit n'emplit pas toute l'atmosphère humaine, qu'il y a, dans les sociétés, des vides de droit [et qu'il y a], à côté du droit, le non-droit* », définit « *le non-droit* » comme « *l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu*

¹¹ Cf. B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *art. cit.*, pp. 12-20.

¹² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12^e éd., Paris, PUF, 2018, p. 290.

¹³ *Ibid.*

vocation théorique à être présent »¹⁴. Toutefois, il ne réduit pas le non-droit au seul vide juridique, puisque, pour lui, il peut aussi viser des hypothèses où la pression du droit est moins forte. Le non-droit, affirme-t-il, n'est pas « le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique »¹⁵. Le non-droit apparaît ainsi non seulement comme une situation de vide juridique, mais aussi comme une zone grise où le droit existe, mais occupe une place relativement faible. Le Doyen Etienne CEREXHE va dans le même sens, puisqu'il considère le non-droit comme une imperfection du droit résultant « soit de l'ineffectivité de la règle, soit de sa non-connaissance, soit de l'existence d'un vide juridique »¹⁶. De ces différentes définitions, on retiendra que le non-droit, sans être l'antonyme du droit, renvoie à des réalités sociales diverses caractérisées par l'absence ou la faiblesse du droit. Ainsi perçu, il existe dans toutes les sociétés et dans tous les Etats, dans des proportions variables d'un Etat à un autre. Dans les Etats africains, le non-droit occupe une place importante, à côté du droit. Ses manifestations sont très variées et recouvrent aussi bien des situations de vide juridique et des situations de fait échappant au droit établi par l'Etat, que des situations juridiques perverses par une instrumentalisation du droit et diverses formes de résistances au droit.

Quant au concept d'Etat de droit, il n'est pas aisé à appréhender. D'une manière générale, il s'entend d'un cadre d'organisation politique de l'Etat dans lequel tous les sujets de droit, y compris les gouvernants et l'Etat lui-même, sont soumis au respect du droit. Toutefois, la notion d'Etat de droit est beaucoup plus complexe à définir et ne peut être comprise que dans sa dimension historique. En effet, conçue par la doctrine juridique allemande à la fin du XIXème siècle, puis systématisée et développée par les juristes occidentaux au cours du XXème siècle, la doctrine de l'Etat de droit s'est progressivement imposée dans les pays occidentaux comme un modèle d'organisation de l'Etat, avant de se développer dans le reste de l'Europe et à travers le monde à la fin du XXème siècle et au début du XXIème siècle. Elle a considérablement évolué dans le temps et est passée d'une conception formelle reposant sur l'idée de la hiérarchie des normes à une conception matérielle privilégiant la garantie de la sécurité et des libertés fondamentales.

Conçu à l'origine comme un instrument de lutte contre l'absolutisme monarchique et comme un moyen de protection du citoyen contre les excès du pouvoir politique, l'Etat de droit désignait au départ un type particulier d'Etat, caractérisé par la soumission de l'Etat à un régime de droit (*Rechtsstaat*). Dans la doctrine allemande qui en est à l'origine, l'exercice du pouvoir politique ne pouvait se faire que dans les limites du droit et les individus doivent

¹⁴ J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1963 ; texte repris dans J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1969, pp. 25, 26.

¹⁵ Ibid. p. 26.

¹⁶ Voir, sur ce point : E. CEREXHE, « Réflexions sur le droit et le non-droit », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, n° 63 (3), juillet/septembre 2009, pp. 344. Voir, dans le même sens R. RICCI, « De la nécessité de redéfinir la frontière entre droit et non-droit », in Raymond VERDIER (dir.), *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, pp. 145-165.

disposer des voies de droit nécessaires contre les éventuels abus de l'Etat¹⁷. Il s'agissait alors de limiter le pouvoir royal en l'encadrant par des règles de droit. L'Etat de droit se caractérisait donc par la soumission de l'Etat à la suprématie de la loi et par le contrôle juridictionnel des actes de l'Etat. Opposant l'Etat de droit à l'Etat de police, Raymond CARRE DE MALBERG le définissait comme un Etat au sein duquel chaque sujet de droit, y compris l'Etat lui-même, est soumis au droit. Pour lui, l'Etat de droit est conçu « *dans l'intérêt des citoyens* » et a pour but « *de les prémunir et de les défendre contre l'arbitraire des autorités étatiques* »¹⁸. Cette conception originaire de l'Etat de droit, qui met l'accent sur les aspects formels de celui-ci comme la légalité formelle de la loi et la hiérarchie des normes, a été portée à son *summum* par le juriste autrichien Hans Kelsen qui a redéfini l'Etat de droit au début du XXème siècle en l'identifiant à l'ordre juridique. Pour le père de la théorie pure du droit, l'Etat et le droit se confondent, de telle sorte que « *tout Etat est un Etat de droit* »¹⁹. L'Etat de droit apparaît donc comme un Etat dans lequel la structure hiérarchisée des normes juridiques limite sa puissance du fait que chaque norme tire sa validité de sa conformité aux normes qui lui sont immédiatement supérieures, dont la plus élevée est une norme hypothétique fondamentale que Kelsen appelle « *Grundnorm* ». Toutefois, on sait que cette conception formaliste de l'Etat de droit présente, aujourd'hui, des limites, en ce qu'elle ouvre la voie à des dérives dictatoriales fondées en droit, comme l'ont démontré des régimes totalitaires du XXème siècle.

Aujourd'hui, on admet qu'elle doit être complétée par une conception matérielle ou substantielle mettant davantage l'accent sur la qualité de l'Etat et des garanties qu'il offre à ses citoyens que sur la garantie du respect formel de la règle de droit. Comme le dit Jacques CHEVALLIER, le concept d'Etat de droit « *renvoie désormais très explicitement à la démocratie libérale et aux droits de l'homme* »²⁰. Autrement dit, au-delà de sa dimension formelle, qui reste toujours importante, l'Etat de droit, dans sa conception actuelle, implique l'adhésion de l'Etat à des principes et à des valeurs intimement liés à la démocratie libérale, telle qu'elle s'est développée dans les pays occidentaux et se trouve aujourd'hui partagée par un grand nombre d'Etats à travers le monde. Il correspond aux exigences fondamentales de l'Etat démocratique moderne²¹.

¹⁷ Le concept a été utilisé pour la première fois au milieu du XIXème siècle par le juriste allemand Robert Von Mohl dans son ouvrage intitulé *Die deutsche Polizei-wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen, H. Laupp, 1832-34. Pour un aperçu général sur la genèse et l'évolution du concept d'Etat de droit, voir : R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 t., Paris, Sirey, 1920-1992, 2 vol. ; D. COLAS (dir.), *L'Etat de droit*, Paris, PUF, 1987 ; M. J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica, 1992, 389 p. ; J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, 6è éd., Paris, LGDJ, 2017, 160 p.

¹⁸ Raymond CARRE DE MALBERG définit l'Etat de police comme un Etat dans lequel l'Etat n'est nullement assujéti au droit. Voir *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, *op. cit.*, cité par M. KAMTO, *Droit international de la gouvernance*, *op. cit.*, p. 66.

¹⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2è éd., 1934, trad. C. EISENMANN, Dalloz, 1962, p. 411.

²⁰ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 9.

²¹ Lire, à ce sujet : S. GIROUD, « Etat de droit et confiscation internationale : Quels enjeux pour l'Etat helvétique ? », in S. GIROUD et A. BORGHI (Eds), *Etat de droit et confiscation internationale*, Editions interuniversitaires suisses – Edis, 2010, pp. 1-18 ; O. CORTEN, « L'Etat de droit en droit international : Quelle

Ainsi compris dans son acception actuelle, l'Etat de droit consacre le règne du droit dans la société et l'égalité des citoyens devant la loi. Il postule que nul n'est au-dessus de la loi et que toutes les relations au sein de la société sont gouvernées par le droit. Par conséquent, doivent être bannies de la société toutes situations de non-droit. Toutefois, cette vision idéaliste de l'Etat de droit ne correspond pas tout à fait à la réalité. Dans les vieilles démocraties occidentales, où l'Etat de droit est une réalité quotidienne, il existe bien des failles qui en montrent les limites et qui sont qualifiées par certains auteurs de « zones de non-droit »²². Dans les jeunes démocraties, où l'Etat de droit est encore en construction et où l'Etat lui-même peine souvent à imposer sa loi, le non-droit occupe une place importante. En Afrique en particulier, il rivalise parfois avec le droit et tend à remettre en cause les fondements même de l'Etat de droit.

Ainsi, l'importance du non-droit aux côtés du droit dans l'Etat de droit en construction en Afrique soulève nécessairement plusieurs problèmes de droit. D'une manière générale, elle soulève la question de la place et des fonctions du droit et du non-droit dans l'Etat de droit en construction en Afrique. Il s'agit donc de réfléchir sur la réalité du droit et du non-droit dans l'Etat de droit dans les Etats africains et sur leur influence respective sur celui-ci. Cette problématique générale suscite au moins deux questions spécifiques : L'Etat de droit en construction en Afrique admet-il le non-droit aux côtés du droit ? Quels sont les effets du droit et du non-droit sur la construction de l'Etat de droit en Afrique ?

Engager une réflexion sur ces questions ne manque pas d'intérêt au plan théorique, dès lors que l'on admet que l'Etat de droit pur n'est qu'une pure fiction juridique et que son introduction en Afrique ne s'est pas faite sans difficultés. Il s'agit alors de réfléchir tant sur la réalité du phénomène du non-droit que sur son interaction avec le droit, dans le contexte de l'Etat de droit en construction en Afrique. Au-delà de cet intérêt théorique, l'étude présente un double intérêt pratique. Il s'agit, à la fois, de jeter un regard critique sur les vicissitudes de l'Etat de droit en Afrique et de rechercher les pistes d'une interaction positive entre le droit et le non-droit pour l'enracinement de l'Etat de droit. Vue sous cet angle, l'étude est d'une grande actualité, dans la mesure où elle touche à une des préoccupations quotidiennes des Etats africains dans leur quête de démocratie et d'Etat de droit et s'inscrit dans les réflexions actuelles sur les récentes tendances²³ du constitutionnalisme en Afrique. Elle s'inscrit en droite ligne de la réflexion générale sur la réception de l'Etat de droit dans les pays africains et se propose de contribuer à la compréhension des phénomènes du droit et du non-droit dans

valeur ajoutée ? », in SFDI, *Colloque de Bruxelles, L'Etat de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, pp. 11-41.

²² Sur l'existence de « zones de non-droit » dans les vieilles démocraties occidentales, voir, à titre d'exemple : L.-Ph. CARRIER, « Zone de non-droit, zone de conflit ? Réflexion sur les finalités et les outils de la démarche juridique », *Jurisdoctoria*, n° 2, 2009, pp. 129-147.

²³ L'évolution du mouvement constitutionnaliste en Afrique fait l'objet d'abondantes réflexions. Voir, à titre d'exemples : A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, 2002/4 (n° 52), pp. 721-748 ; A. KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *Afrilex*, http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/BILAN_SUR_UN_DEMI-SIECLE_DE_CONSTITUTIONNALISME_EN_AFRIQUE_NOIRE_FRANCOPHONE.pdf, consulté le 10/12/2016.

le processus de construction de l'Etat de droit en Afrique et de leur influence respective sur cette construction.

La problématique du droit et du non-droit dans l'Etat de droit en construction peut être traitée sous plusieurs angles. Elle peut, d'abord, être envisagée sous l'angle de la sociologie juridique ou sous celui du droit positif. Elle peut, ensuite, être analysée dans une approche générale et transversale à l'ensemble du droit ou dans une démarche spécifique propre à telle ou telle matière du droit. Mais, compte tenu du rôle déterminant du droit constitutionnel dans la construction de l'Etat de droit, c'est l'approche spécifique axée sur le droit constitutionnel qui sera privilégiée ici.

A cet égard, force est de reconnaître que dans l'Etat de droit en construction en Afrique, le non-droit coexiste avec le droit et interagit avec celui-ci et que tous deux exercent une influence ambivalente sur la construction de l'Etat de droit. Il convient donc d'examiner, d'une part, la coexistence du droit et du non-droit dans l'Etat de droit en construction (I) et, d'autre part, l'influence ambivalente du droit et du non-droit sur l'Etat de droit en construction (II).

I. LA COEXISTENCE DU DROIT ET DU NON-DROIT DANS L'ÉTAT DE DROIT

Le concept d'Etat de droit, tel qu'il a été conçu dans les pays occidentaux et transposé sur le continent africain postule que toutes les relations sociales sont encadrées par le droit et s'accommode mal avec le non-droit ou des situations en dehors de la sphère du droit. Or, une telle vision de l'Etat de droit ne correspond pas à la réalité dans les Etats africains, où l'Etat de droit est toujours en construction²⁴, et où le non-droit coexiste aux côtés du droit. Alors que le droit peine à s'imposer, en raison de ses infirmités qui favorisent le développement du non-droit (A), celui-ci est fortement ancré dans la pratique des institutions et dans la vie quotidienne des citoyens, et constitue, de ce fait, un frein au développement du droit (B).

A. Les infirmités du droit comme facteur de développement du non-droit

Au sens formel, l'Etat de droit implique, avant tout, la primauté du droit dans la société et la soumission de tous, y compris l'Etat lui-même, au droit. Il suppose aussi que soit assurée la hiérarchie des normes, notamment par la garantie de la suprématie de la Constitution sur les autres normes²⁵. Vu sous cet angle, l'Etat de droit semble bien établi dans tous les Etats africains. Cependant, dans les faits, la primauté du droit n'est pas toujours assurée, en raison des nombreuses infirmités dont souffre celui-ci dans la plupart des pays africains. Ces infirmités du droit revêtent deux formes essentielles : la faible prégnance du droit (1), les insuffisances des textes (2).

