QUATRIÈME THÈME

Le statut du juge en Afrique

Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique

PAR

ALIOUNE BADARA FALL

MAÎTRE DE CONFÉRENCES,
DIRECTEUR-ADJOINT DU CERDRADI
UNIVERSITÉ MONTESQUIEU-BORDEAUX IV

Quelle que soit la manière dont on envisage le problème du juge en Afrique, on ne peut éviter de partir d'un constat malheureusement bien amer : le juge africain, et par là même la justice en Afrique, est « en panne » (1). Ce constat n'est pas nouveau et a déjà été établi par de nombreux observateurs qui ont cherché, par de remarquables études (2), à découvrir les causes et à tenter de trouver des remèdes à ce phénomène.

Si nous envisageons d'apporter notre bien modeste contribution à ce problème fort complexe, c'est que, pensons-nous, l'affirmation et l'établissement effectifs de l'État de droit dans les pays africains apparaissent aujourd'hui comme des impératifs de plus en plus incontournables, alors que paradoxalement, le constat d'un juge et d'une justice qui ne « fonctionnent » pas constitue un phénomène qui persiste et qui ne semble pas trouver une issue proche.

Le juge africain ne bénéficie guère de nos jours de l'idée que l'on se fait habituellement et légitimement d'un organe chargé de dire le droit, de rendre la justice. Sa crédibilité est sérieusement battue en brèche. Aujourd'hui, le juge français, par exemple, semble sortir définitivement de sa

(1) V. L'article de MM. R. MOUTÉKÉ et I. LOCKO, (« Protection des droits et des magistrats au Congo. Pathologie d'une justice exsangue »; dans *Droits de l'homme en Afrique centrale*, colloque de Yaoundé, 9-11 novembre 1994, ed. Ucac-Karthala, 1996, p. 169), dresse un constat pathétique, mais assez objectif de la situation de la justice au Congo. Une situation que connaît, hélas, la grande majorité des États africains.

(2) V. En particulier, les analyses faites sur la justice en Afrique, dans *Afrique contemporaine*, numéro spécial, 1990 et l'importante bibliographie citée à la page 293; v. également les articles publiés dans l'ouvrage de l'Aupelf-Uref, *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*; Colloque international des 29 et 30 septembre et 1er octobre 1993 à Port-Louis (République de Maurice), 1994; Le juge : une figure d'autorité, Actes du premier colloque organisé par l'Association Française d'Anthropologie du Droit, (A.F.A.D.), Paris, 24-25-26 novembre 1994, ed L'Harmattan, 1996; *Les Cours Suprêmes en Afrique*, tome 2, Economica, 1989; *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, tome V, NEA, Dakar, 1982.

« fonction pratiquement nulle » que Montesquieu lui avait assignée, grâce à la hardiesse et à l'opiniâtreté avec lesquelles il procède à la moralisation de la vie politique (par des mises en examen successives d'hommes politiques de tous bords). Il n'en est pas de même en Afrique. Le juge, ou de manière générale l'appareil judiciaire, y est décrié, spolié et accusé de tous les maux : lui dont la haute mission est de trancher les conflits et protéger les citoyens contre les violations de leurs droits et libertés et contre tout arbitraire de la part des pouvoirs publics, se trouve quotidiennement et violemment pris à partie et soupçonné de partialité, de corruption, de négligence et même très souvent d'incompétence.

Ce constat est d'autant plus terrible que rien n'a été ménagé tout au long de la période coloniale et au début des indépendances, pour que les États africains soient dotés d'une justice moderne, avec des juges nantis de moyens matériels et de garanties statutaires suffisants pour dire le droit. Tout semblait alors aller dans le sens de l'institution d'un juge qui, tout en tenant compte des coutumes et mentalités des populations concernées, s'affirmerait comme un élément essentiel dans l'instauration de l'État de droit, au sens où cette expression est entendue dans les démocraties modernes.

Cette idée de l'État de droit a toujours été affirmée dans beaucoup de pays africains (3). Le chef de l'État sénégalais, par exemple, lors de la cérémonie d'ouverture des Cours et tribunaux en 1992, est revenu sur l'importance qu'il accorde au respect de la légalité et de la règle de droit en général dans les pays en développement. Il n'est pas le seul homme politique à le faire aujourd'hui sur le continent africain : au Mali ou au Bénin, au Cameroun ou en Côte-d'Ivoire – pour ne citer que ces pays là –, le discours semble être le même, avec pour référence l'État de droit. (4)Dés lors, est-il possible, et même admissible, que le juge – considéré dans les pays africains comme l'un des principaux rouages dans l'instauration de cet État de droit – dans la façon dont il rend la justice et par l'image qu'il renvoie aux citoyens, puisse être en total décalage par rapport à cette impérieuse « avancée » des pays africains vers l'établissement et le respect des principes démocratiques les plus élémentaires ?

Rien, *a priori*, ne permettait de croire le contraire dès lors que les États nouvellement indépendants ont été dotés d'appareils judiciaires, et pourvus

(3) V. J.-Y. Morin, « L'État de droit : émergence d'un principe du droit international », *RCADI*, 1995, n° 254, notamment pp. 158-164, et la partie relative à l'État de droit selon la Charte africaine des droits de l'homme, pp. 299 et s.

(4) Bien évidemment ce discours des hommes politiques n'a pas toujours correspondu à un attachement réel et affiché de leur part, aux principes démocratiques ni à une réelle volonté de faire respecter les libertés fondamentales et les droits de l'homme dans leur pays. Pour la plupart, ce nouveau discours est provoqué par l'appel de plus en plus persistant des citoyens pour le respect des droits et pour l'avènement d'une vraie démocratie, notamment depuis le discours de la Baule par François Mitterrand. Cela nous semble être l'un des facteurs les plus déterminants dans l'apparition de ce brusque intérêt pour l'État de droit.

de magistrats aptes à mettre en marche une justice effective, à l'image de celle de l'ancien colonisateur en ce qu'elle avait, en principe, d'impartial et d'objectif.

En effet, il n'existe presque pas de constitution dans les pays africains d'aujourd'hui qui n'ait consacré un appareil judiciaire – qu'il soit dénommé pouvoir ou autorité judiciaire – en même temps que les autres organes de l'État. C'est la consécration de la théorie de la séparation des pouvoirs de Montesquieu que l'ancienne métropole leur a léguée et dans laquelle le pouvoir judiciaire, même considéré parfois, à tort ou à raison, comme moins important que les autres pouvoirs – législatif et exécutif –, ne s'en trouvait pas moins reconnu comme nécessaire à tout système démocratique (5). L'autorité judiciaire est ainsi considérée comme le protecteur naturel des libertés individuelles face aux pouvoirs publics, et cela indépendamment de l'organisation du système juridictionnel selon qu'il s'agisse d'une unité de juridictions (avec uniquement des tribunaux judiciaires) ou d'une dualité de juridictions (avec des tribunaux judiciaires et administratifs).

Après une expérience de plusieurs années, les États africains, dans leur grande majorité, sont aujourd'hui en pleine mutation. Les nombreuses conférences nationales organisées ici et là depuis les années 1990 (6) en témoignent, ainsi que les ouvertures démocratiques effectuées parfois sous la contrainte de facteurs internationaux et de revendications internes.

L'avènement de l'État de droit dans ces pays, plus qu'ailleurs, ne peut cependant se produire sans l'aide du juge. Les pesanteurs sont fortes, nombreuses et diverses. Comment cette aide se manifestera-t-elle ? Pourra-t-elle contribuer à une démocratisation véritable des systèmes politiques africains dans un domaine qui lui est propre et qui consiste à appliquer la loi et à rendre la justice ? En a-t-il les moyens à la fois juridiques, statutaires et matériels ? Si aujourd'hui le juge est tant désavoué, n'est-ce pas à cause de son incapacité à être à la hauteur des attentes de la part des citoyens ? Et dans quel(s) domaine(s) est-il le plus spolié et rejeté, parce que le plus décevant ?

Ces questions ne sont certainement pas nouvelles. Elles sont mêmes récurrentes dans les études consacrées à la question du juge en Afrique. Nous les reprenons ici, malgré tout, mais en essayant d'y répondre par une approche, certes peu originale, mais légèrement différente et plus concrète par rapport à celles couramment adoptées et fort utiles.