²⁴ Cf. P.-F. GONIDEC, *Les droits africains*, Paris, LGDJ, 1968 ; J. VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, Paris, PUF, 1963 ; Ch.-G. D. ALOSSE, « La norme du droit en Afrique entre la tradition et la modernité », *Germivoire*, n° 2/2015, pp. 44-61 ; J.-F. BAYART, « La démocratie à l'épreuve de la tradition en Afrique subsaharienne », *Revue Pouvoirs*, 2009/2, n° 129, pp. 27-44, article disponible en ligne à l'adresse : <http://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2009-2-page-27.htm>, consulté le 17/01/2017.

²⁵ Cf. J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, 5^{ème} éd., Paris, LGDJ, Coll. Clefs politique, 2010, 158 p.

1. *La faible prégnance du droit*

L'une des grandes faiblesses de l'Etat de droit dans les pays africains réside sans doute dans la faible prégnance du droit dans la société. La plupart des textes élaborés par l'Etat sont très peu connus par leurs principaux destinataires que sont les citoyens et parfois par les acteurs politiques et les agents de l'Etat. Or, pour que les textes puissent s'imposer aux citoyens et à l'Etat et pour qu'ils atteignent les objectifs qui leur sont assignés, il faut qu'ils soient connus, compris et acceptés comme tels par eux. C'est ce que reconnaît le Doyen Etienne CEREXHE lorsqu'il s'interroge en ces termes : « *Comment respecter une norme si on ignore son existence ou si on ne peut en saisir la signification ?* »²⁶. Malheureusement, la grande majorité des populations africaines reste encore analphabète dans la plupart des Etats et méconnaît le droit de l'Etat. Comme l'affirme Jean-Pierre HENRY, « *la maxime selon laquelle 'nul n'est censé ignorer la loi' tend à devenir de plus en plus fictive* »²⁷. Cette maxime n'a tout simplement aucune portée pratique en Afrique.

Cette situation générale, qui hypothèque la réalisation des objectifs de l'Etat de droit, est particulièrement frappante en ce qui concerne les textes constitutionnels. En effet, outre l'organisation des pouvoirs publics, les constitutions des pays africains contiennent généralement les droits reconnus aux citoyens, ainsi que les devoirs qui leur sont imposés et qui s'inspirent le plus souvent des instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme, en particulier la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Malheureusement, beaucoup de citoyens ignorent les droits les plus élémentaires qui leur sont pourtant reconnus par la Constitution. Ils ignorent également les missions et fonctionnement des institutions publiques, ainsi que les mécanismes juridictionnels et non juridictionnels de garantie de leurs droits. Même la minorité des citoyens scolarisée ou alphabétisée, qui semble privilégiée, méconnaît le contenu de la Constitution qui apparaît comme le domaine réservé des constitutionnalistes²⁸. Cette ignorance des règles constitutionnelles par les citoyens ne leur permet pas de jouir pleinement de leurs droits et de participer efficacement à la vie de la nation. D'ailleurs, beaucoup d'acteurs politiques des partis au pouvoir et des partis d'opposition méconnaissent le plus souvent les règles établies par la Constitution et qui gouvernent les institutions politiques et le fonctionnement de l'Etat. Les comportements des uns et des autres sont souvent davantage dictés par leur conception traditionnelle du pouvoir politique que par les règles fixées par la Constitution. Or, la conception traditionnelle du pouvoir en Afrique, qui veut que celui-ci ne se partage pas et ne se transmet pas, s'accommode difficilement avec la conception démocratique du pouvoir telle qu'elle est consacrée par les constitutions africaines d'aujourd'hui²⁹.

²⁶ E. CEREXHE, *art. cit.*, p. 345.

²⁷ J.-P. HENRY, « La fin de l'Etat de droit », *RDP*, 1977, p. 211.

²⁸ Lire à ce sujet, E. CERHEXE, « Réflexions sur le droit et le non-droit », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, n° 63 (3), juillet/septembre 2009, pp. 342-346, article disponible en ligne à l'adresse : <http://www.institut-idef.org/Reflexion-sur-le-droit-et-le-non.htm>, consulté le 13/12/2016.

²⁹ Sur la conception traditionnelle du pouvoir en Afrique noire, lire, par exemple : J.-F. BAYART, « Les sociétés africaines face à l'Etat », *Revue Pouvoirs*, n° 25, *Les Pouvoirs africains*, avril 1983, pp. 23-39 ; M. KAMTO,

A l'évidence, cette situation générale favorise non seulement la gestion patrimonialiste de l'Etat, mais aussi l'instrumentalisation du droit. Elle peut être, en effet, exploitée par les acteurs politiques dans la gestion du pouvoir politique, dans le fonctionnement de l'Etat ou dans la conduite des affaires publiques. Ainsi, la méconnaissance des dispositions constitutionnelles par les citoyens peut être exploitée par les gouvernants pour procéder à des manipulations du texte constitutionnel ou pour instrumentaliser les processus électoraux, en vue d'atteindre des objectifs politiques personnels ou partisans. C'est précisément dans ce sens que Sény Mahamadou OUEDRAOGO affirme, avec juste raison, que : « *La majorité des fraudes pratiquées [en Afrique] n'est possible qu'avec la caution des peuples qui ne perçoivent ni les enjeux des débats politiques, ni la portée des actes qu'ils sont appelés à accomplir, de sorte que les gouvernants profitent de leur ignorance pour parvenir à leur fin. D'ailleurs, c'est la méconnaissance par le peuple des enjeux de la démocratie qui explique la tendance des gouvernants à les mettre de plus en plus à contribution, à travers des référendums de révision savamment contrôlés et organisés pour certifier leurs forfaitures* »³⁰.

Par ailleurs, l'ignorance des textes est renforcée par la faible culture juridique des populations qui empêche la société d'évoluer vers un véritable Etat de droit. Les citoyens étant peu informés du contenu de la Constitution, des lois et du fonctionnement des institutions publiques, leur vie quotidienne est, en effet, davantage régulée par les traditions et les coutumes anciennes que par les normes de l'Etat de droit. Or, l'Etat de droit, tout comme la démocratie, nécessite, pour son épanouissement, l'appropriation de ses valeurs fondamentales aussi bien par les citoyens que par les acteurs politiques et les agents de l'Etat. Aucun Etat de droit ne peut se construire harmonieusement sans que les citoyens ne soient suffisamment imprégnés des valeurs démocratiques et des mécanismes de fonctionnement de l'Etat de droit. Comme l'affirme si justement Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, « *Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme* »³¹.

Ainsi, les conflits politiques, qui devraient être réglés par les mécanismes juridiques prévus par la Constitution, sont parfois réglés par le recours à la violence ou sur la base d'accords politiques conclus en marge des règles constitutionnelles et parfois au mépris de celles-ci. La crise post-électorale de 2011 en Côte d'Ivoire, par exemple, n'a pas été réglée par la voie du droit, mais par le recours à la force. A l'inverse, les gouvernants ont parfois recours à la violence pour réprimer des manifestations organisées par les partis d'opposition, occasionnant du même coup des violations massives et systématiques des droits de l'homme. Il en fut ainsi, par exemple, en Libye où les mouvements de contestation du régime du colonel Mouammar Kadhafi en 2011 ont été réprimés dans le sang, avec le recours à des moyens militaires extrêmes comme les avions et les chars de combat.

Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone, Paris, LGDJ, 1987, 546 p. ; S. MAPPA, *Pouvoirs traditionnels et pouvoir d'Etat en Afrique. L'illusion universaliste*, Paris, Karthala, 1998, 210 p.

³⁰ S. M. OUEDRAOGO, *La lutte contre la fraude à la Constitution en Afrique noire francophone*, thèse de doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011, p. 24.

³¹ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme. Poursuite d'un dialogue sur quinze années de "transition" en Afrique et en Europe », *art. cit.*

De même, de nombreux conflits ou crises politiques internes en Afrique sont réglés non pas par les institutions républicaines prévues à cet effet, mais par des arrangements politiques conclus entre les acteurs politiques, parfois aux mépris des règles et des principes fondamentaux de la Constitution³². Ces accords politiques traduisent le plus souvent une faible emprise du droit sur la gestion du pouvoir politique et la faiblesse de la culture constitutionnelle dans la société. Aussi, certains auteurs se demandent-ils si le droit n'est pas alors saisi par le politique³³. Nadjombé Gmagnido GBEOU-KPAYILE, par exemple, affirme que : « *L'avènement des arrangements et accords politiques atteste l'idée que l'apparition, dans ces pays, d'un nouvel ordre constitutionnel [celui induit par les arrangements et accords politiques] neutralisant l'ancien est bien le résultat des faiblesses et de l'incapacité de la Constitution à se saisir du politique* »³⁴.

La faible culture juridique des citoyens et la méconnaissance du droit laissent donc un vaste champ ouvert au non-droit. Elles favorisent le développement du non-droit, ainsi que le recours fréquent à la violence comme moyen privilégié de règlement des conflits politiques. Il en va de même de l'imperfection et de l'inapplication des textes.

2. Les insuffisances des textes

Outre la méconnaissance des textes par les citoyens et la faible culture juridique, le droit en Afrique souffre également de les imperfections et insuffisances des textes. Ce phénomène pathologique du droit concerne tous les domaines du droit, mais il est particulièrement remarquable en droit constitutionnel.

En effet, les constitutions et les textes électoraux de certains pays africains, qui constituent le socle idéologique et politique de l'Etat de droit et de la démocratie, comportent souvent, malheureusement, des imperfections, des lacunes, des ambiguïtés et des incohérences qui rendent difficile leur application ou peuvent, dans certains cas, déboucher sur des crises ou des conflits politiques³⁵. C'est dans ce sens que le Pr Jean DU BOIS DE GAUDUSSON a affirmé que : « *L'expérience des quelques années qui viennent de s'écouler montre que plusieurs des difficultés et crises politiques rencontrées [en Afrique] sont d'ordre institutionnel ; elles ont pour origine les imperfections des textes constitutionnels en quelque sorte inachevés, faute de prévoir certaines situations et en raison de dispositions trop*

³² Lire à ce sujet : P. MAMBO, « Les rapports entre la constitution et les accords politiques dans les Etats africains : Réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue de droit de McGill*, Vol. 57, n° 4, juin 2012, pp. 921-952 ; S. BOLLE, « Des constitutions « made in » Afrique », mai 2005, article disponible en ligne à l'adresse : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/texte7/BOLLE.pdf>, consulté le 31/08/2017.

³³ Cf. J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, n° spécial, octobre-décembre 1996, pp. 250-256 ; C. K. CHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », *RFDC*, 2005/3, n° 63, pp. 451-491 ; F. J. AÏVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, n° 12, 2012, pp. 142-180.

³⁴ N. G. GBEOU-KPAYILE, « L'idée de Constitution en Afrique noire francophone », *Afrilex*, mai 2017, p. 24, article disponible à l'adresse : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Article_GBEOU-KPAYILE.pdf, consulté le 06/01/2019.

³⁵ Cf. C. K. CHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », *op. cit.* pp. 476-479 ; S. BOLLE, « Des constitutions « made in » Afrique », *op. cit.*, pp. VII-XIII.

sommaires et trop rigides »³⁶. Ces imperfections techniques s'expliquent en partie par le contexte particulier de l'adoption de la plupart de ces constitutions, marqué notamment par la fin des régimes autoritaires et la montée des revendications citoyennes, symbolisées par la tenue, au début des années 1990, ici et là, de conférences nationales souveraines qui devaient permettre un renouveau démocratique dans les pays africains³⁷. Elles s'expliquent aussi par la volonté de certains dirigeants politiques de tourner les textes constitutionnels en leur faveur, soit pour pérenniser leur pouvoir politique en empêchant l'alternance politique, soit pour éliminer des concurrents politiques des compétitions électorales.

Ainsi, certaines des imperfections sont liées à l'écriture même des constitutions, qui ont souvent été adoptées dans l'urgence et dans un contexte politique national et régional très tendu. Il s'agit essentiellement de lacunes ou de vides constitutionnels, qui correspondent à des situations non prévues par la Constitution, mais dont l'avènement pourrait donner lieu à des interprétations divergentes et contradictoires de la loi fondamentale³⁸. De telles imperfections techniques concernent aussi le statut du Chef de l'Etat. Alors même que la plupart des constitutions élaborées au cours des années 1990 avaient été conçues en réaction à l'omnipotence du chef de l'Etat qui, dans le passé, avait été accusé d'être à l'origine de dérives autocratiques, nombre d'entre elles contiennent, paradoxalement, des dispositions faisant de lui la cheville ouvrière du jeu politique, en raison de l'étendue de ses pouvoirs, renforcée par la légitimité qu'il tire de son élection au suffrage universel direct. Les récentes réformes constitutionnelles opérées dans plusieurs pays africains au cours des dernières années ont précisément eu pour effet ou pour objet de renforcer davantage le statut du chef de l'Etat³⁹.

D'autres imperfections qui affaiblissent les textes constitutionnels sont des dispositions discriminatoires portant notamment sur les conditions d'éligibilité aux élections présidentielles ou législatives. Certaines constitutions africaines, élaborées ou modifiées dans un contexte particulier au regard des forces politiques en présence, contiennent, en effet, des dispositions destinées à favoriser la mainmise du pouvoir en place sur les institutions

³⁶ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Point d'actualité sur les modalités de production du droit constitutionnel dans les Etats africains francophones », in *Mélanges Patrice Gélard, Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, pp. 342, cité par C. K. TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », *art. cit.*, pp. 477-478.

³⁷ Voir à ce sujet : Th. HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? », *Revue béninoise de sciences juridiques et administratives* (RBSJA), 2006, n° 16, pp. 18 et ss. ; A. KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *Afrilex*, article disponible à l'adresse : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/BILAN_SUR_UN_DEMI-SIECLE_DE_CONSTITUTIONNALISME_EN_AFRIQUE_NOIRE_FRANCOPHONE.pdf, consulté le 25/08/2017.