Répondre à ces questions nécessite des études poussées dans des directions multiples qui touchent tous les domaines d'intervention du juge. Pour notre

(5) Entendre ici la démocratie au sens libéral du terme par opposition à l'unité du pouvoir telle que nous l'avons connue dans les pays de l'Est.

(6) V. M. KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in *La création du droit en Afrique*, ed. Karthala, 1997, p. 177.

part, nous nous contenterons (à titre d'exemple, et pour ne pas faire une étude trop générale et par conséquent peu significative), de tenter de « décoder » quelques décisions dont nous disposons et qui ont été rendues dans le domaine des relations entre l'État et les citoyens, plus particulièrement en matière de libertés publiques, pour en découvrir les vraies motivations. L'essentiel pour nous est de partir de la question fondamentale qui est celle de savoir si, dans les secteurs les plus sensibles comme ceux touchant aux libertés publiques et où le citoyen est plus attentif de l'attitude qu'adopterait le juge, celui-ci s'est comporté comme un véritable défenseur des droits et libertés ou si, au contraire, d'autres considérations étrangères au droit et à l'idée de justice l'ont amené, volontairement ou non, à rendre un verdict « décalé » et perçu comme tel, sur le plan à la fois juridique et sociologique.

Nous souhaiterions en effet replacer le juge africain dans sa réalité : celle d'un acteur dans une société donnée – qui est en l'occurrence essentiellement relationnelle – et à qui on a confié une fonction particulière que tout le monde lui reconnaît. Mais partant de sa conception « moderne », initiale, datant de la période coloniale et maintenue après l'indépendance, peut-on dire qu'il incarne véritablement l'idée que les populations africaines se font, d'une part, de « l'institution » de la justice, et d'autre part, de la personne « investie » de la sagesse et de la « capacité » de juger ? Cette question pose le problème complexe du choc des cultures qui résulte inévitablement de la rencontre entre la règle de droit moderne importée, et les croyances traditionnelles liées à l'organisation sociale des justiciables africains.

Mais en supposant même que c'est la modernité qui doit être privilégiée au détriment des institutions et croyances des sociétés africaines pré-coloniales, en matière de justice, la réflexion sur la situation du juge en Afrique n'en suscite pas moins de fermes interrogations. On peut en effet se poser la question de savoir si ce « fameux » juge est perçu par le public tel qu'il lui est présenté, c'est à dire incarnant une institution politiquement neutre, structurellement indépendante et moralement intègre ? En nous appuyant bien entendu sur les nombreux reproches qui lui sont adressés un peu partout en Afrique (7), nous serions tenté de répondre très vite par la négative. Mais la question peut être posée autrement : dans les conditions matérielles, statutaires, sociales et politiques telles qu'elles existent actuellement dans la quasi-totalité des pays africains, est-il possible qu'un juge, même animé de la plus forte conviction qui soit et d'une conscience professionnelle irréprochable, puisse vivre cette indépendance et assurer cette neutralité, toujours solennellement proclamées à son profit, qui sont les seuls gages de son intégrité et de son impartialité auprès des populations ?

(7) Voir entre autres A. BOUDHARAIN : « Pour une justice alternative expression d'une démocratie réelle et d'un développement humain et soutenable », *RJPIC* n° 3, sept.-déc. 1998, p. 355.

Formulée de cette manière, la question du statut du juge en Afrique ne peut être valablement étudiée, à notre sens, au mépris de ces réalités matérielles, financières, économiques, politiques, religieuses, sociologiques et même psychologiques, qui entourent le juge africain dans sa vie quotidienne, et dont on imagine à peine l'impact sur les conditions dans lesquelles la justice est rendue dans les pays africains (8).

Envisagé ainsi, on peut dire que le juge africain rend la justice en tenant nécessairement et toujours compte de ces facteurs contre lesquels probablement il lutte constamment, tout en ayant conscience qu'il n'aura peut-être pas toujours la force, ni les moyens d'y résister durant toute sa carrière. Le problème du juge africain se situe essentiellement à ce carrefour de paramètres de toute nature et d'origines diverses : autant les pouvoirs publics – pour ne pas dire les hommes politiques – cherchent à maîtriser l'appareil judiciaire et ses juges en faisant complètement fi des principes constitutionnels d'indépendance et d'impartialité, autant les citoyens, naturellement et à juste titre, cherchent à trouver auprès du juge un protecteur de leurs droits et libertés. Fondamentalement, le juge africain, plus que tout autre se doit de maintenir l'équilibre entre une réelle indépendance à acquérir vis à vis du pouvoir politique, et une légitimité suffisante, permettant à ses décisions d'avoir l'autorité nécessaire pour ne pas être contestées, ni par les parties au procès, ni par les autres membres de la communauté.

Si le juge est si mal compris aujourd'hui, cela tient vraisemblablement au fait que, soit les décisions qu'il aura rendues ne correspondent, ni en droit ni en fait, aux attentes légitimes des citoyens, conscients que leurs droits n'ont pas été respectés (9), soit les jugements prononcés, mêmes justifiés au regard des lois en vigueur, n'ont pas reçu l'adhésion des populations concernées pour la simple raison qu'ils ne correspondent pas à l'idée de justice, en tant que représentation sociale, que se font dans leur esprit, les membres de la même communauté.

Il n'est cependant pas exclu que ces deux réalités soient concomitantes et non exclusives dans l'explication de ce rejet du juge en Afrique : le premier sentiment que donne le juge aux populations serait qu'il n'est pas autre

(8) S'il est vrai que ces mêmes éléments existent dans d'autres pays, y compris les pays occidentaux, ils n'ont ni la même intensité, ni les mêmes effets que ceux que nous leur connaissons en Afrique.

(9) En témoignent ces propos édifiants tenus par des magistrats congolais : « Il faut dire (...) que nos décisions sont, certes, des décisions de justice, mais elles sont souvent injustes Faisant fi de toutes les règles juridiques, nous avons jugé quelquefois selon nos sentiments, selon notre sens d'équité. Cette façon de faire est d'autant plus dangereuse qu'elle nous conduirait inévitablement à l'absence de règles, et pour peu que nous manquions de bon sens et de la sagesse de Salomon, on peut imaginer un peu ce que serait la justice : tout simplement l'arbitraire ou le bon plaisir des hommes (...) il faut que nos décisions soient solidement fondées en droit. C'est alors qu'elles seront acceptées et seront utiles »; cf. MM. R. Moutéké et I. Locko, art. précité, p. 171

chose que le « bras droit » du pouvoir politique en place ou un instrument corrompu et manipulé par des hommes du milieu des affaires ou autres personnalités influentes. Un juge qui, pour des raisons diverses, serait à la solde de la classe dirigeante au détriment des droits et libertés. Une vision incontestablement confirmée, en grande partie, par la réalité. Pour autant, les problèmes posés par la justice ne sont pas rédhibitoires (II). L'autre impression, aussi complexe et négative, traduirait un réel hiatus entre la volonté des pouvoirs publics, proclamée depuis les premiers jours de l'indépendance de substituer le droit moderne aux règles coutumières, et la résistance des croyances traditionnelles, marquées ici, entre autres, par la persistance des modes non juridictionnels de règlement des litiges si chers aux populations africaines. L'isolement du juge devient dés lors inévitable.(I)

I. – Un juge isolé

Il paraîtrait exagéré, *a priori*, de parler d'un isolement du juge en Afrique. Celui-ci est en effet connu aussi bien dans l'enceinte des tribunaux où il officie que dans le quartier où il vit à côté de ses concitoyens, voire dans les rues ou endroits qu'il fréquente. Ce personnage ne passe donc généralement pas inaperçu. De même cet isolement peut surprendre parce qu'il n'est pas perceptible journellement dans les couloirs des palais de justice et des tribunaux africains, toujours remplis de monde; les recours adressés au juge augmentent assez régulièrement en nombre, de sorte qu'il est permis de dire que les Africains subissent aujourd'hui, au même titre que les Européens, les effets parfois désastreux de la lenteur de la justice.