³⁸ Sur la problématique des lacunes et vides constitutionnels dans les Etats africains, voir, notamment : J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 609-627.

³⁹ Cf. J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Quel statut constitutionnel pour le chef de l'Etat en Afrique ? Entre principes théoriques et pratique du pouvoir », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, pp. 329-337 ; « Les tabous du constitutionnalisme en Afrique. Introduction thématique », *Afrique contemporaine*, 2012/2, n° 242, pp. 53-58, spéc. p. 54.

républicaines ou à éliminer des acteurs de l'opposition de la vie politique nationale ou des compétitions électorales. De telles dispositions contiennent en elles-mêmes des germes de conflits, car elles peuvent pousser les personnes concernées à recourir à la violence ou à la rébellion pour protester contre ces discriminations. Il en a été ainsi, par exemple, de l'article 35 de la Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000, adoptée au lendemain du putsch militaire du 24 décembre 1999, alors que la Côte d'Ivoire traversait une crise profonde liée à la question de l'ivoirité. Cette disposition, relative aux conditions d'éligibilité du Président de la République, prévoyait, en effet, que : « (...) *Le candidat à l'élection présidentielle doit être âgé de quarante ans au moins et soixante-quinze ans au plus. Il doit être ivoirien d'origine, né de père et de mère eux-mêmes ivoiriens d'origine. Il doit n'avoir jamais renoncé à la nationalité ivoirienne. Il ne doit s'être jamais prévalu d'une autre nationalité (...)* ». Elle a été considérée comme une constitutionnalisation du concept d'ivoirité destinée à éliminer définitivement du scrutin présidentiel de la même année Alassane Ouattara, ancien Premier Ministre sous le régime du Président Félix Houphouët Boigny, dont la nationalité ivoirienne avait été mise en doute, précisément pour l'écarter de la compétition électorale. Cependant, on sait aussi que cette disposition discriminatoire a été le principal élément déclencheur de la tentative avortée de coup d'Etat du 19 septembre 2002⁴⁰.

L'imperfection des textes est souvent renforcée par leur inapplication. L'inapplication des textes est également une des grandes faiblesses du droit dans les Etats africains⁴¹. Le droit étant la pierre angulaire de l'Etat de droit, son application est la condition *sine qua non* de la réalisation de celui-ci. Or, malheureusement, dans la plupart des Etats africains, les textes édictés par les pouvoirs publics sont très faiblement appliqués dans la réalité. De nombreuses dispositions constitutionnelles restent souvent inappliquées, en raison soit de l'absence de textes d'application, soit de leur inadaptation⁴². Comme l'écrivait le Professeur Maurice AHANHANZO-GLELE, « *La Constitution en Afrique est malade de deux manières : soit par son inapplication, soit par l'instrumentalisation résultant de son application* »⁴³.

Ces différentes faiblesses du droit liées aux insuffisances des textes, tout comme celles tenant à la faible prégnance du droit, offrent un terreau favorable à la persistance du non-droit.

⁴⁰ On se rappelle que la crise socio-politique et militaire ivoirienne, déclenchée en septembre 2002, a marqué le pays pendant près de dix ans et a connu de nombreux soubresauts. Sur les aspects constitutionnels de cette crise, voir, par exemple : D. F. MELEDJE, « Faire, défaire et refaire la Constitution en Côte d'Ivoire : un exemple d'instabilité chronique », in Ch. FOMBAD, Chr. MURRAY (Eds), *Fostering Constitutionalism in Africa*, PULP, 2010, pp. 309-339 ; I. KONE, « Coup d'Etat et refondation politique en Afrique : le cas de la Côte d'Ivoire », *Revue africaine de droit international et comparé (RADIC)*, Vol. 12, décembre 2000, pp. 670-702.

⁴¹ Lire à ce sujet L. MATALA-TALA, « L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne », *Revue Civitas Europa*, 2013/2 (n° 31), pp. 241-260.

⁴² Sur la problématique de l'effectivité du droit constitutionnel, lire : G. CONAC, « Les constitutions des Etats d'Afrique et leur effectivité », in G. CONAC (dir.), *Dynamiques et finalités du droit africain*, Paris, Economica, 1990, pp. 385-413 ; B. GUEYE, « La démocratie en Afrique. Succès et résistances », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 5-26 ; L. MATALA-TALA, « L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne », *Civitas Europa*, 2013/2, n° 31, pp. 241-260, article disponible en ligne, à l'adresse : <http://www.droitconstitutionnel.org/CongresNancy/comN4/matalaT4.pdf>, consulté le 24/01/2017.

⁴³ Cf. M. AHANHANZO-GLELE, « La constitution ou loi fondamentale », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, T 1, Abidjan, NEA, 1982, p. 33, cité par N. G. GBEOU-KPAYILE, « L'idée de Constitution en Afrique noire francophone », *Afrilex*, art. cit., p. 1.

B. La persistance du non-droit comme obstacle au développement du droit

Le non-droit apparaît comme un phénomène de société que l'on rencontre dans tous les pays. Dans les pays africains en particulier, malgré les progrès indéniables de l'Etat de droit au cours des trois dernières décennies, le non-droit occupe des pans entiers de la vie nationale et prend des formes multiples. Dans le domaine du droit constitutionnel, les manifestations du non-droit sont imputables tantôt aux défaillances de l'Etat (1) et tantôt aux comportements des citoyens eux-mêmes (2). Dans un cas comme dans l'autre, leur persistance constitue un obstacle au développement du droit.

1. Le non-droit découlant des défaillances de l'Etat

Le non-droit dans les Etats africains est un véritable paradoxe. Alors que tous les Etats africains prétendent agir selon le droit et conformément à la loi et qu'ils disposent d'un cadre juridique formel susceptible de garantir l'Etat de droit, ce sont eux-mêmes qui sont parfois à l'origine du non-droit, soit qu'ils agissent en dehors du droit, soit qu'ils laissent subsister des pratiques de non-droit, soit encore qu'ils se trouvent, dans certains cas, dans l'impossibilité d'assurer leurs missions régaliennes. On observe, en effet, que la pratique constitutionnelle des Etats africains recèle de nombreuses zones de non-droit qui sont autant d'obstacles à la consolidation du droit et du constitutionnalisme.

Il en est ainsi, d'abord, des pratiques anticonstitutionnelles développées par les acteurs politiques en marge de la Constitution et qui tendent à la contourner, voire à la neutraliser. En effet, le fonctionnement de l'Etat en Afrique n'est pas toujours gouverné par la Constitution qui est pourtant le fondement du fonctionnement des institutions politiques et la source de tout pouvoir au sein de l'Etat. Des pans entiers de la vie politique nationale peuvent ainsi échapper aux règles constitutionnelles par des pratiques imposées par des acteurs politiques ou convenues entre eux. Sans pour autant constituer directement des violations de la Constitution ou de véritables conventions de la Constitution, selon l'expression de Dicey⁴⁴, ces pratiques tendent à s'imposer par la seule volonté des acteurs politiques⁴⁵. C'est le cas, par exemple, de certains accords politiques conclus entre des acteurs politiques nationaux, avec l'appui ou sous la pression de la communauté internationale et des organisations régionales africaines, dans le cadre d'un processus de sortie de crise.

⁴⁴ Utilisée pour la première fois par Dicey (« *Constitutional Convention* », in *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Trad. Batut A. et Jèze G., Paris, éd. Giard et Brière, 1902, l'expression « convention de la Constitution renvoie au consensus des institutions ou des pouvoirs publics sur des normes constitutionnelles déduites de la pratique constitutionnelle, mais qui peuvent être contradictoires avec le texte constitutionnel. Lire à ce sujet : P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 1997 ; F. LUCHAIRE, « Les conventions de la Constitution dans le système français », *RFDC*, 1998, pp. 451-515.

⁴⁵ Sur les pratiques constitutionnelles en marge de la Constitution en Afrique, lire, par exemple : J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 609-627 ; S. BOLLE, « Des constitutions « made in » Afrique », mai 2005, article disponible en ligne à l'adresse : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/texte7/BOLLE.pdf> ; K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC*, 2012/2, n° 90, pp. 57-85.

Ces arrangements politiques, conclus le plus souvent en marge de la Constitution, prévoient généralement des mesures exceptionnelles et transitoires qui touchent à l'organisation des pouvoirs politiques et au fonctionnement des institutions républicaines. Il peut s'agir, par exemple, de mesures relatives à des mécanismes de partage du pouvoir (gouvernement d'union nationale, gouvernement de transition), de mesures de rééquilibrage des pouvoirs, de la création de nouvelles institutions ou de quotas de participation au sein des assemblées parlementaires ou d'autres institutions de la République. Ainsi en est-il, par exemple, de l'Accord de Linas-Marcoussis de 2003⁴⁶, des Accords de Pretoria de 2004 et de l'Accord politique de Ouagadougou de 2007⁴⁷, conclus entre les acteurs de la crise politique ivoirienne et qui prévoyaient des mesures relatives aux conditions d'éligibilité à la présidence de la République différentes de celles prévues par la Constitution ou des mesures de partage du pouvoir non prévues par celle-ci. De même, l'Accord de paix conclu en février 2008 au Kenya sous l'égide de l'ancien Secrétaire général des Nations Unie, Kofi Annan, suite aux violences postélectorales de 2007, a permis de mettre en place un gouvernement d'union nationale fondée sur un partage de pouvoir entre le Président sortant, Mwai Kibaki, dont la réélection était contestée, et Raila Odinga, son challenger, qui devait occuper le poste de Premier ministre, alors qu'un tel poste n'était pas prévu par la Constitution. A l'évidence, de tels accords politiques, qui contiennent des mesures constitutionnelles non prévues par la Constitution, tendent à contourner celle-ci, voire à la vider en partie de sa substance. Ils remettent en cause la portée réelle de la Constitution et soulèvent en droit la question de leur conformité à celle-ci⁴⁸. On a pu dire qu'ils consacrent « *un recul du constitutionnalisme* »⁴⁹ ou « *la suprématie des arrangements politiques* » sur le texte de la Constitution.

Il en va de même de la pratique de la prolongation des mandats électifs sans élections. En effet, les constitutions africaines prévoient généralement une durée précise pour les mandats électifs et l'organisation d'élections à échéances régulières, afin de permettre au peuple de

⁴⁶ L'Accord de Linas-Marcoussis, conclu le 24 janvier 2003 entre les protagonistes de la crise ivoirienne sous l'égide de la France, prévoyait des conditions d'éligibilité à la présidence de la République différentes de celles prévues à l'article 35 de la Constitution ivoirienne de 2000. Sur ce point, voir J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « L'Accord de Linas-Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, 2003/2, pp. 41-; A. KPODAR, « Politique et ordre juridique : les problèmes constitutionnels posés par l'Accord de Linas-Marcoussis du 23 janvier 2003 », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2005/4, pp. 2503-2522.

⁴⁷ L'Accord politique de Ouagadougou, conclu le 4 mars 2007 entre le Président de la République, Laurent Gbagbo, et le Secrétaire général des Forces Nouvelles, Guillaume Soro, prévoyait, outre les mesures relatives à l'identification générale de la population, au processus électoral, aux Forces de défense et de sécurité et à la restauration de l'autorité de l'Etat, un nouveau cadre institutionnel de mise en œuvre des mesures convenues. a organisé un réel partage des pouvoirs entre les deux protagonistes de la crise ivoirienne. Laurent Gbagbo devait ainsi garder son poste de Président de la République et Guillaume Soro devait occuper celui de Premier Ministre.

⁴⁸ Lire à ce sujet : C. K. CHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », *RFDC*, 2005/3, n° 63, pp. 451-491 ; J.-L. ATANGANA-AMOUGOU, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2008/3, pp. 1723-1743 ; P. MAMBO, « Les rapports entre la Constitutions et les accords politiques dans les Etats africains : Réflexions sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue de droit de McGill*, 2012/4, n° 57, pp. 921-952 ; K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC*, 2012/2, n° 90, pp. 57-85 ;

⁴⁹ A. KPODAR, « Politique et ordre juridique : les problèmes constitutionnels posés par l'Accord de Linas-Marcoussis du 23 janvier 2003 », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, op. cit.*, p. 2522.

choisir librement ses représentants. Or, on observe souvent dans certains Etats des pratiques consistant à prolonger des mandats électifs arrivés à échéance par des voies autres que les élections. Justifiée tantôt par des contraintes budgétaires et tantôt par une situation de crise ou de conflit, ces prorogations de mandats concernent le plus souvent les élus locaux ou les membres des assemblées parlementaires, mais aussi des chefs d'Etat. Elles sont réalisées soit par voie législative, soit par voie réglementaire, soit encore par un simple accord politique. Ainsi, au Tchad, les mandats des députés à l'Assemblée nationale ont été prorogés à deux reprises (1997-2001 et 2002-2006). Au Sénégal, les mandats des députés à l'Assemblée nationale ont été également prorogés par deux fois, par voie de loi de révision constitutionnelle⁵⁰, pour des raisons politiques. Au Burkina Faso aussi, le mandat des députés à l'Assemblée nationale, élus lors du scrutin du 6 mai 2007, a été prorogé par voie législative en 2012 jusqu'à la validation des députés de la nouvelle législature⁵¹. Plus récemment, en Guinée, le mandat des députés à l'Assemblée nationale, élus le 28 septembre 2013, installés le 13 janvier 2014, et dont le mandat devait expirer le 13 janvier 2019, a été prorogé jusqu'à l'installation de la nouvelle législature par décret présidentiel en date du 11 janvier 2019.

Au Burundi, Domitien Ndayizeye a succédé, en avril 2003, au Président Pierre Buyoya, sans élection, sur la base de l'Accord politique d'Arusha pour le Burundi conclu en 1998 sous la médiation du Président sud-africain Nelson Mandela. Son mandat, qui devait s'achever le 1^{er} novembre 2004, a été prolongé jusqu'en août 2005, date à laquelle a été élu le nouveau Président, Pierre N'Kurunziza. En Côte d'Ivoire, le mandat du Président Laurent Gbagbo, élu en 2000, qui devait s'achever en 2005, a été prorogé à plusieurs reprises grâce au jeu des accords politiques et par des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies jusqu'à l'organisation de l'élection présidentielle en 2010. Ces solutions politiques convenues en dehors du texte constitutionnel constituent également des solutions anticonstitutionnelles et une confiscation de la souveraineté du peuple par les acteurs politiques.

Les changements anticonstitutionnels de gouvernement constituent également une des formes les plus éclatantes des pratiques anticonstitutionnelles, car il s'agit d'un mode d'accession non-démocratique au pouvoir. Certes, pendant longtemps, les coups d'Etat militaires étaient considérés en Afrique comme la voie royale d'accès au pouvoir. Cependant, depuis l'avènement de l'Etat de droit démocratique sur le continent au début des années 1990, les coups d'Etat et les autres formes non-démocratiques d'accès au pouvoir ont été déclarés hors-la-loi. Cependant, malgré cette condamnation générale des coups d'Etat et autres changements anticonstitutionnels de gouvernement, on assiste encore parfois, ici et là, à de telles pratiques, comme en témoignent les nombreux coups d'Etat intervenus au cours de la

⁵⁰ Cf. Loi constitutionnelle n° 2006-11 du 20 janvier 2006 prorogeant le mandat des députés élus à l'issue des élections législatives du 29 avril 2001 et Loi constitutionnelle n° 2007-21 du 19 février 2007 modifiant la loi n° 2006-11 du 20 janvier 2006 prorogeant le mandat des députés élus à l'issue des élections législatives du 29 avril 2001.

⁵¹ Cf. Loi n° 024-2012/AN du 25 mai 2012 portant prorogation du mandat des députés.

dernière décennie dans certains pays francophones d'Afrique⁵². Outre la remise en cause de la Constitution et la rupture de l'ordre constitutionnel qu'elles entraînent, ces pratiques anticonstitutionnelles provoquent le plus souvent un bouleversement de l'ordre juridique national et constituent, de ce fait, une manifestation flagrante du non-droit.

Cependant, le non-droit, en tant que phénomène de société, ne découle pas seulement des défaillances de l'Etat. Il résulte également des comportements des citoyens.

2. Le non-droit découlant des comportements des citoyens

Le non-droit en Afrique n'est pas le seul fait de l'Etat. Il provient également de certains comportements des citoyens qui, sans être nécessairement des violations du droit, constituent des entraves à l'enracinement de celui-ci et correspondent à des situations de non-droit. Parfois qualifiés d'incivisme, c'est-à-dire des comportements traduisant un manque de civisme ou de dévouement pour la nation, ces comportements peuvent résulter de pratiques coutumières néfastes, de la contestation de l'ordre politique établi, de la perte des valeurs morales et éthiques de la société, ou des ressentiments des citoyens face à l'injustice sociale ou aux dérives des pouvoirs publics. Ils revêtent des formes très variées. Les plus emblématiques sont, entre autres, le faible recours à la justice étatique, la pratique de la justice privée, les pesanteurs socio-culturelles, la défiance à l'égard de l'Etat et de son autorité.

Le faible recours à la justice est sans doute l'une des manifestations caractéristiques du non-droit en Afrique, en ce qu'il ne permet pas au juge de jouer efficacement son rôle de premier garant de l'Etat de droit. En effet, la plupart des citoyens africains n'ont pas confiance en la justice étatique et y ont rarement recours pour régler les conflits qui les opposent. Ils sont encore plus réticents à engager une procédure juridictionnelle contre les actes des autorités politiques leur portant grief. Un recours contentieux contre un acte politique est le plus souvent perçu comme une offense à l'autorité suprême, voire « un crime de lèse-majesté ». Aussi préfèrent-ils recourir aux arrangements non juridictionnels ou à la justice traditionnelle et l'administration elle-même à une préférence marquée pour les solutions transactionnelles pour certaines infractions commises par les citoyens. Dans certains cas, notamment lorsque la paix sociale a été gravement mise à mal et qu'il y a eu des violations graves et massives des droits de l'homme, l'Etat lui-même a recours à un système de justice transitionnelle en marge de l'appareil judiciaire étatique pour ramener la paix sociale et favoriser la réconciliation nationale, en s'inspirant des traditions africaines⁵³. Il en a été ainsi en Afrique du Sud au lendemain de la fin du régime de l'apartheid, avec la mise en place, en 1995 par le Président Nelson Mandela, d'une « Commission vérité et réconciliation ». Il en a

⁵² On peut, notamment, mentionner les coups d'Etat intervenus en Mauritanie en 2008, en Guinée en décembre 2008, à Madagascar en 2009, au Niger en 2010, en Guinée-Bissau et au Mali en 2012, en Centrafrique en 2013 et au Burkina Faso en septembre 2015.

⁵³ Lire, par exemple : P. MANIRAKIZA, « La contribution africaine au développement de la justice pénale internationale », *RDUS*, 2009-10, pp. 409-477 ; K. ANDRIEU, *La justice transitionnelle : de l'Afrique du Sud au Rwanda*, Paris, Gallimard, 2012, 671 p. ; Groupe des sages de l'Union africaine, *Rapport sur Paix, justice et réconciliation en Afrique. Opportunité et défis liés à la lutte contre l'impunité*, La Collection de l'Union africaine, New York, International Peace Institute, décembre 2013, 107 p. ; J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs », *Afrique contemporaine*, n° 250, 2014/2, pp. 13-28.

été également ainsi au Rwanda au lendemain du génocide de 1994, avec le rétablissement des juridictions traditionnelles dénommées *Gacaca* pour juger les auteurs des crimes de génocide perpétrés en 1994. Ainsi, se développe une « culture de non-droit » dans l'Etat de droit.

Quant à la justice privée, désignée parfois sous l'expression de vengeance privée, elle est un phénomène très courant en Afrique subsaharienne où la population s'en prend parfois violemment à des individus qualifiés de voleurs⁵⁴ ou soupçonnés d'appartenir à une catégorie de personnes traditionnellement bannies de la société⁵⁵. Cet état de fait est favorisé à la fois par les défaillances de la justice et la préférence des citoyens pour les moyens non juridictionnels pour le règlement de leurs conflits. Il se manifeste sur le champ du droit constitutionnel par la préférence pour le recours à la violence pour contester les résultats des élections au détriment du recours à la justice constitutionnelle.

Les pesanteurs socio-culturelles sont des pratiques sociales et culturelles anciennes qui résistent au changement dans la société. Expriment un attachement à la conservation des traditions, des us et coutumes, elles sont réfractaires aux évolutions dans la société. Elles existent dans tous les Etats africains et revêtent des formes très variées comme les pratiques discriminatoires et les différentes formes de violences à l'égard des femmes (mutilations génitales féminines, mariages forcés de jeunes filles), les discriminations sociales fondées sur les castes, les ethnies ou les religions, ou les pratiques esclavagistes⁵⁶. Outre les atteintes récurrentes qu'elles portent aux droits des personnes concernées, les pesanteurs socio-culturelles constituent des formes de résistance au droit et, partant, une forme de non-droit empêchant le droit d'évoluer dans un contexte d'Etat de droit en construction. Selon Jean CARBONNIER, « *tout obstacle au droit crée du non-droit* »⁵⁷. A cet égard, se pose la question de l'articulation entre le droit étatique et les droits coutumiers qui cohabitent sur le même champ du droit.

S'agissant, enfin, de la défiance de l'autorité de l'Etat, elle constitue, aujourd'hui, un véritable défi pour plusieurs Etats africains qui sont confrontés à diverses formes de contestations socio-politiques mettant à mal leur autorité. Certains d'entre eux sont, en effet, souvent confrontés à des manifestations violentes de rue contre des mesures gouvernementales, entraînant parfois des destructions de biens publics et privés ainsi que des violations graves des droits de l'homme. D'autres, comme le Mali, la Centrafrique ou la

⁵⁴ C'est le cas du lynchage par la foule d'individus soupçonnés de vol ou de crimes, couramment pratiqués dans plusieurs pays d'Afrique de l'Ouest (Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Mali, Niger, Nigeria, Togo), d'Afrique centrale (Cameroun, Congo, RDC) ou d'Afrique australe (Afrique du sud, Zimbabwe).

⁵⁵ On mentionnera, ici, les cas sporadiques de violences ou d'exclusion sociale contre les albinos au Cameroun, les gays et lesbiennes au Cameroun et en RDC, les femmes soupçonnées d'être des « mangeuses d'âmes » au Burkina Faso. Cf. S. LALLEMAND, *La mangeuse d'âmes. Sorcellerie et famille en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 1988, 189 p.

⁵⁶ Pour un aperçu général sur les pesanteurs socio-culturelles, lire, à titre d'exemple, C.-G. D. ALOSSE, « La norme du droit en Afrique, entre tradition et modernité », *Germivoire*, n° 2/2015, pp.44-61 ; (Ph.) HUGON, « Les blocages socioculturelles du développement en Afrique noire », *Revue Tiers-Monde*, Tome 8, n°31, 1967, pp. 699-709, article disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.persee.fr/doc/tiers_040-7356_1967_num_8_31_2377, consulté le

⁵⁷ J. CARBONNIER, *art. cit.*, p. 31.

République Démocratique du Congo, doivent faire face à des actions de groupes rebelles armés qui cherchent à imposer une certaine autonomie dans les régions qu'ils contrôlent. D'autres encore, tels que le Burkina Faso, le Mali, le Niger ou le Nigeria, sont en proie à des attaques terroristes récurrentes dirigées contre les forces de défense et de sécurité ou contre la population civile, et qui ont des conséquences incalculables sur la paix sociale et sur les droits des citoyens. Cette défiance de l'autorité de l'Etat a comme inconvénient majeur d'affaiblir l'Etat et son autorité. Or, lorsque l'Etat est trop faible et sans autorité, il n'est pas en mesure d'assurer l'ordre public et la sécurité des personnes et la société peut basculer dans l'anarchie, le désordre et la loi du plus fort. Dès lors, le droit de l'Etat se trouve en péril et cède le pas au règne du non-droit. Comme le disait si justement Paul Valéry, « *Si l'Etat est fort, il nous écrase. S'il est faible, nous périssons* »⁵⁸.

Ainsi, dans l'Etat de droit en construction en Afrique, le droit et le non-droit coexistent et s'influencent mutuellement. Mais, au-delà des relations dialectiques qu'ils entretiennent entre eux, le droit et le non-droit exercent une influence ambivalente sur l'édification de l'Etat de droit.

II. L'INFLUENCE AMBIVALENTE DU DROIT ET DU NON-DROIT SUR L'ETAT DE DROIT

Si, *a priori*, on peut penser que le droit favorise la construction de l'Etat de droit et que le non-droit constitue un obstacle à sa réalisation, en Afrique, cependant, le droit ne favorise pas toujours l'émergence de l'Etat de droit et peut, paradoxalement, à l'instar du non-droit, constituer un frein à son édification. De même, contrairement à ce que l'on peut penser, le non-droit n'est pas nécessairement l'antonyme du droit et peut, dans certaines conditions, contribuer à la consolidation de l'Etat de droit. Le droit et le non-droit exercent donc une influence ambivalente sur l'Etat de droit. Autant ils peuvent constituer des obstacles potentiels à l'émergence de l'Etat de droit (A), autant ils peuvent se révéler être de véritables facteurs de construction de l'Etat de droit (B).

A. Le droit et le non-droit comme obstacles potentiels à l'émergence de l'Etat de droit

Si dans tous les pays, le non-droit constitue sans aucun doute une entrave à l'émergence de l'Etat de droit et le droit une garantie à sa réalisation, dans de nombreux pays africains, par contre, le droit n'est pas toujours un facteur de construction de l'Etat de droit. Bien au contraire, il apparaît parfois comme un moyen de contournement de l'Etat de droit, voire un obstacle à la réalisation de ses objectifs, notamment lorsqu'il n'est pas sous-tendu par des valeurs démocratiques. Ainsi, en Afrique, le droit (1), tout comme le non-droit (2), peut constituer un frein à la construction de l'Etat de droit.

1. Le droit comme un frein potentiel à la construction de l'Etat de droit

D'une manière générale, on admet que l'Etat de droit suppose le primat du droit dans tous les rapports sociaux, y compris dans l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics. Mais, encore faut-il que ce droit réponde aux exigences et aux finalités de l'Etat de droit. En

⁵⁸ P. VALÉRY, *Regards sur le monde actuel*, Paris, Ed. Stock, 1931, p. 72.

effet, dans l'Etat de droit, le droit est, en principe, au service de l'intérêt général. La loi, dit-on, vise à servir l'intérêt général⁵⁹. Saint Thomas d'Aquin disait justement à ce propos que : « toute loi vise l'intérêt commun des hommes et ce n'est que dans cette mesure qu'elle acquiert force et valeur de loi ; dans la mesure au contraire où elle ne réalise pas ce but, elle perd de sa force d'obligation »⁶⁰. Sous le régime de l'Etat de droit, la loi doit non seulement répondre à un impératif d'intérêt général, mais en outre garantir la protection des droits de l'homme et assurer la sécurité juridique et l'égalité pour tous les citoyens. C'est dans ce sens que Jacques CHEVALLIER écrit que : « L'Etat de droit ne peut être l'Etat de n'importe quel droit (...) »⁶¹. Autrement dit, dans un Etat de droit moderne, le droit doit répondre à un certain nombre d'exigences fondamentales.