Il convient cependant de ne pas s'arrêter aux apparences. Si le juge est un organe de l'État assez connu et la justice une institution bien installée, les rapports entre ceux-ci et les particuliers, susceptibles de les solliciter, cachent des réalités que l'on ne soupçonne généralement pas, et que l'on ne peut découvrir qu'aux termes d'une observation prudente et attentive des conditions d'exercice et de fonctionnement de la justice en Afrique. C'est dans cette perspective qu'il faut envisager l'isolement du juge dont il est question ici et dont les causes se situent dans l'idée exacte que les populations ont de lui. Cette idée, on le sait, n'est pas très positive. Les raisons tiennent principalement aux décisions juridictionnelles que les populations trouvent souvent en décalage par rapport à l'idée qu'ils se font communément du droit et de la justice. Nous y reviendrons. (10) Mais de manière plus indirecte, le juge est, en quelque sorte « mis en sarcophage » par l'institution judiciaire elle-même, dans son organisation, notamment par toutes les règles de procédure et d'instance auxquelles les populations ne sont toujours pas habituées, malgré les apparences. L'organisation de l'instance

(10) *Infra*, v. deuxième partie.

impose en effet un cérémonial et un arsenal de règles et de conditions de forme à suivre et à respecter qui découragent plus d'un justiciable africain, peu rompu à un tel exercice (A). Dés lors, il n'est pas surprenant que les éventuels plaideurs préfèrent recourir à d'autres moyens de règlement des conflits, mieux maîtrisés parce que plus conformes à leurs traditions (B).

A. – *Un isolement institutionnalisé*

La justice moderne (11) est une option délibérée de la grande majorité des pays d'Afrique francophone dès leur accession à l'indépendance (12). Elle est organisée selon des règles de forme et de procédure, identiques à celles utilisées généralement dans les pays occidentaux. Or de telles règles – nécessaires au bon fonctionnement de la justice –, aussi insolite que cela puisse paraître, sont souvent ignorées de manière surprenante par les justiciables lorsqu'ils s'adressent aux juges. Certes, la loi a prévu des procédures et règles de forme devant l'instance, que le juge se doit de faire respecter obligatoirement. Mais le résultat est là et rappelle que les faits sont têtus : l'absence d'une bonne adhésion à de telles règles dans les mentalités, aggravée par l'analphabétisme de la plupart des justiciables africains, entraîne la mise à l'écart de certaines dispositions liées à l'instance. Ces règles, tantôt concernent la recevabilité même de la requête, tantôt directement le déroulement du procès.

(11) Cette justice moderne que F OST qualifie de « justice légaliste » par opposition à la justice de l'époque pré-coloniale que connaissaient les Africains (justice coutumière traditionnelle) et à la nouvelle justice occidentale (justice normative-technocrate); cité par Monsieur P. NKOU MVONDO dans son intéressante étude (La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone. Etudes des causes du « divorce » entre la justice et les justiciables, *Penant* 1997, p. 208) où il expose de manière pertinente les réalités qui caractérisent aujourd'hui la justice en Afrique. Il nous arrivera de reprendre, dans la présente étude, quelques éléments ou exemples contenus dans son analyse, en sachant que ces divers problèmes liés à la justice en Afrique ont été traités ici et là par une bonne partie de la doctrine et que nous avions nous-même déjà évoqués, dans une moindre mesure, dans des travaux antérieurs. V A.B. FALL, « La responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique au Sénégal : essai de transposition des règles de droit administratif français dans un pays d'Afrique francophone », thèse d'État, Bordeaux, 1994, pp. 169 et s. et 360 et s.; « Réflexion sur quelques procédés non juridictionnels de règlement des litiges administratifs », in *La création du droit en Afrique*, ed. Karthala, 1997, pp. 421-441; voir également R. DÉGNI-SÉGUI, « L'accès à la justice et ses obstacles », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays francophones*, Aupelf-Uref, pp. 241-246. A. A. COULIBALY, « La rénovation de la justice en Afrique · Le rôle du juge dans la construction de l'État de droit », *RJPIC*, 1999, p. 50; F.M. SAWADOGO, « L'accès à la justice en Afrique francophone . problèmes et perspectives. Le cas du Burkina-Faso », ouvrage précité; pp. 295-313; et l'intéressant ouvrage de M.S. YONABA, *Indépendance de la justice et droits de l'homme, le cas du Burkina Faso*, Ed. Pioom, 1997.

(12) V. K MBAYE, « Historique de l'organisation des juridictions », *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, tome V, NEA, 1982

1. *L'isolement par les règles de procédures et de forme*

Les exigences d'ordre procédural en justice – qu'elles soient traditionnelles ou modernes – et leur respect, ne sont certainement pas négatives : la réglementation et l'organisation de voies de recours ont pour finalité essentielle d'empêcher l'arbitraire, la partialité ou l'influence de pressions extérieures, notamment politique. Si la lenteur de ces procédures et la multiplicité de degrés de juridictions sont les maux de la justice en ce qu'elles rendent celle-ci moins efficace, il n'en demeure pas moins qu'elles constituent les garanties d'une indépendance politique et sociale de l'appareil judiciaire. Cette finalité n'est malheureusement pas atteinte en Afrique où les techniques procédurales restent méconnues ou rejetées, lorsqu'elles ne sont pas purement et simplement abhorrées par les populations. En témoignent les nombreux rejets de recours introduits par les particuliers. La conséquence immédiate, néfaste et regrettable, tient au fait que le juge, pour cause de non respect des règles procédurales, ne se prononce jamais sur le fond des affaires qui auraient pu lui donner l'occasion de dégager de grands principes, au profit des administrés, notamment dans le domaine des libertés fondamentales. Les exemples sont nombreux et nous avons eu l'occasion de traiter de ce phénomène. (13)

Lorsque de tels rejets interviennent, on a tendance à accuser le requérant d'une négligence pour n'avoir pas suivi les règles de saisine du juge. En réalité, il s'agit d'une ignorance pure et simple de ces dispositions auxquelles le particulier ne s'est guère intéressé, ni avant, ni après le procès, car cela constitue pour lui un domaine assez ésotérique. (14) Si négligence il y a, elle provient, sans nul doute, de ses avocats qui saisissent le juge avant même de s'être assurés de l'application de certaines procédures obligatoires. Tel est le cas au Sénégal où les requêtes rejetées ont atteint un nombre assez élevé en matière de plein contentieux, au seul motif du non respect de la règle de l'article 729 du Code de Procédure Civile qui impose un « recours administratif préalable » auprès de l'agent judiciaire de l'État, avant tout recours juridictionnel. La violation des contraintes de délais, notamment en matière de recours pour excès de pouvoir, constitue également une des causes « indirectes » de l'isolement du juge. Combien de requêtes sont ainsi jugées irrecevables pour avoir été introduites en dehors des délais ?

Cet obstacle que connaissent bien les plaideurs sénégalais, a également provoqué des situations analogues au Cameroun où de nombreux rejets pour inobservation des règles de forme ont été constatés. Par exemple, les difficultés rencontrées dans la computation de délais se sont révélées lorsque

(13) V. Thèse, *op. cit.*, pp. 169 et s.

(14) Cela n'est pas propre aux Africains. En Europe, les personnes étrangères à l'appareil judiciaire s'intéressant au fonctionnement des services de la justice et aux règles de procédure ne sont certainement pas nombreuses.

l'autorité saisie est incompétente. Il en est de même lorsque l'administration, après un silence gardé pendant trois mois suite à un recours gracieux, prend ultérieurement une décision de rejet. Les solutions jurisprudentielles n'y sont guère avantageuses pour les particuliers et rappellent la sévérité du juge sénégalais dans ce domaine. En Côte d'Ivoire, il a même été jugé qu'un recours prématurément introduit était irrecevable. (15) Les plaideurs, dans la plupart des cas, se retrouvent ainsi dans des situations aussi décourageantes qu'incompréhensibles.

Autant les négligences des avocats sont condamnables et appellent des mesures urgentes de la part des pouvoirs publics et de l'Ordre des avocats pour renforcer les sanctions à leur encontre – ou pour multiplier les cycles de formation –, autant il nous semble également que la sévérité du juge, lorsqu'il sanctionne l'irrespect de ces règles de procédure, ne justifie pas toujours l'absence d'examen au fond du litige (16). Encore une fois, les solutions retenues par le juge à ce sujet sont irréprochables sur le plan strict du droit. Elles ne le sont pas nécessairement du point de vue du justiciable, qui ne se reconnaît pas dans celui-ci. Frustré, il aura naturellement tendance à interpréter ces règles de procédures, lorsqu'elles sont à l'origine du rejet de sa requête, comme des justifications outrancières d'un juge partial, ne cherchant qu'à protéger l'administration. Il est aussi aisé d'imaginer par exemple à ce sujet, la stupeur d'un paysan, analphabète et peu habitué des prétoires, devant son avocat lui signifiant le rejet de sa requête (tout en se gardant, bien sûr, de lui avouer son entière responsabilité dans son grand malheur!) pour n'avoir pas, au préalable, « écrit une lettre à l'administration » (17).