Or, dans de nombreux pays africains, la loi ne sert pas toujours l'intérêt général et ne garantit pas toujours le respect des droits fondamentaux des citoyens et encore moins leur égalité devant la loi. Elle est parfois tournée, soit dans son élaboration, soit dans son application, au service d'un individu ou d'un groupe de personnes. Le droit, au lieu de servir l'intérêt général, n'est parfois qu'un simple instrument entre les mains des gouvernants qui n'hésitent pas à le manipuler pour atteindre des objectifs politiques, notamment de conquête ou de conservation du pouvoir. Il est ainsi parfois l'objet d'un certain nombre d'usages frauduleux qui tendent à le vider de sa substance, ce qui peut affecter la qualité de l'Etat de droit. Trois pratiques récurrentes suffisent à illustrer ce dévoiement du droit : l'instrumentalisation de la Constitution, le comportement déviant du juge constitutionnel et l'instrumentalisation de la justice.

L'instrumentalisation du texte constitutionnel est une pratique courante dans plusieurs pays africains et constitue sans nul doute la forme la plus emblématique de la manipulation du droit en Afrique⁶². Elle consiste en des révisions abusives et frauduleuses de la Constitution à des fins autres que celles du renforcement de l'Etat de droit ou de la démocratie, notamment en vue de servir les intérêts d'une personne ou d'un groupe de personnes. Certes, les révisions constitutionnelles sont nécessaires pour tenir compte de l'évolution du temps et des mutations de la société. En cela, on a pu dire que : « Les constitutions ne sont pas des tentes dressées pour le sommeil »⁶³. Toutefois, il y a manipulation de la Constitution dès lors qu'on est en

⁵⁹ Cf. C. BRESSON, A. COLLET, M. DUBREUIR, Ch. ANDRE (dir.), *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier TRUCHET*, Paris, Dalloz, 2015, 693 p. ; J. CHEVALLIER, « réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in CURAPP (éd.), *Variations autour de l'intérêt général*, Paris, PUF, 1978, pp. 11-45.

⁶⁰ Saint Thomas d'Aquin, *La somme théologique*, édition de la revue des jeunes, 68 vol., Paris, Tournai, Rome, 1925.

⁶¹ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, op. cit., p. 92.

⁶² Lire à ce sujet : J.-L. ATANGANA-AMOUGOU, « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Politeia*, n° 7, Printemps 2007, pp. 583-622, article disponible en ligne, à l'adresse : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/texte7/ATANGANA.pdf> ; D. F. MELEDJE, « La révision constitutionnelle dans les Etats africains francophones : Esquisse de bilan », *RDP*, 1999, n°1, p.112. Voir aussi K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone », *RFDC*, 2012/2, n°90, pp.57-85.

⁶³ Pierre ROYER-COLLARD, cité par L. FAVOREU, « Rapport introductif », in P. AVRIL et M. VERPEAUX (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, LGDJ, 2000, p. 16.

présence d'une « *utilisation orientée de la Constitution au profit des intérêts de certains* »⁶⁴. Au cours des dernières années, certains pays africains ont ainsi procédé à une révision de leur Constitution, aboutissant à une remise en cause de certains principes fondamentaux du constitutionnalisme comme la séparation et l'équilibre des pouvoirs, le contrôle de constitutionnalité des lois ou l'alternance démocratique. De telles révisions constitutionnelles tendent à vider la Constitution de sa substance ou de son esprit. D'aucuns ont alors pu parler de « *fraude à la constitution* », empruntant ainsi l'expression de Georges Liet-Veaux, ou encore de « *coup d'Etat constitutionnel* »⁶⁵. Pour Liet-Veaux, en effet, la fraude à la Constitution est « *un procédé par lequel la lettre des textes est respectée, tandis que l'esprit de l'institution est renié. Respect de la forme pour combattre le fond, c'est la fraude à la Constitution* »⁶⁶. La fraude à la Constitution est donc, selon lui, un acte conforme à la lettre de la Constitution, mais contraire à son esprit. Examinant le phénomène de la fraude à la Constitution dans le contexte africain francophone, Sény Mahamadou OUEDRAOGO considère que la fraude à la Constitution s'analyse comme « *une modification, une déformation du sens originel des règles constitutionnelles, contrairement au sens initial prévu par le pouvoir constituant originaire* »⁶⁷. De nombreuses révisions constitutionnelles opérées dans des pays africains tendent, en effet, à travestir l'esprit de la Constitution et à déformer la volonté initiale du pouvoir constituant originaire⁶⁸. Ces révisions frauduleuses revêtent des formes diverses.

Dans certains cas, la révision du texte fondamental aboutit à renforcer les pouvoirs propres du chef de l'Etat au détriment des autres pouvoirs, ce qui peut déboucher sur un reniement du principe fondamental de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs. C'est le cas, par exemple, de la nouvelle Constitution tchadienne adoptée le 30 avril 2018 par l'Assemblée nationale en remplacement de la Constitution du 31 mars 1996, qui supprime le poste de Premier ministre et instaure un régime présidentiel en lieu et place du régime semi-présidentiel consacré par la Constitution précédente, renforçant ainsi considérablement les pouvoirs du Président de la République. Une telle pratique peut engendrer une personnalisation du pouvoir, susceptible de dénaturer le régime politique établi par le pouvoir constituant originaire et de déboucher sur

⁶⁴ Cf. M. FAU-NOUGARET, « Manipulations constitutionnelles et coup d'Etat constitutionnel en Afrique francophone », *Afrilex*, disponible en ligne, à l'adresse : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Manipulations_constitutionnelles_et_coup_d_etat_constitutionnel.pdf, p. 1, consulté le 21/01/2017.

⁶⁵ Lire, à ce sujet : M. FAU-NOUGARET, « Manipulations constitutionnelles et coup d'Etat constitutionnel en Afrique francophone », *art. cit.*, p. 2.

⁶⁶ Voir G. LIET VEAUX, « La fraude à la Constitution : essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes », *RDJ*, 1943, pp. 116-150.

⁶⁷ S. M. OUEDRAOGO, *La lutte contre la fraude à la Constitution en Afrique noire francophone*, thèse de doctorat, Université Montesquieu, Bordeaux IV, 2011, p. 27.

⁶⁸ Voir, par exemple : J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *AJP*, n° 2, juillet 2006, pp. 44-84 ; B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, *op. cit.*, pp. 5-26 ; A. KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *art. cit.*, pp. 6-9 ; M. FAU-NOUGARET, « Manipulations constitutionnelles et coup d'Etat constitutionnel en Afrique francophone », *art. cit.*, 18 p.

un régime présidentiel⁶⁹. Dans d'autres cas, la révision de la Constitution vise à pérenniser le pouvoir du chef de l'Etat, notamment par la suppression de la clause de limitation du nombre de mandats présidentiels, qui avait pourtant été perçue en Afrique comme un des moyens efficaces de garantie de l'alternance politique au sommet de l'Etat et un outil de lutte contre les longs règnes et la personnalisation du pouvoir d'Etat⁷⁰. Ainsi, la clause de limitation du nombre de mandats présidentiels, introduite dans de nombreuses constitutions adoptées au début des années 1990, a été supprimée suite à des réformes constitutionnelles au Burkina Faso en 1997, au Tchad en 2001, au Sénégal en 2002, au Togo en 2002, en Guinée en 2003, au Gabon et en Ouganda en 2005, en Algérie et à Djibouti en 2008, au Congo et au Rwanda en 2015.

Par ailleurs, le juge constitutionnel africain contribue parfois, par son comportement, à l'affaiblissement de l'Etat de droit, notamment lorsqu'il devient complice des modifications frauduleuses de la loi fondamentale ou des textes électoraux ou lorsqu'il valide une loi manifestement anticonstitutionnelle ou les résultats d'élections frauduleuses. Dans nombre de pays africains, en effet, la justice constitutionnelle reste, dans les faits, le maillon faible de l'Etat de droit, dans la mesure où elle se borne, le plus souvent, à exécuter la volonté des gouvernants, au mépris du droit, soit en le contournant, soit en le reléguant au second plan. Ainsi, en refusant systématiquement de se reconnaître compétence pour statuer sur les lois constitutionnelles, le juge constitutionnel sénégalais a parfois favorisé des révisions frauduleuses de la Constitution⁷¹. Au Burkina Faso, le Conseil constitutionnel, par sa décision 2019-17/CC du 8 août 2019, a déclaré irrecevable la requête en déclaration d'inconstitutionnalité formulée par quatre citoyens burkinabè contre la loi n° 044-2019/AN du 21 juin 2019 portant révision du code pénal, au motif que la loi visée n'était pas encore promulguée et que le citoyen ne peut saisir le Conseil constitutionnel que par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité. Pourtant, l'article 155, alinéa 2 de la Constitution, telle qu'elle a été révisée en 2015, prévoit la possibilité de déférer au Conseil constitutionnel les lois ordinaires avant leur promulgation et l'article 157 dispose que : « (...) *tout citoyen peut saisir le Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la*

⁶⁹ Voir V. FOUCHER, « Difficultés, successions en Afrique subsaharienne. Résistance et reconstruction du pouvoir personnel », *Revue Pouvoirs*, 2009/2, n° 129, pp. 127-137 ; S. BOLLO, « Les révisions dangereuses. Sur l'insécurité constitutionnelle en Afrique », in P. M. MABAKA (dir.), *Constitution et risque(s)*, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 251-269.

⁷⁰ Sur ce point, lire, notamment : A. LOADA, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *Revue électronique Afrilex*, n° 3, 2003, pp. 139-174, article disponible en ligne, à l'adresse : <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/pdf/3doc8loada.pdf> ; A. CABANIS et M. L. MARTIN, « La pérennisation du Chef de l'Etat : l'enjeu actuel pour les constitutions d'Afrique francophone », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation, Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 349-380.

⁷¹ Dans sa décision n° 1/C/2003 du 11 juin 2003, le Conseil constitutionnel sénégalais a décliné sa compétence pour contrôler la conformité des lois de révision de la Constitution. Il a réaffirmé cette position de principe dans sa Décision 92-2005, Affaire n° 3/C/2005 du 18 janvier 2005 relative à la prorogation du mandat des députés et dans sa Décision n° 2/C/2009 du 18 juin 2009 sur la loi constitutionnelle n° 2009-22 du 19 juin 2009 instituant un poste de Vice-président de la République. Ce faisant, il a favorisé des révisions constitutionnelles considérées comme déconsolidantes. Voir I. M. FALL, « La révision de la Constitution au Sénégal », *Afrilex*, p. 34-44, article disponible en ligne à l'adresse : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/La_revision_de_la_Constitution_au_Senegal_Ismaila.pdf, consulté le 05/02/2020.

procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction ». Ce faisant, le Conseil constitutionnel retire aux citoyens un droit qui leur est reconnu par la Constitution⁷². On peut citer aussi la décision n° 005/DCC/EL/PR/16 du 4 avril 2016 de la Cour constitutionnelle du Congo portant proclamation des résultats définitifs de l'élection du Président de la République à l'issue du scrutin du 20 mars 2016, par laquelle elle a rejeté la requête en contestation des résultats provisoires de l'élection présidentielle du 20 mars 2016 formulée par le candidat Brice Parfait Kolélas, au motif que sa requête a été déposée hors délai et qu'elle n'était pas accompagnée du paiement des frais de timbre et d'enregistrement. Cette décision malheureuse, qui a validé la réélection du Président Denis Sassou N'Gouesso au mépris des textes, a été qualifiée par un auteur de « *poisson d'avril constitutionnel* »⁷³.

A ces différents affaiblissements de l'Etat de droit résultant de la manipulation frauduleuse du droit ou de l'application biaisée de celui-ci, il convient d'ajouter l'instrumentalisation de la justice à des fins politiques et électoralistes. Dans certains pays africains, la justice, qui devrait être la cheville ouvrière de l'Etat de droit, est devenue, pour les gouvernants, un instrument privilégié de règlement des comptes politiques ou d'élimination des opposants dans le jeu politique national. Il s'agit, lorsqu'un opposant politique devient populaire, d'engager des poursuites judiciaires pénales à son encontre, pour diverses raisons (corruption, tentative de déstabilisation, atteinte à la sûreté de l'Etat, détournement de fonds, etc.), de manière à l'affaiblir politiquement ou à l'éliminer des futures compétitions électorales. Ainsi, au Sénégal, par exemple, le député maire de Dakar, principal opposant au Président Macky Sall, a été poursuivi et condamné par la justice 30 mars 2018 à cinq ans d'emprisonnement et déchu de certains de ses droits civils et politiques, pour détournement de fonds. Au Cameroun, Maurice Kamto, principal opposant au Président Paul Biya lors de l'élection présidentielle du 7 octobre 2018 dont il contestait les résultats, a été accusé de rébellion en groupe, de trouble à l'ordre public et d'incitation à l'insurrection, puis arrêté et détenu arbitrairement, avant d'être libéré neuf mois plus tard, en octobre 2019.

Ces différents détournements et contournements de la loi ne concourent pas à la réalisation des objectifs de l'Etat de droit, mais constituent, au contraire, de véritables freins à l'émergence de celui-ci. Certains auteurs ont alors pu parler de mythe de l'Etat de droit⁷⁴. Ces différentes formes d'instrumentalisation du droit renforcent d'ailleurs les effets perturbateurs du non-droit sur l'Etat de droit.

2. Le non-droit comme un frein à l'émergence de l'Etat de droit

⁷² Cf. Décision 2019-17/CC du 8 août 2019 sur le recours en inconstitutionnalité de la loi portant modification du code pénal, disponible en ligne à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.gov.bf/fileadmin/user_upload/décision_17_code_penal.pdf, consulté le 24/01/2020.

⁷³ Cf. M. FAU-NOUGARET, « La décision 005/DCC/EL/PR/16 du 4 avril 2016 de la Cour constitutionnelle du Congo : un poisson d'avril constitutionnel », article publié en ligne le 25/04/2016 à l'adresse : <https://lamenparle.hypotheses.org/471>, consulté le 22/01/2020.