Tous ces cas de rejets dus à l'inobservation par les requérants des règles de procédure ne sont pas critiquables en soi. L'on convient en effet qu'une bonne administration de la justice n'est envisageable que si un minimum de techniques procédurales est organisé et respecté par tous les acteurs, qu'ils soient internes ou externes à l'appareil judiciaire. De tels rejets, même s'ils sont nombreux, n'appellent pas d'autres observations critiques particulières, si ce n'est que par le laxisme de certains avocats, les juges ont parfois man-

(15) Dans le cas présent, le particulier avait saisi le juge avant l'expiration du délai de quatre mois de silence gardé par l'administration : C.S., ch. Adm., 1er avril 1964, N'San Yapi Célestin, cité par R. DÉGNI-SÉGUI, *Droit Administratif*, Abidjan, 1990, p. 413. L'auteur n'a pas manqué par ailleurs de critiquer cette position de la Cour et invite celle-ci à adopter une jurisprudence plus souple en matière de computation de délais.

(16) V. B. KANTÉ, *L'unité de juridiction et droit administratif, l'exemple du Sénégal*, thèse d'État, Orléans, 1983, p. 279.

(17) À propos de procédures, R. Odent disait à juste titre : « Dans ce qu'une tradition littéraire constante qualifie de maquis de la procédure, parsemé de 'chausse-trappes' et de 'traquenards' les fins de non-recevoir apparaissent comme des pièges imaginés par des technocrates du formalisme pour duper les plaideurs de bonne foi »; v. « Le destin des fins de non-recevoir », *Mél. Waline*, tome 2, L.G.D.J. 1974, p. 653.

qué de se prononcer sur le fond d'affaires qui leur étaient soumises. Une pratique déplorable car très souvent, il s'agit de litiges dans lesquels sont en cause des questions relatives à des droits sociaux et politiques. Parfois, de telles erreurs de procédures constituent de véritables aubaines pour les juges politisés. Ceux-ci, à propos de litiges où la décision serait à l'évidence défavorable au pouvoir politique en place, se réfugient derrière ces manquements procéduraux pour débouter le requérant, tout en donnant malgré tout une impression d'impartialité.

L'on nous objectera que ces obstacles ne constituent pas une réelle cause d'isolement du juge. Il suffirait pour les éliminer, que les justiciables et surtout leurs conseils, se familiarisent davantage à ces contraintes de procédures pour mieux les respecter. Dans la conception du droit moderne, cette remarque serait indiscutablement fondée. Mais ce serait privilégier l'application de la norme sans se soucier des difficultés qu'elle peut comporter quant à son acceptation par les citoyens. Or la doctrine est unanime à reconnaître que malgré l'intransigeance du juge, les règles de procédure restent encore ignorées par les justiciables, plus que toujours attachés à leurs traditions et peu enclins, de ce fait à recourir à la justice moderne. Ces obstacles nous rappellent que le décalage entre les institutions modernes héritées de la colonisation et les pratiques ou habitudes des particuliers, n'est pas pure fiction. Elles sont l'une des causes essentielles de l'isolement du juge, et c'est certainement pour cette raison que quelques avocats sénégalais ont quelques fois invité celui-ci à apprécier largement le respect des règles de procédures, afin de faciliter plus amplement la recevabilité des requêtes et se prononcer sur le fond. L'un d'entre eux est même allé plus loin lorsqu'il lui demande d'ignorer purement et simplement ces techniques de procédures, ou de les interpréter de manière extensive si l'intérêt du plaideur l'exige. (18)

(18) V. M. TALL, « Le pouvoir d'appréciation du juge en matière administrative », dans *Actes du séminaire « Liberté d'appréciation du juge »*, Dakar, *Recueil ASSERJ*, n° 28, janvier-février-mars 1983, p. 74. La Cour suprême du Sénégal a en effet rejeté des requêtes qui n'avaient pas respecté les procédures prescrites, (pour non constitution d'avocat en matière d'excès de pouvoir, exigée par l'article 45 de l'ordonnance n° 60-17 du 3 septembre 1960 portant loi organique sur la Cour Suprême; pour non signification de la requête à l'administration et enfin pour défaut de consignation d'une amende). Devant une telle situation, M. Tall a estimé que la Cour aurait pu, avec quelque bonne volonté, accueillir, dans l'intérêt des particuliers, les requêtes en question, en adoptant une interprétation extensive des textes. Une proposition qui nous paraît excessive dès lors que ces règles de procédures sont prévues par la loi, et le juge se doit d'en assurer l'application. Elle témoigne cependant du malaise qu'elle suscite au sein même du corps des avocats. C'est un aveu implicite, de leur part, des difficultés qu'ils rencontrent pour faire respecter la règle de droit « moderne » par les membres d'une société qui ne l'a pas elle-même sécrétée, et qui par conséquent, la rejettent.

Deux recours ont été jugés irrecevables au Sénégal en 1984 (19), et un autre en 1987 (20) pour n'avoir pas respecté les règles de procédures imposées par la loi. Ces recours invitaient le juge à annuler des décisions administratives portant atteinte respectivement aux principes d'égalité entre les candidats à l'occasion d'opérations électorales et le principe de liberté de réunion. Ces quelques exemples montrent à quel point la négligence, ainsi remarquée, peut parfois empêcher que certains principes théoriquement proclamés ne puissent être fermement appliqués dans les faits à travers une jurisprudence sans équivoque. Cela ne peut qu'aider les démocraties naissantes (21) sur le continent africain à s'affirmer davantage.

Ce phénomène de l'irrespect des règles de forme est également répandu dans la campagne. En matière foncière au Sénégal par exemple, l'agriculteur ne peut saisir le juge s'il n'a pas non plus respecté certaines règles de procédure non contentieuses comme le recours administratif préalable (22). L'on a constaté que plus de trente ans après l'entrée en vigueur de la loi sur le domaine national, moins de dix recours administratifs ont été introduits par les paysans à propos de litiges fonciers (23). Ils sont aussi soumis à l'obligation de respecter les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, mais l'expérience a montré que ce formalisme, jugé excessif, ne favorise

(19) Dans la première affaire, l'ancienne Cour Suprême du Sénégal rappelle l'exigence d'une signification à l'État de l'intention du requérant de porter à l'attention du juge administratif sa contestation relative à la « lettre du Ministre de l'intérieur et tous actes administratifs pris sur la base de cette lettre, par laquelle l'autorité ministérielle informe le premier Président de la Cour Suprême, de son intention de prescrire aux présidents des bureaux de vote de ne pas exiger des électeurs des communes de plus de 5000 habitants, la présentation d'une pièce d'identité avant de voter ». Il en était de même dans l'autre arrêt rendu le même jour où, cette fois-ci, la Cour était appelée à statuer sur le problème de l'inégalité des temps d'antenne accordés à chacun des partis politiques en compétition lors d'élections législatives. Le décret n° 83-138 du 31 janvier 1983 avait fixé et réparti les temps d'antenne à la radio et à la télévision entre les partis politiques présentant des candidats aux élections législatives du 27 février 1983, en affectant 21 minutes par jour aux sept autres partis, dont la LD/MPT, à raison de trois minutes par parti et par jour.

(20) Cette affaire était relative à la demande d'un leader de l'opposition tendant à l'annulation par la Cour Suprême d'une décision du gouverneur de la région de Dakar lui ayant interdit de « rencontrer les journalistes sur la voie publique devant le Ministère de l'Information ». Elle rejeta, conformément à la loi organique sur la Cour Suprême (modifiée en 1992) la requête ainsi présentée en indiquant qu'elle n'était « accompagnée ni d'une pièce justifiant du dépôt de la réclamation, ni d'expédition de la décision administrative attaquée ».

(21) Au sens occidental et moderne du terme, sans préjudice des intéressantes théories qui mettent l'accent sur la richesse institutionnelle de l'Afrique avant la période coloniale. V. à ce sujet, M.P.F. GONIDEC, *Penant 1984*, n° 783, p. 16; B. DURAND, *Cours polycopiés d'histoire comparative des institutions de l'Europe et de l'Afrique*, Dakar, 1978-1979, fasc. VII, 3e partie, p. 268; C. COQUERY-VIDROVITCH, *Afrique Noire, permanences et ruptures*, L'Harmattan, 2e éd., 1992, Bpp. 71 et s.

(22) Art. 19 al. 3 du décret n° 80.1051 du 14 octobre 1980.

(23) V. M. DIAGNE, « Le règlement des conflits fonciers dans les communautés rurales sénégalaises », Université, *Recherche et Développement*, n° 4, octobre 1994, p. 96.

nullement la saisine du juge par des populations presque totalement analphabètes. Pour cette raison, a-t-on mis en place, parallèlement à ce recours contentieux, un mode de règlement à l'amiable des litiges d'ordre foncier (24).

2. *Les facteurs conjoncturels de l'isolement du juge*

Il n'est pas inutile de revenir sur un certain nombre de facteurs qui nous paraissent participer de manière décisive à cet isolement du juge de son justiciable, même si de tels phénomènes ont déjà été observés dans des études antérieures. L'insuffisance en effet du contentieux juridictionnel, notamment du contentieux administratif (25), semble directement lié cette fois-ci, non pas à la frustration due aux rejets « injustes » des requêtes, mais au nombre très limité de recours dont les causes sont multiples. Les nombreuses études menées sur les questions relatives à la justice en Afrique ont pratiquement dressé le même constat à propos des causes de cette insuffisance des saisines : l'absence de gratuité de la justice, l'éloignement des tribunaux par rapport au domicile des justiciables, le faible nombre des juridictions, ou encore la lenteur des procès. Ces maux sont classiques (26) et les Africains semblent par ailleurs s'y habituer; pour autant ils demeurent vivaces et néfastes, d'où la nécessité urgente d'y remédier, au risque de creuser plus encore l'écart entre le juge et les individus.

La doctrine a insisté sur d'autres aspects d'ordre technique encore plus redoutables que ceux déjà évoqués : la difficulté des plaideurs à se conformer au rituel très rigoureux qui accompagne tout le déroulement du procès. (27)Il en est ainsi de la langue française, utilisée par les juges lors des procès. Peu de plaideurs la maîtrisent, ce qui les contraint à solliciter l'aide de l'avocat devenu pour la circonstance à la fois défenseur, conseiller et interprète. Tel n'est pas le cas dans la « justice coutumière-traditionnelle » où les parties s'expriment directement sans l'intervention d'aucun intermédiaire. Ainsi face au juge, non seulement l'Africain moyen se sent quelque peu « en dehors du procès », mais l'avocat lui-même est ressenti comme un intrus dont la présence est imposée par un système venu d'ailleurs. Les juges deviennent donc les victimes privilégiées des justiciables qui les fusti-

(24) *Infra*, pp. ???.

(25) V. D. Sy, « Le contrôle de l'exécutif par le Conseil d'État », dans *L'État de droit et le contrôle de l'exécutif au Sénégal*, Université Cheikh Anta Diop, Dakar, ed. I.D.H.P, 1996, pp. 108 et s., « Le juge sénégalais et la création du droit administratif », in *La création du droit en Afrique, op. cit.*, pp. 401 et s

(26) V. A. Fall, art. précité, pp. 426 et s.

(27) V. M.P. Nkou Mvondo, art. précité, pp. 221 et s.

gent constamment, (28) – et cela n'est pas propre à l'Afrique (29) – notamment lorsque certains d'entre eux s'adonnent à des pratiques peu conformes aux règles déontologiques judiciaires. (30) A cela s'ajoutent d'autres difficultés relatives à l'assignation, aux modes de preuve ou à l'exécution des décisions de justice au profit du requérant (31). Dans ce dernier cas, les particuliers y sont inévitablement confrontés, lorsque le juge leur donne satisfaction en condamnant l'autre partie (32), surtout lorsque celle-ci est représentée par l'État (33).

En revanche, des phénomènes plus récents et plus inquiétants apparaissent aujourd'hui et touchent tout particulièrement le juge africain dans son quotidien. En effet, s'il n'est point de doute que de nombreux magistrats ont fait preuve d'une grande compétence et d'un comportement exemplaire dans le cadre du service comme en dehors de leur fonction, d'autres exemples moins réjouissants révèlent des juges peu scrupuleux. Au delà de la spécificité du service public de la justice, certains agissements de la part de magistrats africains, nécessiteraient qu'on lui applique la même politique de moralisation que l'on organise pour les autres services publics de l'État.

(28) « Le juge apparaît, en effet, inaccessible, respecté, vénéré... Il est imbu d'une supériorité morale et intellectuelle. On ne peut l'approcher que par l'intermédiaire 'd'initiés' qui parlent son langage et qui seuls sont capables de scruter sa pensée On appelle alors 'maître' ces intercesseurs. Des 'maîtres' qui ne sont pas payés, mai 'honorés' par de l'argent. Ils se regroupent en cercles très fermés appelés ordres. Il s'agit ici des avocats, autres personnages rejetés par les justiciables », *ibid.*, p. 215

(29) À propos de la situation du justiciable en France, et dans un autre contexte, M. J. Lamarque écrit, non sans une pointe d'humour, que « C'est le justiciable qui est victime du sinistre. Il ressort stupéfait et parfois traumatisé de la salle d'audience. Le débat judiciaire n'est plus empreint de la dignité nécessaire. Il ne comprend pas que des hommes qui ont franchi largement la soixantaine et qui ont exercé des fonctions très lourdes, par exemple comme chef d'entreprise, puissent être jugés par un tribunal composé en majorité de femmes d'une autre génération... », et lorsqu'il reçoit plus tard le jugement « il ne pourra plus retenir sa colère (..) [et] acquiert tout d'un coup la certitude que ce peuple français au nom duquel sont rendus les jugements ne méritent pas les juges qu'il a, que si la justice de ce pays n'est pas respectée, c'est qu'elle n'est pas respectable et qu'elle n'a pas à être respectée, que ces magistrats qui font si mal leur travail, se rendent coupables d'une forme de délinquance », v. « Le procès du procès », *Mélanges J.M. Auby,* 1992, p. 149.

(30) V. S. Yonaba, « Indépendance de la justice et Droits de l'homme », *op. cit.*, p. 94.

(31) En matière de contentieux administratif, c'est l'administration qui dispose du pouvoir d'user de la force. Le juge ne peut pas en faire usage pour assujettir la puissance publique à l'exécution de ses décisions. Les juges africains, à ce sujet, reconnaissent leur impuissance : « C'est là une source de sérieux problèmes quand on sait que nos États présentent une physionomie de chronique insolvabilité. A la limite, l'exécution peut être impossible »; cf. MM. R. Moutéké et I. Isaac, art. précité, p. 171.

(32) V. M.P. Nkou Mvondo, art. précité, p. 219.

(33) Nul ne conteste aujourd'hui, dans les pays africains, que l'État est un très mauvais payeur. Les particuliers sont en effet confrontés à l'incurie ou à la mauvaise volonté de l'administration à exécuter les décisions de justice.

Certains juges, conscients de bénéficier d'une large protection, (34) prennent parfois des libertés incompatibles avec les exigences de leur fonction. Ainsi au Sénégal, le médiateur de la République a-t-il attiré l'attention du chef de l'État, dans le premier rapport qu'il lui a remis, sur le comportement grave et manifestement fautif d'un magistrat. Celui-ci était chargé d'une affaire et n'avait prononcé aucun jugement à la date du 24 août 1991, sans aucune raison liée au service, alors qu'elle était mise en délibéré depuis le 18 novembre 1989! En désespoir de cause, les intéressés ont sollicité l'intervention du médiateur, à défaut très certainement d'avoir un interlocuteur crédible et efficace à l'intérieur même de l'appareil judiciaire, pour une issue rapide de leur problème. Un comportement aussi anormal de la part d'un juge – que le médiateur a qualifié de déni de justice – ne peut que décourager le justiciable le plus téméraire. Mais on aurait tort de n'épingler que les seuls magistrats. Les avocats font parfois montre d'un inqualifiable laxisme voire d'une certaine légèreté (35).

Le cas sénégalais n'est pas isolé. En Côte d'Ivoire, ce laxisme de la part de certains juges a pu être souligné à l'occasion d'une ordonnance de référé en expulsion de locataire qui a duré du mois d'août au mois d'avril de l'année suivante. (36) Au Bénin, la Cour constitutionnelle a jugé inconstitutionnelle la procédure devant le tribunal de première instance de Porto-Novo pour méconnaissance du droit à être jugé dans un délai raisonnable (37). Au

(34) Au Sénégal, les recours introduits par les particuliers à l'encontre des magistrats sont généralement voués à l'échec car ils se heurtent à un obstacle majeur . l'indépendance des magistrats suppose qu'ils ne doivent répondre de leurs actes que dans des hypothèses limitées prévues par la loi, c'est-à-dire la procédure de prise à partie, le déni de justice et la forfaiture (v. A. FALL, thèse précitée, p. 350).