⁷⁴ B. LUISIN, « Le mythe de l'Etat de droit », « L'Etat de droit, rétrospectivement... », *Civitas Europa*, 2016/2, n° 37, pp. 155-182.

Le non-droit est un phénomène social qui existe dans toutes les sociétés et qui tend à reculer avec les progrès de l'Etat de droit. Il ne constitue donc pas en soi une négation de l'Etat de droit. Même dans les anciennes démocraties où la réalité de l'Etat de droit n'est guère contestée, il existe parfois des zones de non-droit. Toutefois, lorsqu'il est banalisé dans la société, le non-droit peut être un véritable frein à l'édification de l'Etat de droit. En Afrique en particulier, l'ampleur des manifestations du non-droit peut conduire ainsi à une situation d'Etat de non-droit.

Il en a été ainsi, pendant longtemps, dans le domaine constitutionnel, des coups d'Etat, qui étaient devenus un mode normal d'accession au pouvoir. Avant l'avènement du renouveau constitutionnel au début des années 1990, de nombreux Etats africains avaient subi des putschs militaires consacrant l'arrivée au pouvoir de militaires au nom de l'impératif de l'unité nationale ou du développement économique. Cette situation avait entraîné dans plusieurs pays des dérives dictatoriales, occasionné des violations massives des droits de l'homme et mis en péril les fondements de la démocratie et de l'Etat de droit posés au lendemain des indépendances. De nombreuses constitutions élaborées à partir de 1990 interdisent formellement les coups d'Etat⁷⁵ et plusieurs instruments juridiques régionaux conclus dans le cadre de l'Union africaine⁷⁶ et des Communautés économiques régionales⁷⁷ condamnent fermement ces pratiques qualifiées de changements anticonstitutionnels de gouvernement. Plus récemment, l'UA a érigé les changements anticonstitutionnels de gouvernement en crimes politiques susceptibles d'être poursuivis devant la Section du droit international pénal de la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples⁷⁸. D'ailleurs, les coups d'Etat militaires sont de plus en plus mal perçus dans l'opinion nationale et internationale⁷⁹. Cependant, malgré cette condamnation générale des coups d'Etat et autres changements anticonstitutionnels de gouvernement, on assiste encore parfois, ici et là, à de telles pratiques, comme en témoignent les nombreux coups d'Etat intervenus au cours des

⁷⁵ C'est le cas notamment de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 dont les articles prévoient, respectivement, que : « *Toute tentative de renversement du régime constitutionnel par les personnels des Forces Armées ou de Sécurité Publique sera considérée comme une forfaiture et un crime contre la Nation et sera sanctionnée conformément à la loi* » et que : « *1. En cas de coup d'Etat, de putsch, d'agression par des mercenaires ou de coup de force quelconque, tout membre d'un organe constitutionnel a le droit et le devoir de faire appel à tous les moyens pour rétablir la légitimité constitutionnelle, y compris le recours aux accords de coopération militaire ou de défense existants. 2. Dans ces circonstances, pour tout Béninois, désobéir et s'organiser pour faire échec à l'autorité légitime constituent le plus sacré des droits et le plus impératif devoir* ».

⁷⁶ Pour une analyse de l'interdiction des changements anticonstitutionnels de gouvernement au sein de l'Union africaine, voir notamment : J. K. MPIANA, « L'Union africaine et la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement », *Revue québécoise de droit international (RQDI)*, 2012/2, n° 25, pp. 101-141.

⁷⁷ C'est le cas notamment du Protocole (A/SP1/12/01) du 21 décembre 2001 sur la démocratie et la bonne gouvernance, additionnel au Protocole relatif au Mécanisme de prévention, de gestion, de prévention des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité, adopté dans le cadre de la CEDEAO.

⁷⁸ L'article 28 (A) du Protocole de Malabo du 27 juin 2014 portant amendements au Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme prévoit, parmi les quatorze crimes relevant de la compétence de la Section du droit international pénal de la CAJDHP, le crime relatif au changement anticonstitutionnel de gouvernement. Ce crime est défini à l'article 28 (E) du même Protocole. Sur ce point, lire A. SOMA, « Le jeu des protocoles dans le processus juridique de construction d'une Cour africaine de protection des droits de l'homme », *Revue CAMES/SJP*, n° 002/2015, pp. 1-18.

⁷⁹ Voir, sur ce point : S. COULIBALY, *Coups d'Etat : légitimation et démocratie en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2015, 156 p.

deux dernières décennies dans certains pays francophones d'Afrique⁸⁰. Outre l'atteinte qu'ils portent à la loi fondamentale, ces changements anticonstitutionnels de gouvernement mettent à mal l'Etat de droit en construction dans les pays concernés.

Par ailleurs, la persistance des crises et des conflits internes dans certains pays africains favorise aussi le développement de zones de non-droit. En effet, malgré les efforts déployés par les organisations régionales africaines et la communauté internationale pour mettre fin aux conflits en Afrique, plusieurs pays africains restent encore confrontés à des crises et conflits politiques internes qui remettent en cause les processus de démocratisation et d'édification de l'Etat de droit. On assiste, depuis plus de deux décennies, à l'émergence et à la multiplication de conflits internes ayant parfois des répercussions au-delà des frontières des pays concernés et susceptibles de déstabiliser des régions entières. Trouvant le plus souvent leur origine dans un déficit démocratique et de gouvernance ou dans des élections mal organisées⁸¹, ces conflits revêtent des formes très variées pouvant aller de simples crises politiques et institutionnelles à des guerres civiles, en passant par des rébellions armées ou encore des mouvements de révolte populaire.

A cet égard, on a encore en mémoire le génocide rwandais de 1993 qui avait occasionné plusieurs centaines de milliers de morts. On se souvient aussi de la guerre civile en Somalie déclenchée par la chute du régime de Siad Baré en 1992 et qui a entraîné de nombreuses victimes et la partition du pays depuis lors, ainsi que des guerres civiles au Liberia entre 1989 et 2003 et en Sierra-Leone entre 1998 et 2001 qui avaient également provoqué des dizaines de milliers de pertes en vies humaines. Plus récemment, la crise politique en Côte d'Ivoire, enclenchée en 2002 par la tentative avortée de coup d'Etat muée en rébellion armée, avait plongé le pays dans une déstabilisation sans précédent pendant près de dix ans et s'est achevée par une crise postélectorale violente qui a fait plus de 3000 morts. La crise dans la région du Darfour au Soudan entre 2007 et 2008 a aussi provoqué des milliers de morts, de même que les crises postélectorales au Kenya en 2007 et au Zimbabwe en 2008. Aujourd'hui encore, la crise en Libye, en Centrafrique et au Mali constituent des illustrations vivaces de la persistance des conflits et crises internes en Afrique. La montée du phénomène terroriste dans certains pays comme le Burkina Faso, le Mali, le Niger, le Nigeria et la Somalie constitue de nouvelles menaces à la paix, à la sécurité et à la stabilité de ces pays et des facteurs de déstabilisation de régions entières comme la Bande Sahélo-saharienne.

⁸⁰ Il suffit, à cet égard, d'évoquer les coups d'Etat intervenus en Mauritanie en 2008, en Guinée en 2008, à Madagascar en 2009, au Niger en 2010, au Mali en 2012, en Guinée-Bissau en 2013 et en Egypte en 2013. On peut mentionner aussi les tentatives de coup d'Etat intervenues au Burkina Faso en 2015 et au Gabon en janvier 2019. Lire à ce sujet : S. COULIBALY, *Coups d'Etat ; légitimation et démocratie en Afrique, op. cit.*, 156 p.

⁸¹ Voir Gorée Institute, *Elections, paix et sécurité en Afrique de l'Ouest*, Gorée Institute, Gorée, Imprimerie Graphiplus, 2010, 120 p. ; V. DARRACQ, « Les élections en Afrique : un mirage démocratique ? », *Politique étrangère*, 2011/4 (Hiver), pp. 839-850 ; J.-P. VETTOVAGLIA, J. DU BOIS DE GAUDUSSON, A. BOURGI, Ch. DE SOUCHES, J. MAILA, H. SADA, A. SALIFOU (dir.), *Démocratie et élections dans l'espace francophone. Prévention des crises et promotion de la paix, Vol. II, Démocratie et élections dans l'espace francophone*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 903 p. ; C. KEUTCHA TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », *RFDC*, 2005/3, n° 63, pp. 451-491.

Malheureusement, les mécanismes de règlement pacifique des conflits politiques aménagés par les constitutions se révèlent parfois impuissants à juguler ces types de conflits⁸². La persistance et la récurrence de ces conflits créent aussi des situations de non-droit, en ce qu'elles mettent à rude épreuve les institutions étatiques et occasionnent parfois de graves violations des droits de l'homme.

Dans certains cas, on a assisté à un effondrement de l'autorité de l'Etat sur tout ou partie de son territoire et à une véritable anarchie dans laquelle l'Etat n'est plus en mesure d'imposer sa loi et laisse ainsi s'installer sur son territoire des *no man's lands* ou des zones de non-droit. On a pu alors parler « d'Etat en faillite »⁸³, ou même « d'Etat de non-droit ». L'Etat n'étant plus en mesure d'assurer ses fonctions régaliennes, son droit cède le pas au non-droit et les droits des citoyens se trouvent alors en péril. La faillite de l'Etat correspond ainsi à un stade suprême du non-droit ou à une situation d'Etat de non-droit. Malheureusement, l'histoire récente du continent africain offre plusieurs cas de cette nature, confirmant ainsi la menace permanente du non-droit dans certains Etats en conflit. La guerre civile qui a sévi au Liberia entre 1997 et 2003 avait transformé l'Etat libérien en un Etat de non-droit. La guerre civile qui a ravagé la Somalie entre 1992 et 2003 avait aussi transformé ce pays en un Etat de non-droit. Aujourd'hui encore, les situations en Libye, en Somalie ou au Nord Mali traduisent bien l'effondrement de l'Etat et le règne du non-droit, au moins sur une partie du territoire national.

Comme le note le Doyen Etienne CEREXHE, « *Le non-droit par le manque de repères qu'il implique engendre une incertitude à l'égard du droit. Il risque de fragiliser la justice et de mettre en péril l'Etat de droit qui est de l'essence de toute société démocratique* »⁸⁴. Toutefois, un examen approfondi des phénomènes du droit et du non-droit montre qu'en réalité, dans plusieurs pays africains, le non-droit, tout comme le droit, peut contribuer à faire évoluer l'Etat de droit.

B. Le droit et le non-droit comme facteurs de construction de l'Etat de droit

Dans la mesure où l'Etat de droit implique la soumission de tous au droit, l'existence du droit constitue un enjeu fondamental de la construction de l'Etat de droit en Afrique et apparaît comme un facteur de sa consolidation (1). Mais, dans certains cas exceptionnels en Afrique, le non-droit peut contribuer à faire évoluer l'Etat de droit (2).

1. La consolidation de l'Etat de droit par le droit

L'existence de l'Etat de droit suppose, avant tout, l'existence du droit et l'effectivité de celui-ci qui est assurée par des mécanismes de garantie juridictionnelle et non-juridictionnelle.

⁸² Lire à ce sujet : J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, numéro spécial, 4^{ème} trimestre, octobre-décembre 1996, pp. 250-256 ; C. K. CHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », *RFDC*, 2005/3, n° 63, pp. 451-491.

⁸³ Cf. A. CARTAPANIS, « L'Etat défaillant », in J.-H. LORENZI (dir.), *Qui capture l'Etat ?* Paris, PUF, 2012, p. 19. Voir aussi O. ILLY, « 'L'Etat en faillite' en droit international », *Revue québécoise de droit international*, n° 28/2 (2015), pp. 53-80

⁸⁴ E. CEREXHE, *art. cit.*, p. 345.

Le droit constitue donc la clé de voûte de l'Etat de droit⁸⁵. Toutefois, la seule existence du droit dans un Etat ne suffit pas à y garantir l'effectivité de l'Etat de droit. Encore faut-il que le droit réponde à un certain nombre d'exigences et qu'il soit garanti par le juge qui constitue la véritable cheville ouvrière de l'Etat de droit. Autrement dit, la qualité du droit et la garantie du juge apparaissent comme des conditions essentielles pour la réalisation des objectifs de l'Etat de droit.

S'agissant, en premier lieu, de la qualité du droit, elle est l'essence même de l'Etat de droit. En effet, il ne peut y avoir d'Etat de droit sans droit. Cependant, tout droit ne garantit pas pour autant l'Etat de droit. Après tout, de nombreux régimes autoritaires et dictatoriaux qui ont sévi au cours du XX^{ème} siècle, à travers le monde et en Afrique, étaient fondés sur le droit et avaient agi au nom de la loi. Aujourd'hui encore, le droit existe dans tous les Etats, mais ne garantit pas nécessairement l'Etat de droit. C'est donc à juste raison que Jacques CHEVALLIER affirme que : « *L'Etat de droit ne peut pas être un Etat de n'importe quel droit* », mais un « *Etat dont le droit accorde une place considérable à la sécurité juridique et aux droits fondamentaux* »⁸⁶.

Ces impératifs de l'Etat de droit correspondent en réalité à des standards de l'idéal de l'Etat de droit, tels qu'ils sont contenus dans divers instruments internationaux et régionaux et que l'Organisation des Nations Unies s'efforce de promouvoir à travers le monde et en particulier dans les pays en développement⁸⁷. Toutefois, bien que l'on reconnaisse qu'il n'y a pas une forme unique d'Etat de droit, ces standards de l'Etat de droit correspondent aux valeurs et principes de l'Etat de droit d'inspiration libérale. Ils ont été clairement résumés par le Secrétaire général des Nations Unies dans sa définition de l'Etat de droit : « *Le concept d''état de droit'' ou de ''légalité'' (...) désigne un principe de gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions et des entités publiques et privées, y compris l'Etat lui-même, ont à répondre de l'observation des lois promulguées de manière indépendante, et compatibles avec les règles et normes internationales en matière de droits de l'homme. Il implique aussi, d'autre part, des mesures propres à assurer le respect des principes de primauté du droit* »⁸⁸. Ces différents standards, considérés par certains auteurs comme des critères de l'Etat de droit⁸⁹, sont consacrés de manière disparate dans divers instruments internationaux et régionaux, y compris dans le cadre de l'UA. Certains auteurs voient dans ces

⁸⁵ Cf. J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, Paris, LGDJ, Coll. Clefs politique, 6^è éd. 2017, 158 p.