(35) « ... beaucoup d'avocats, beaucoup trop s'en tiennent toujours à la formule des conclusions écrites simplifiées, c'est-à-dire des conclusions d'une insoutenable légèreté, que ne masque pas le substantiel délayage destiné à ne pas décevoir le client. Ils réservent l'essentiel de leur intervention à la plaidoirie; mais celle-ci ne peut obéir qu'à la loi du genre; elle est donc nécessairement aérienne », M.J. LAMARQUE, art. précité, p. 154. Des propos qui ressemblent beaucoup à ceux tenus à l'égard des avocats africains; v. par exemple, S. YONABA, *op. cit.*, pp. 102 et s.; P. NKOU MVONDO, art. précité, p. 215.

(36) V. K.E. BOROAN, « Les entreprises et la justice : le cas de la Côte-d'Ivoire », *Afrique contemporaine*, 1990, p. 84. L'auteur précise cependant qu'une telle situation est due à une lenteur de la justice, à cause de la surcharge des magistrats dont le nombre est nettement insuffisant par rapport à celui des affaires à juger.

(37) Après un jugement avant-dire droit du tribunal en date du 26 avril 1983, la Cour constata que l'affaire avait fait l'objet de plusieurs ajournements : 6 entre 1985 et 1987, 5 de 1989 à 1991, une douzaine entre 1991 et 1994, 5 durant l'année 1996; elle a également constaté que le dossier avait été égaré au greffe en 1994 avant d'être reconstitué en 1995. Après 14 ans depuis l'engagement du procès, le requérant n'avait toujours pas la moindre décision de première instance! Un « délai anormalement long » logiquement sanctionné par la Cour; v. DCC 97-011 des 26 juin et 12 août 1996 et 6 mars 1997; pour des décisions analogues, v. DCC 97-006 du 13 novembre 1996 et du 18 février 1997 (inconstitutionnalité pour méconnaissance du droit à être jugé dans un délai raisonnable, à propos d'une procédure de flagrant délit pour escroquerie).

Burkina Faso, une affaire a mis vingt cinq ans (38) avant d'être définitivement réglée et il ne serait pas surprenant que des lenteurs de ce type n'aient pas été constatées ailleurs sur le continent.

Ces attitudes fautives dans l'exercice même de la fonction de juger s'accompagnent parfois, et malheureusement, d'attitudes déplorables des juges à l'extérieur même des locaux abritant les tribunaux, et en dehors de leur fonction (39). Il n'est guère question ici de confondre vie privée et activité professionnelle des juges, mais en Afrique, plus qu'ailleurs (« un village où tout le monde se connaît »), la réputation et la moralité de ceux qui ont la fonction de dire le droit, de rendre la justice, tient une grande place dans l'opinion publique. Celle-ci admet difficilement que le juge africain actuel puisse incarner la justice, alors que son comportement en société empêche qu'on lui accorde le moindre respect normalement dû à ceux qui agissent au nom de la puissance publique. Ce manque de considération à l'égard des magistrats tient là également à des facteurs différents.

Tout d'abord, leur faible rémunération et le manque de moyens matériels qui en découle inévitablement, les placent dans une situation trop précaire pour qu'ils puissent jouir d'une certaine « notabilité » auprès de ceux qui les solliciteraient éventuellement pour rendre la justice ou de ceux qu'ils auraient condamnés. Peut-on vraiment concevoir qu'un juge vienne partager le même autobus avec un prévenu qu'il vient tout juste de condamner, même d'une peine très légère? Fait banal, hélas, dans certains pays africains. Outre le risque d'agression qu'il encourt, le bon sens exige que des mesures soient prises pour faire cesser cette situation de précarité qui, à l'évidence, ne favorise guère l'autorité nécessaire dont le juge doit jouir en vue d'une bonne administration de la justice. De telles mesures entrent évidemment dans le cadre d'une politique gouvernementale plus vaste, et seule la volonté des gouvernants de doter les magistrats de moyens suffisants pourrait enrayer ce phénomène. Loin de les privilégier par rapport aux autres fonctionnaires de l'État, cela les motiverait davantage et les protégerait contre les tentations liées à la corruption. (40)

Plus délicats à combattre sont les autres facteurs liés à la moralité même du personnel judiciaire, sérieusement remise en cause par le comportement très souvent décrié de certains magistrats habitués de bars et d'éthylisme, ou prompts à s'adonner à la séduction de femmes en instance de divorce et

(38) Aff. *Kabore Ali Noaga* c/ *Derme Moussa*, rapportée par S. YONABA, 1988, p 156.

(39) V. S. YONABA, art. précité, p. 96.

(40) V. H. SARASSO, « La justice contre la corruption en Afrique aujourd'hui », in *La justice en Afrique*, *op. cit.*, pp. 195 et s.

venues au tribunal à cet effet (41). Ces comportements ne sont, fort heureusement, pas très répandus. Ils existent bel et bien cependant et ne renforcent nullement, loin s'en faut, la crédibilité dont le magistrat africain a tant besoin aujourd'hui.

En définitive, le juge africain, sous l'influence de multiples pesanteurs, est perçu par ses concitoyens comme inapte à assurer convenablement sa fonction : dépendant du pouvoir politique, incapable de fixer une jurisprudence fiable formée de règles cohérentes, peu scrupuleux des règles déontologiques ou morales, il se retrouve très souvent écarté dans un premier temps et n'est sollicité par le justiciable que lorsque d'autres modalités de résolution des conflits mieux connues sont épuisées sans donner satisfaction. En effet, à côté de la justice officielle, existe une justice officieuse, informelle qui prend de plus en plus d'ampleur dans le règlement des conflits.

B. – *La persistance des modes traditionnels de règlement des conflits ou la mise à l'écart partielle du juge*

Il faut à nouveau préciser que parler d'un juge rejeté par les justiciables ne veut pas dire que les palais de justice en Afrique ne sont pas fréquentés, ni que le juge n'est jamais saisi par les particuliers. En réalité, tout le contentieux né sur le territoire est loin d'être soumis aux juridictions modernes dans la mesure où les conflits sont résolus le plus souvent selon les modes traditionnels.

Nombreux ont été les auteurs qui ont insisté sur l'importance du chef et le rôle qu'il joue au sein des sociétés africaines. (42) Ni l'arrivée du juge occidental à l'époque coloniale, ni l'institution des juridictions modernes après l'indépendance n'ont fait disparaître la pratique coutumière de « l'arbre à palabre » aux origines lointaines. Cette « institution » permet tour à tour discussion, négociation et conciliation, le tout ayant pour finalité de trouver un compromis entre les différentes tendances. Aussi, le juge n'est-il saisi qu'en

(41) V. S. YONABA, *op. cit.*, p. 98. L'auteur ajoute : lorsque le « magistrat se signale par de tels comportements (...) la rumeur publique s'en saisit très vite pour se répandre comme une traînée de poudre au sein de l'opinion publique. Très vite, le juge mis en cause sera littéralement pointé du doigt comme étant, pour reprendre une formule qui a fait flores, le juge pourri ».

(42) V. par exemple, G.A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre*, ed. Berger-Levrault, 1966, p. 80; K.A. BUSIA, « The position of the chief in modern political system of ashanti », Oxford University Press, pp. 26 et s.; v. également, *Pauvreté urbaine et accès à la justice en Afrique, Impasses et Alternatives*, ouvrage collectif, ed. L'Harmattan, 1995, notamment M. MICHEL, *Les modes de régulation des conflits urbains*, p. 297; J.Y. TOE, « Les modes informels de régulation des conflits dans les quartiers pauvres de Ouagadougou », p. 317; R.D. SÉGUI, « Modes informels de régulation dans les quartiers pauvres . l'exemple d'Abidjan », p. 353; J. MAQUET, *Pouvoir et société en Afrique*, ed. Hachette, Paris, 1970.

dernier recours, après épuisement des voies transactionnelles (43), dont la direction revenait au chef, « juge suprême » (44) de la communauté, ou à un sage doté de qualités d'honnêteté et d'impartialité. Ce modèle quasi idéal-typique se distingue radicalement de la « justice légaliste-libérale » (45) qui nourrit malgré elle cette fâcheuse tendance à « envenimer » le conflit par un formalisme à la fois excessif et exaspérant. La justice-coutumière, « reposant sur des principes diamétralement opposés » cherchera avant tout à apaiser les esprits (46), certes en ne disant pas le droit (47), mais en conciliant les intérêts, et en pacifiant le groupe. (48)

Le colonisateur avait bien saisi l'importance que revêt ce procédé de règlement des conflits lorsqu'il a institué, à côté des tribunaux indigènes appelés tribunaux de droit local, des tribunaux de conciliation (49), prenant acte, ainsi, de ce type de procédé très répandu dans les sociétés africaines. Joost Vanvollenhoven, ex-gouverneur du Sénégal, avait perçu très rapidement le rôle primordial du chef dans la société sénégalaise, lorsqu'il le qualifiait d'autorité incontournable. (50)

Aujourd'hui, le dialogue demeure encore le moyen privilégié pour régler les conflits et si les africains affectionnent ce procédé, c'est semble-t-il, pour chercher à trouver des solutions « aux besoin de justice et d'équité là où le droit strict n'offre plus de réponse, soit parce que les magistrats sont impuissants à faire exécuter leurs décisions, soit parce que la norme exogène est inadaptée aux situations conflictuelles et aux représentants qu'ont les justiciables de la bonne société ». (51)

(43) V J. BINYOUM, « Bilan de 20 ans de jurisprudence administrative de la Cour Suprême du Cameroun », *Revue Camerounaise de Droit*, série n° 15 et 16, 1978, p. 44.

(44) G.A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 82.

(45) V. M.P. NKOU MVONDO, art. précité, p. 213, « Dans le dispositif de sa décision, le juge tranche, 'condamne', 'ordonne', 'enjoint', 'fait défense'... A chacune des parties, il attribue le sien, sans toutefois se préoccuper des humeurs des uns et des autres, sans prendre en compte les difficultés que les parties sont susceptibles de rencontrer plus tard », *ibid.*, p 212.

(46) Ce mode de justice rappelle, à bien des égards, cet adage populaire qui veut « qu'un bon arrangement vaut mieux qu'un mauvais procès ».

(47) La justice coutumière, comme chacun sait, n'a pas une fonction de *juris dictio*.

(48) « ... plus que les juges, observe Marc Debène, ces autorités sont en fait des conciliateurs. Elles ne se réfèrent pas à une loi préétablie qui leur donne les éléments de solution. Elles cherchent avant tout à rapprocher les positions des parties en litige. Leur rôle est plus de préserver les équilibres sociaux que de donner raison à l'un contre l'autre. Les autorités saisies se comportent alors comme des médiateurs, remplissant une fonction maïeutique, aidant les parties à trouver une solution », v. « La justice sans juge, d'hier à demain », in *Afrique contemporaine*, n° spécial, Documentation française, 1990, p. 87.

(49) V. K. MBAYE, *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome v, p 27.

(50) Cité par E. LEROY, « Les chefferies traditionnelles et le problème de leur intégration », in *Les Institutions administratives des États francophones d'Afrique noire*, ed. economica, 1979, p. 105.

(51) Cf. E. LEROY, « Le justiciable et la redécouverte d'une voie négociée de règlement des conflits », in *Afrique contemporaine*, n° spécial, Documentation française, 1990, p. 113.

Cela est juste. La preuve nous en est fournie par une expérience célèbre mais malheureuse, vécue par un père de famille dont le fils avait été blessé par un instituteur. Le directeur de l'école avait pris l'initiative de réunir un conseil en présence d'un notable du village, et avait réussi à trouver un terrain d'entente entre le père de l'enfant et l'instituteur. Celui-ci s'était engagé à prendre en charge les frais médicaux et les dépenses liées au transport de l'enfant à l'hôpital où il devait recevoir des soins. Par la suite, le père de l'enfant se ravisa et s'adressa au juge, espérant certainement avoir plus de satisfaction auprès des juridictions de droit moderne, mais fut débouté. (52) Quel que soit le fondement juridique de cette décision, celle-ci sera mal accueillie et toujours perçue par la grande majorité des justiciables comme peu conforme à l'idée de justice. De là, l'alternative de « l'arbre à palabre » qui, dès lors, s'explique aisément : la décision issue de ce « palabre » aura le mérite d'être un compromis, accepté par les parties, sans que l'une d'elles n'ait le sentiment d'être flouée dans ce qu'elle estime être son droit ou son obligation.

La réaction de ce père de famille est rare et peut être considérée comme un cas isolé. Les solutions aux conflits issues de négociations sont généralement acceptées et exécutées par les parties. La persistance des modes traditionnels de règlement des conflits en Afrique s'explique, contrairement à ce que l'on a l'habitude de dire, par la modernité de cette justice informelle ou officieuse et parallèle à la justice organisée à l'occidentale. Cette justice traditionnelle n'est pas obsolète si l'on admet enfin que la tradition peut être moderne ou, plus précisément, que la modernité s'inspire très souvent de la tradition. Si une telle pratique resurgit et persiste, c'est certainement parce qu'elle fait intervenir, dans le processus de règlement des conflits, bien plus qu'un juge. Tout un ensemble, « d'autorités », et parfois de simples individus, peuvent être sollicités : le chef de village – et dans les grandes villes, y compris la capitale, le chef de quartier – le sous-préfet ou le préfet, le gouverneur ou toute autre autorité susceptible d'apaiser le conflit. (53)

Ainsi a-t-on pu remarquer qu'au Sénégal, un système de résolution des conflits à l'amiable est prévu pour les litiges fonciers, sans porter préjudice au mode de règlement juridictionnel (54). Le Conseil rural, dans les commu-

(52) T.P.I. Dakar, 28 novembre 1970, *Babacar Guèye c/ État du Sénégal*, *Annales Africaines*, 1973, obs. A. BOCKEL, p. 243.

(53) Les autorités togolaises l'ont tellement compris qu'elles ont laissé subsister, à côté des tribunaux modernes, des tribunaux coutumiers compétents pour régler les conflits relatifs par exemple, au non paiement de la dot, à la sorcellerie, aux conflits d'ordre foncier, ou encore en cas d'adultère. A la tête de ces tribunaux, se trouve le Fyo [roi],qui intervient « dans un souci de conciliation et de médiation ». v. P-L. AJAVON, *Perception et Représentation du temps et de l'espace chez les Gεñ-Mina du Sud* – Togo, Thèse d'État, Université Bordeaux II, 1999, p. 114.

(54) V. Mayacine DIAGNE, « Le règlement des conflits fonciers dans les communautés rurales sénégalaises », Université, *Recherche et Développement*, n° 4, octobre 1994; v. également M. DEBÈNE, art. précité, p. 91.

nautés rurales (55), assure cette fonction d'arbitrage. En effet, en dehors d'une part des conseillers qui peuvent être désignés par leur pairs pour arbitrer les litiges fonciers (56), et d'autre part des commissions de conciliation (57), le Président du Conseil rural peut procéder au règlement d'un litige en matière foncière par des arbitrages qui ne font l'objet d'aucune délibération au sein du Conseil. L'autorité dont il dispose provient à la fois de son titre de Président de ce Conseil et de sa qualité de chef coutumier. Ce dernier élément est en fait déterminant car les textes qui ont prévu, en ce domaine, ce mode de règlement à l'amiable, n'ont pas du tout innové. Il s'agit ici de l'institutionnalisation d'une pratique coutumière, ancestrale, qui a toujours été utilisée pour trancher les litiges survenus entre individus d'une même communauté par la recherche d'un compromis (58). La pratique, comme on peut s'en douter, a montré que les litiges étaient résolus par le gouverneur, le préfet ou le sous-préfet, le président du Conseil rural, et même par le chef de village qui est pourtant ignoré par la réforme foncière.