⁸⁶ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, 4^è éd., Paris, LGDJ, Coll. Clefs politique, 2010, p. 96.

⁸⁷ Voir, à titre d'exemples : Résolution 63/128 de l'Assemblée générale des Nations Unies, intitulée *La promotion de l'Etat de droit au niveau interne* ; voir aussi : Résolution 67/1 de l'Assemblée générale des Nations Unies, intitulée *Déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international* ; Résolution 67/97 de l'Assemblée générale du 14 décembre 2012, relative à *l'état de droit aux niveaux national et international* ; Rapport du Secrétaire général des Nations Unies A/69/181 du 24 juillet 2014, dénommé *Renforcement et coordination de l'action des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit*.

⁸⁸ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies sur le *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit* (Rapport S/2004/616 du 23 août 2004), paragr. 6.

⁸⁹ Voir, par exemple : S. GIROUD, « Etat de droit et confiscation internationale : Quels enjeux pour l'Etat helvétique ? », in S. GIROUD et A. BORGHI (Eds), *Etat de droit et confiscation internationale*, Editions interuniversitaires suisses – Edis, 2010, pp. 1-18 ; O. CORTEN, « L'Etat de droit en droit international : Quelle valeur ajoutée ? », in SFDI, *Colloque de Bruxelles, L'Etat de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, pp. 11-41.

critères de l'Etat de droit un ensemble de règles constituant un droit international de l'Etat de droit⁹⁰. Il s'agit de la primauté de la Constitution et de la hiérarchie des normes, de la séparation des pouvoirs, du principe de légalité, de l'égalité des citoyens devant la loi, du respect des droits fondamentaux de la personne humaine, de la sécurité juridique, du droit d'accès à la justice du respect des engagements internationaux. La plupart d'entre eux déterminent la qualité du droit dans l'Etat de droit et ont été intégrés dans les constitutions africaines. Toutefois, la consécration des principes de l'Etat de droit dans les constitutions ne suffit pas à donner corps à l'Etat de droit. Encore faut-il qu'ils soient garantis par le juge, en particulier le juge constitutionnel.

Concernant, en second lieu, la garantie du juge, elle est déterminante dans le fonctionnement de l'Etat de droit. L'Etat de droit suppose, en effet, une réelle séparation des pouvoirs et une garantie juridictionnelle des libertés et droits fondamentaux accordés aux citoyens par la Constitution. A cet égard, le juge constitutionnel apparaît, aujourd'hui à travers le monde, comme le garant de l'Etat de droit⁹¹. D'une manière générale, il veille au respect et à la primauté de la Constitution à travers le contrôle de constitutionnalité des lois, assure la séparation et l'équilibre des pouvoirs prévus par la loi fondamentale, s'impose comme défenseur des droits fondamentaux des citoyens, assure la sincérité des élections et tranche pacifiquement les conflits politiques opposant les acteurs de la vie politique nationale⁹².

En Afrique, même si le juge constitutionnel est souvent perçu comme un allié du pouvoir politique qui se contente le plus souvent de consacrer juridiquement la volonté politique de celui-ci⁹³, on assiste, depuis quelques années, à une montée en puissance de la justice constitutionnelle qui tend à s'imposer comme un véritable garant de l'Etat de droit. A cet égard, certaines juridictions constitutionnelles nationales ont pu s'affranchir de la tutelle du pouvoir politique pour jouer pleinement le rôle qui leur est reconnu par la Constitution et s'imposer comme de véritables artisans de l'Etat de droit, notamment à travers des décisions audacieuses qui ont contribué à garantir la primauté de la Constitution, à préserver la séparation des pouvoirs et, surtout, à défendre les droits fondamentaux des citoyens⁹⁴.

Dans ce contexte général, la Cour constitutionnelle du Bénin fait figure de modèle de juridiction constitutionnelle en Afrique, dont la jurisprudence est unanimement saluée comme

⁹⁰ Lire à ce sujet : J. CHEVALLIER, « Etat de droit et relations internationales », *Annuaire Français de Relations internationales (AFRI)*, Vol. VII, 2006, pp. 4-17 ; M. MONDELICE, *Le droit international et l'Etat de droit. Enjeux et défis de l'action internationale à travers l'exemple d'Haïti*, thèse de doctorat, Université Laval, Québec, 2015, 597 p., spéc. pp. 41-434 ; SFDI, *L'Etat de droit en droit international*, Colloque de Bruxelles, Paris, Pedone, 2009, 435 p.

⁹¹ Lire à ce sujet : L. FAVOREU, *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, 1260 p. ; F. HAMON, C. WIENER, *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, Paris, LGDJ, 2011, 216 p.

⁹² Th. HOLO, « L'émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 101-113.

⁹³ A. B. FALL, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », *Afrilex*, juin 2003, 27 p., disponible en ligne à l'adresse : <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/le-juge-le-justiciable-et-les.html>, consulté le 31/01/2020.

⁹⁴ Pour une vue d'ensemble sur la contribution du juge constitutionnel africain à la construction de l'Etat de droit, voir : M. M. MBORANTSUO, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007, 366 p.

une contribution exemplaire à la construction de l'Etat de droit⁹⁵. A travers son abondante jurisprudence⁹⁶, elle s'est, en effet, imposée comme une véritable gardienne de la Constitution de 1990 à travers sa fonction de contrôle de constitutionnalité des lois⁹⁷. Elle s'est aussi illustrée comme l'organe régulateur du fonctionnement des institutions républicaines et de l'activité des pouvoirs publics, et comme un véritable arbitre dans le règlement du contentieux des élections⁹⁸. Mais, surtout, elle s'est révélée être un ardent défenseur des droits des citoyens qui n'hésite pas à censurer les lois attentatoires aux libertés garanties par la Constitution ou les atteintes aux droits fondamentaux des citoyens⁹⁹. Ce faisant, la Cour constitutionnelle béninoise contribue, par sa jurisprudence, à donner corps à l'Etat de droit au Bénin.

Cependant, elle n'est pas la seule juridiction constitutionnelle africaine à jouer un rôle de premier plan dans l'émergence de l'Etat de droit. On peut évoquer également l'œuvre de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud qui s'est imposée comme un ardent défenseur des droits des citoyens, notamment en reconnaissant l'inconstitutionnalité de la peine de mort, les droits des étrangers ou le droit au mariage des personnes de même sexe¹⁰⁰. On peut aussi souligner le rôle majeur joué par la Cour constitutionnelle du Niger qui, par deux fois, s'est opposée à la révision constitutionnelle engagée par le Président Mamadou Tanja en vue de proroger son mandat¹⁰¹. Plus récemment, la Cour suprême du Kenya, par sa décision en date

⁹⁵ Lire à ce sujet : Th. HOLO, « L'émergence de la justice constitutionnelle », *art. cit.*, pp. 101-113 ; F. J. AÏVO, *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique. L'exemple du Bénin*, Paris, L'Harmattan, 2006, 222 p. ; A. B. FALL, « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du constitutionnalisme africain ? », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990. Un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo Glélé*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 717-728 ; J.-L. ATANGANA-AMOUGOU, « La Cour constitutionnelle du Bénin comme modèle de justice constitutionnelle en Afrique ? », in *Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo Glélé*, op. cit., pp. 647-660.

⁹⁶ Lire à ce sujet : N. MEDE, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Paris, Ed. Univ-Européenne, 2012, 468 p. ; *Annuaire béninois de justice constitutionnelle. Dossier spécial : 21 ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin (1991-2012)*, Presses universitaires du Bénin, 2013, 735 p.

⁹⁷ Voir, par exemple : Décision DCC-06-074 du 8 juillet 2006, *Loi constitutionnelle de prorogation du mandat des députés*, par laquelle elle a déclaré inconstitutionnelle une loi constitutionnelle au motif qu'elle viole les idéaux ayant présidé à l'adoption de la Constitution. Voir, dans le même sens : la décision DCC-11-67 du 20 octobre 2011 relative à la *Loi organique portant conditions de recours au référendum et la décision* ; DCC 95-020 du 22 mars 1995, relative à la *Loi organique sur la Haute Cour de Justice*.

⁹⁸ Voir, par exemple : la décision DCC 10-049 du 5 avril 2010, relative à la loi d'abrogation de la loi sur le RENA et la LEPI Cf. N. MEDE, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° XXIII, 2007, pp. 45-66.

⁹⁹ Voir, par exemple : Décision DCC 02-114 du 23 décembre 2002, relative au *Code des personnes et de la famille* ; Décision DCC 11-065 du 30 septembre 2011, relative au *droit de grève et à la liberté syndicale* ; Décision DCC 12-106 du 3 mai 2012 relative à *l'égalité d'accès à la fonction publique*. Pour une vue d'ensemble, voir : D. DEGBOE, « Les vicissitudes de la protection des droits et libertés par la Cour constitutionnelle du Bénin », *Les Annales du droit*, 10/2016, pp. 119-138, article disponible en ligne à l'adresse : <http://journals.openedition.org/add/336>, consulté le 28/01/2020 ; F. J. AÏVO, « Radioscopie sommaire de la justice constitutionnelle au Bénin », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/2, n° 47, pp. 99-112.

¹⁰⁰ Cf. A. ABOTSI, « De la régulation des choix de société par la promotion des droits fondamentaux. Les enseignements de la Cour constitutionnelle sud-africaine », (2009) 43, *RJT*, pp. 367-436 ; L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel, jurisprudentiel et Politiques constitutionnelles des systèmes politiques africains*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 598 p., spéc. pp. 25-73, 334-487.

¹⁰¹ Par son avis n° 2/CC du 25 mai 2009, la Cour constitutionnelle a émis un avis défavorable au projet de révision de la loi fondamentale, en considérant que le Président de la République ne peut se maintenir en

du 1^{er} septembre 2017, a eu le courage d'annuler, pour la première fois en Afrique, les résultats de l'élection présidentielle du 8 août 2017 qui déclaraient le Président sortant Uhuru Kenyatta vainqueur face à son opposant Raila Odinga, au motif que l'élection n'a pas été conduite en accord avec la Constitution. Dans le même sens, la Cour constitutionnelle de Malawi vient d'annuler, le 3 février 2020, les résultats de l'élection présidentielle organisée le 21 mai 2019 et qui consacraient la victoire du Président sortant Peter Mutharika, estimant que le vote avait été entaché de nombreuses irrégularités.

Ainsi, si elle joue pleinement son rôle, la justice constitutionnelle peut constituer le garant de l'effectivité du droit et, partant, un véritable artisan de l'Etat de droit. L'effectivité du droit est donc le gage de la consolidation de l'Etat de droit. Mais, le non-droit peut également, dans une certaine mesure, contribuer à l'évolution de l'Etat de droit.

2. L'évolution de l'Etat de droit par le non-droit

Le non-droit, tel que décrit par la doctrine et appréhendé dans la présente étude, n'est pas nécessairement un « *anti-droit* », ni l'ennemi de l'Etat de droit. Comme l'affirme si justement le Doyen Etienne CEREXHE, « *le non-droit n'est pas le néant ou le chaos. Le terrain qu'il abandonne est souvent occupé par d'autres normes : règles morales, règles religieuses, règles de convenance (...)* »¹⁰². Sans être du droit, le non-droit peut jouer les mêmes fonctions que lui, en ce sens que si le droit fait défaut, il pourra réguler, modérer les comportements humains et faire régner l'ordre et la paix dans la société¹⁰³. Dans certains cas, exceptionnels il est vrai, il peut, en effet, se révéler être une ressource potentielle permettant de corriger les défauts du droit, d'en combler les lacunes ou d'en favoriser un sursaut qualitatif. En cela, il apparaît comme un instrument de construction, voire d'évolution de l'Etat de droit. En Afrique en particulier, la contribution du non-droit à l'édification de l'Etat de droit peut être appréhendée dans trois hypothèses : celle du vide juridique, celle de l'imperfection des textes et celle de certains coups d'Etat qualifiés de « *salvateurs* ».

Ainsi, le non-droit, en tant que vide juridique, c'est-à-dire un espace où le droit est absent, peut révéler des failles ou des lacunes du droit et offrir à l'Etat une ressource potentielle pour les combler¹⁰⁴. Le vide juridique fait référence aux lacunes du droit, laissant un espace vide de droit. Dès lors qu'il est susceptible de créer un désordre social, il oblige les pouvoirs publics à prévenir ce désordre en adoptant de nouveaux textes ou à trouver une solution à l'absence de texte. En matière constitutionnelle, le vide juridique, qui peut découler d'une absence de disposition constitutionnelle sur une question ou une situation constitutionnelle, peut être comblé par le pouvoir constituant dérivé ou par le biais du juge constitutionnel qui joue un rôle déterminant dans la mise en œuvre de l'Etat de droit.

fonction au-delà du terme de son mandat et qu'il ne peut engager la révision de la Constitution sans violer son serment. Par son arrêt n° 4/CC/ME du 12 juin 2009, la Cour constitutionnelle du Niger a annulé le décret n° 2009-178/PRN/MI/SP/D du 5 juin 2009 portant convocation du corps électoral pour le référendum sur la Constitution pour la VI^è République.

¹⁰² E. CEREXHE, *art. cit.*, p. 346.

¹⁰³ J. CARBONNIER, *art. cit.*, p. 40.

¹⁰⁴ Voir, à ce sujet : G. CARCASSONNE, « Du non-droit à l'Etat de droit », *Revue Pouvoirs*, n° 70, 1994, pp. 7-17 ; A.-M. HO DINH, « Le « vide juridique » et le « besoin de loi ». Pour un recours à l'hypothèse du non-droit », *L'Année sociologique*, 2007/2, Vol. 57, pp. 419-453.

Face à une situation de non-droit constitutionnel résultant de lacunes de la loi fondamentale, le pouvoir constituant dérivé peut engager une réforme constitutionnelle destinée à corriger le défaut. C'est, d'ailleurs, tout l'enjeu des réformes politiques et constitutionnelles en Afrique qui permettent de combler les lacunes du système constitutionnel et de consolider la démocratie et l'Etat de droit¹⁰⁵. Comme le reconnaît le Professeur Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, les révisions constitutionnelles en Afrique sont souvent présentées comme « *des corrections nécessaires à apporter à des textes qui sont apparus, à l'usage, imparfaits, incomplets et inadaptés* »¹⁰⁶. Bien qu'elles soient parfois soupçonnées d'être des moyens d'instrumentalisation de la Constitution, ces révisions débouchent, parfois, sur une consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit. On a pu alors parler de « *révisions consolidantes* »¹⁰⁷. Pour le Professeur Ismaïla Madior FALL, une révision consolidante est « *une réforme constitutionnelle plus ou moins consensuelle, à tout le moins non controversée. Progressiste dans son fond, elle consacre l'amélioration qualitative du fonctionnement des institutions et/ou un progrès de la démocratie et de l'Etat de droit* »¹⁰⁸. Ainsi perçues, des révisions constitutionnelles opérées récemment dans plusieurs pays africains, ont permis des progrès significatifs de la démocratie et de l'Etat de droit. Au Sénégal, par exemple, la Constitution adoptée par voie référendaire le 22 janvier 2001 peut être présentée comme une révision consolidante, en ce qu'elle proclame de nouveaux droits et libertés, de même que la loi constitutionnelle n° 2008-30 du 7 août 2008 modifiant les articles 7, 63, 68, 71 et 82 de la Constitution qui favorise l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats et fonctions¹⁰⁹. Au Burkina Faso, la loi constitutionnelle n° 072-2015/CNT, adoptée le 5 novembre 2015 par le Conseil national de la Transition (CNT), peut être également présentée comme une loi de révision consolidante, car elle comble certaines lacunes de la Constitution, notamment avec l'introduction du pouvoir d'auto-saisine du Conseil constitutionnel et la reconnaissance aux citoyens du droit de saisir directement celui-ci et par voie d'exception¹¹⁰.

¹⁰⁵ Pour une vue d'ensemble sur les enjeux des révisions constitutionnelles en Afrique, voir : F. D. MELEDJE, « La révision des constitutions dans les Etats africains francophones : Esquisse de bilan », *RDP*, 1989, n° 1, pp. 111-134 ; E. LEKENE DONFACK, « La révision des constitutions en Afrique », *Revue juridique et politique, Indépendance et coopération*, n° 1, janvier-mars 1989, Vol. 43, pp. 45-71 ; (K.) AHADZI, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des pays d'Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique, La Revue CERDIP*, Vol. 1, 2002, n° 2, pp. 35-86 ; J.-L. ATANGANA-AMOUGOU, « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Politeia*, n° 7, Printemps 2007, pp. 583-622.

¹⁰⁶ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Point d'actualité sur les modalités de production du droit constitutionnel dans les Etats africains francophones », in *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 341.

¹⁰⁷ I. M. FALL, *Les révisions constitutionnelles au Sénégal. Révisions consolidantes et révisions déconsolidantes de la démocratie sénégalaise*, Dakar, CREDILA, 2012, 218 p.

¹⁰⁸ I. M. FALL, « La révision de la Constitution au Sénégal », *Afrilex*, p. 7, disponible en ligne à l'adresse : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/La_revision_de_la_Constitution_au_Senegal_Ismaïla.pdf, consulté le 04/01/2020.

¹⁰⁹ I. M. FALL, « La révision de la Constitution au Sénégal », *art. cit.*, p. 30.

¹¹⁰ Cf. art. 157 nouveau de la Constitution révisée par la loi constitutionnelle n° 072-2015/CNT du 5 novembre 2015 portant révision de la Constitution.

Indépendamment de la révision constitutionnelle, le vide constitutionnel peut être indirectement comblé par le juge constitutionnel à l'occasion des affaires dont il est saisi. Etant, en effet, appelé à trancher le contentieux constitutionnel, il peut, en effet, par une interprétation large de la Constitution, fournir des solutions aux difficultés constitutionnelles qui ne trouvent pas directement une réponse dans le texte constitutionnel. Ainsi, plusieurs juridictions constitutionnelles africaines ont, récemment, fait preuve de créativité et d'inventivité constitutionnelles, en allant au-delà de la lettre de la loi fondamentale et en comblant ses lacunes. Il en va ainsi, par exemple, de la Cour constitutionnelle béninoise qui s'est, à plusieurs reprises, reconnue compétente pour statuer sur des lois de révision constitutionnelle, alors même que la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 ne lui donne pas explicitement cette compétence, ce qui lui a permis de s'opposer à des révisions constitutionnelles jugées contraires à la Constitution. Elle en a posé le principe dans sa décision DCC-O6-74 du 8 juillet en censurant la loi constitutionnelle du 13 juin 2006 prorogeant le mandat des députés¹¹¹.

Par ailleurs, le non-droit peut constituer une ressource potentielle pour corriger les imperfections des textes constitutionnels, notamment lorsque ceux-ci sont considérés comme discriminatoires, qu'ils peuvent être facilement contournés à des fins personnelles ou qu'ils sont à l'origine de conflits politiques. Ainsi, les accords politiques, conclus entre les acteurs politiques nationaux dans le cadre de processus de paix peuvent non seulement permettre de régler des conflits politiques, mais aussi offrir, en pratique, d'immenses ressources pour opérer des réformes politiques importantes, corriger les imperfections de la Constitution. Comme l'affirme Paterné MAMBO, « *Les accords politiques apparaissent comme des correctifs aux défaillances des textes constitutionnels* »¹¹². Ce sont, d'ailleurs, des accords politiques conclus à la suite des conférences nationales souveraines au début des années 1990 qui ont jeté les fondements politiques et idéologiques de certaines constitutions africaines, comme en témoignent celles du Bénin de 1990, du Togo de 1992 et du Mali de 1992. Dans sa décision DCC-11-67 du 20 octobre 2011 relative à la loi organique portant conditions de recours au référendum, la Cour constitutionnelle du Bénin a censuré l'article 6 de la loi organique n° 2011-27 portant conditions de recours au référendum, votée par l'Assemblée nationale le 20 septembre 2011, au motif qu'il « *ne cite pas toutes les options fondamentales de la Conférence nationale de février 1990* »¹¹³.

¹¹¹ Sur la portée de cette décision, voir : B. D. COULIBALY, « La neutralisation du Parlement constituant. A propos de la décision DCC 06-074 du 8 juillet 2006, *RDP* 2009, n° 5, pp. 1493-1915 ; I. D. SALAMI, « Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la justice constitutionnelle », *Revue togolaise des sciences juridiques*, 2011, n° 00, pp. 45-65 ; M. M. AÏDARA, « Le juge constitutionnel africain et le contrôle des lois portant révision de la Constitution : Contribution à un débat », *Afrilex*, décembre 2011, disponible en ligne à l'adresse : <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/le-juge-constitutionnel-africain.html>, consulté le 27/01/2020.

¹¹² P. MAMBO, « Les rapports entre la Constitution et les accords politiques dans les Etats africains : Réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », (2012) 57 : *RI McGill*, p. 946.

¹¹³ Lire à ce sujet : D. KOKOROKO et A. KPODAR, « A propos de la décision DCC 11-067 du 20 octobre 2011 relative à la loi organique portant conditions de recours au référendum », *Annuaire béninois de justice constitutionnelle*, I, 2013, p. 699.

S'agissant, enfin, des coups d'Etat dits « salvateurs », il faut reconnaître que, bien que les coups d'Etat soient généralement considérés comme des moyens illégaux et anticonstitutionnels d'accession au pouvoir et comme une manifestation éclatante du non-droit, ils peuvent se révéler, dans certains cas exceptionnels, comme un facteur de construction de la démocratie et de l'Etat de droit. En effet, lorsque dans un pays le pouvoir en place instrumentalise la Constitution ou devient autoritaire, au point de confisquer la souveraineté du peuple, de mettre en péril les droits fondamentaux des citoyens et l'Etat de droit, le coup d'Etat peut, sous certaines conditions, s'imposer comme la seule alternative pour mettre fin à la dérive autoritaire et pour restaurer l'Etat de droit et la démocratie. Certains auteurs ont pu qualifier ces types de coup de force de coups d'Etat « salvateurs », « salutaires », ou « démocratique »¹¹⁴, c'est-à-dire des coups d'Etat visant à restaurer la démocratie et l'Etat de droit, lorsqu'ils sont en péril. Ainsi, le coup d'Etat perpétré au Niger le 18 février 2010 contre le régime du Président Mamadou Tanja par une junte militaire dirigée par le commandant Salou Djibo a été salué par une partie de l'opinion nationale et internationale comme un coup d'Etat salvateur, en ce qu'il a permis de mettre fin à la crise politique née de la détermination du Président Tanja de réviser la Constitution afin de proroger son mandat, et, ainsi, de restaurer la démocratie au Niger¹¹⁵.

Loin donc d'être exclusivement un frein à la construction de l'Etat de droit, le non-droit peut aussi, un peu à l'image du droit, contribuer à l'évolution de l'Etat de droit.

CONCLUSION

Dans des Etats nouvellement engagés dans des processus de démocratisation et d'édification de l'Etat de droit, le droit et le non-droit sont des réalités sociales qui entretiennent des relations ambiguës. Tantôt antinomiques et tantôt synergiques, ces relations ont également des effets contrastés sur la construction de l'Etat de droit en Afrique. Comme le dit le Doyen Etienne CEREXHE, « *le droit vise à l'organisation de la société, à réguler et ordonner les relations sociales. Par-là, il garantit aux citoyens une protection. Le non-droit laisse libre cours aux volontés individuelles qui ne connaissent aucune contrainte. C'est la loi de la jungle, c'est la règle du plus fort et donc économiquement puissants, avec comme conséquence que l'individu, abandonné à lui-même, ne bénéficie d'aucune protection, vit dans une insécurité juridiquement totale* »¹¹⁶.

¹¹⁴ Pour une analyse sur les coups d'Etat salvateurs, salutaires ou démocratiques, voir : M. PALOUKY, « Le coup d'Etat, entre déshonneur et bienveillance », Afrilex, disponible en ligne à l'adresse : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/PALOUKY_Massina_Le_coup_d_Etat.pdf, consulté le 14/01/2020 ; A. KETCHIEMEN, Les coups d'Etat salvateurs en Afrique, Les éditions Muntu, 2019, 149 p. ; J. KAZADI MPIANA, « L'Union africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement », *Revue Québécoise de droit international*, volume 25-2, 2012. pp. 101-141.

¹¹⁵ Cf. E. M. KANE, « Lecture et relecture du coup d'Etat du 18 février 2010 au Niger », Ivry-sur-Seine, Institut de documentation et de recherche sur la paix, 2010, p. 18, document disponible en ligne à l'adresse http://www.institutdrp.org/contributionsidrp/Niger_2011.pdf, consulté le 31/01/2020.

¹¹⁶ Cf. E. CERHEXE, « Réflexions sur le droit et le non-droit », *art. cit.*, p. 346.

Afin de favoriser une réelle implantation de l'Etat de droit dans les Etats africains, il importe d'œuvrer à l'effectivité du droit existant et à la réduction progressive des zones de non-droit. Pour y arriver, il faut une réelle volonté politique et d'importantes réformes politiques et sociales. Mais plus qu'une profonde réforme institutionnelle, il faut une véritable catharsis culturelle et une évolution des mentalités car l'Etat de droit ne se limite pas à une application mécanique du droit, mais suppose une culture juridique enracinée dans des valeurs sociales et une pratique quotidienne des citoyens. C'est dans ce sens que Yves GAUDEMET écrit que : « *L'Etat de droit n'est pas dans la législation ; il est dans les esprits et dans les mœurs* »¹¹⁷. Il importe donc de mettre un accent particulier sur le développement de la culture démocratique, ce qui passe nécessairement par une amélioration de l'accès au droit par les citoyens. « *Si 'nul n'est censé ignorer la loi', une loi bien connue facilite l'exercice des droits qu'elle prévoit et justifie efficacement les obligations et sanctions qu'elle prévoit* »¹¹⁸. Le droit ne contribue à la réalisation de l'Etat de droit que s'il répond à la satisfaction de l'intérêt général et garantit aux citoyens une sécurité juridique qui passe nécessairement par la protection de leurs droits fondamentaux. Le non-droit n'est pas une fatalité et peut être une étape vers l'Etat de droit. La construction de l'Etat de droit dépend donc du sort du droit et du non-droit dans la société.

Tout compte fait, au-delà de la problématique de la place du droit et du non-droit dans l'Etat de droit en construction en Afrique et leur influence sur la construction de celui-ci en Afrique, c'est la question de l'avenir de l'Etat de droit, de la démocratie et de la bonne gouvernance sur le continent qui se trouve posée.

¹¹⁷ Y. GAUDEMET, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », in *L'Etat de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy BRAIBANT, Paris, Dalloz, 1996, p. 309.

¹¹⁸ G. J. FOU DA, « L'accès au droit : richesse et fécondité d'un principe pour la socialisation juridique et l'Etat de droit en Afrique noire francophone », *Revue Afrilex* 2000/01, p. 11, disponible en ligne, à l'adresse : <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/guillaume-joseph-fouda.html>, consulté le 28/01/2017.