Il arrive parfois que des « juridictions populaires » naissent spontanément dans les villes africaines, cette fois-ci loin des campagnes, pour trancher des litiges, en invoquant des coutumes alors que de telles juridictions n'ont aucune référence ancestrale. Est né ainsi « le monde de la coutume instantanée » (59) qui concurrence quotidiennement la loi moderne appliquée par les juridictions actuelles. Ces « juridictions populaires » apparaissent dès l'instant que les particuliers saisissent des notables ou autres autorités administratives. Ces diverses personnalités n'hésitent pas à s'ériger spontanément en « juges », prouvant ainsi implicitement la rupture entre le juge moderne et son justiciable. Le développement de cette justice parallèle est renforcé par l'absence de crédibilité de la justice institutionnalisée. Celle-ci rend des décisions qui ne sont pas, en général et malheureusement, à la hauteur des espérances des populations africaines, de plus en plus avides de démocratie et de respect des droits de l'homme. Cela ne peut donc qu'accentuer la rupture.

(55) Les communautés rurales furent la grande innovation de la réforme administrative de 1972. En créant ces collectivités locales, le législateur sénégalais a voulu ainsi, dans le cadre d'une politique de décentralisation, instituer au niveau des campagnes, un système démocratique qui consiste à confier le développement et la gestion des zones de campagne aux intéressés eux-mêmes, c'est à dire aux paysans. La communauté rurale est formée de deux organes élus : le Conseil rural qui est l'assemblée délibérante et le Président qui est l'exécutif

(56) V. art. 22 al. 2 de la loi 72-25 du 19 avril 1972.

(57) V. décret du 10 mars 1980 relatif à l'organisation des parcours du bétail et fixant les conditions d'utilisation des pâturages.

(58) V. S. TRAORÉ, *Les systèmes fonciers de la vallée du Sénégal. Exemple de la zone soninke de Bakel, canton de Goy Gajaaga. Communauté rurale de Moudéri*, thèse pour le doctorat d'État, Dakar, 1991, p. 173, cité par Mayacine DIAGNE, art. précité, p. 83; v. également E. LEROY, *Le Sous-Préfet, le Président de la Communauté rurale et les paysans. Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelles, Facultés Universitaires. Saint-Louis, 1980, p. 568.

(59) Selon l'expression de M. DEBÈNE, art. précité, p. 91.

II. – La déliquescence de l'autorité du juge

On s'est beaucoup plaint, certes à juste titre, mais assez souvent à tort (60), de l'inefficacité des juges africains. On les jette en pâture sans aucune autre forme de procès et surtout sans chercher à trouver les causes exactes de leur déficience. Celles-ci sont, pourtant, généralement indépendantes de leur volonté. Le nombre très faible des magistrats, une formation insuffisante ou inadéquate, la vétusté des tribunaux et palais de justice, l'inexistence d'archives ou de moyens matériels pour l'exécution des tâches les plus élémentaires, les salaires dérisoires des personnels de justice en général, sont autant de tares qui sont incontestablement à l'origine du manque de crédibilité du juge en Afrique. En effet, si parfois dans certaines décisions de justice se dégage une impression de dépendance du juge à l'égard de forces politiques, religieuses et autres, ou son incapacité à appliquer correctement la règle de droit (A), force est de reconnaître que le juge a manifesté de réelles capacités, voire un certain courage, pour assumer une fonction particulièrement difficile dans des circonstances politiques et sociales, toutes aussi pesantes, en faisant respecter le droit et en assurant une véritable protection des libertés publiques. (B)

A. – *La politisation de la justice en Afrique*

À travers l'analyse d'un certain nombre de décisions, volontairement limité ici, on peut constater que, tant pour le contentieux électoral que pour celui des libertés publiques en général, les solutions retenues par les juges semblent reposer davantage sur des considérations politiques que sur des fondements strictement juridiques.

Cette politisation est, de manière générale, dissimulée dans des notions juridiques, toutes importées par ailleurs, telles l'intérêt général, l'atteinte à la sûreté de l'État, la haute trahison, ou encore la notion d'ordre public. La dissimulation du caractère politique de ces décisions juridictionnelles est d'autant plus aisée et les solutions retenues plus difficilement critiquables, qu'elle s'opère à travers des notions qui sont étroitement liées à l'existence de l'État. En Afrique, celui-ci avait d'abord pour mission fondamentale, dès les premiers jours de l'indépendance, de construire l'unité nationale (61), de

(60) À cet égard, la doctrine a parfois tenu des propos certes fondés, mais injustes, voire excessifs, v. par exemple, A. Boudahrain, art. précité.

(61) On a prétendu qu'en Afrique la nation n'existait pas avant l'État, contrairement en Europe où c'est celle-là qui a préexisté à celui-ci. Cette idée, fortement contestée, à juste titre, par la doctrine africaine, devait logiquement assigner aux nouveaux États africains cette fonction qui était d'unifier les ethnies dispersées puis regroupées indifféremment dans des zones géographiques distinctes pour en faire des nations.

sauvegarder l'intégrité territoriale et de promouvoir le développement économique. Au nom de cette triple mission, le respect des libertés publiques, même affirmé par les textes les plus importants, était relégué au second plan au profit de la consolidation de l'État et de l'intérêt supérieur de celui-ci. Il était donc assez facile pour des dirigeants peu attentifs aux droits de l'homme, de s'armer de ces concepts, jamais clairement définis par ailleurs, pour viser des buts autres que ceux proclamés.

Le juge africain est d'abord décrié parce qu'il ne manifeste, à l'égard de l'appareil politique, aucune réelle indépendance qui garantirait son impartialité (62). Ensuite et pour des raisons diverses, il peut éprouver de sérieuses difficultés à s'opposer aux autorités politiques lorsqu'il cherche à s'en affranchir.

1. *Les origines statutaires de l'absence de crédibilité du juge*

Au niveau de leur statut tel qu'il ressort des textes, les magistrats africains, dans la quasi totalité des pays que nous avons étudiés, n'échappent pas à l'emprise, directe ou indirecte des autorités politiques. Partout le magistrat est sous le contrôle d'un Conseil National de la Magistrature (63), présidé par le chef de l'État (64) et dont la fonction primordiale est de garantir le respect des règles de fonctionnement du service public de la jus-

(62) Cette question de l'impartialité du juge et de ses éventuelles collusions avec le pouvoir exécutif – notamment par le biais de la fonction consultative sur les actes législatifs ou réglementaires – s'est posée – et continue à être discutée – en Europe et en France, particulièrement Plus précisément, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion, à travers une jurisprudence abondamment commentée, de stigmatiser la dualité fonctionnelle de certaines juridictions administratives (voir à ce propos, CEDH, 28 septembre 1995, *Procola c/ Luxembourg*, série A, n° 326, relativement au cumul des fonctions juridictionnelles et consultatives du Conseil d'État luxembourgeois déclaré contraire à l'exigence de « *tribunal indépendant et impartial établi par la loi* », formulée par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme). Ainsi que le rappelle le professeur R. CHAPUS, « l'exigence d'impartialité interdit ainsi que siègent dans une juridiction, soit une personne intéressée (directement ou non à l'affaire à juger) une personne qui est l'auteur de la *décision attaquée* ou qui a participé aux délibérations de l'organisme qui l'a édictée », (Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 1999, p. 837). La jurisprudence administrative française a posé ce principe d'interdiction dans le célèbre arrêt *Delle Arbousset* du 2 mars 1973 (*Rec.*, p. 190). Voir également M.A. FRISON-ROCHE, *L'impartialité du juge*, chron., Dalloz, 1999, p. 53.

(63) Il s'agit d'un organe hérité du système français. Faut-il rappeler qu'il fait l'objet de nombreuses critiques depuis bien longtemps (v. G. MASSON, *Les juges et le pouvoir*, ed. Moreau/ syros, 1977, pp. 258 et s.) et qu'aujourd'hui, il constitue l'un des objets importants des réformes sur la justice que le Président de la République et le gouvernement français, dans une conjoncture de cohabitation, tentent difficilement de faire adopter par le Congrès, suivant la procédure de l'article 89 de la constitution de 1958 sur la révision constitutionnelle.

(64) Pour des exemples, voir l'article 28 de la loi organique L/91/011 du 23 décembre 1991 portant création du Conseil supérieur de la magistrature (Guinée); l'article 132 de la Constitution du 11 juin 1991 révisée le 27 janvier 1997 (Burkina-Faso); l'article 1er de l'ordonnance n° 60-16 du 3 septembre 1963, ainsi que la loi organique n° 92-26 du 30 mai 1992 (Bénin).

tice et la protection des magistrats contre les éventuelles pressions du pouvoir politique. C'est dans ce cadre que l'indépendance des magistrats et leur inamovibilité (65)constituent des principes qui leur ont été reconnus comme une garantie pour une bonne administration de la justice. Pourtant, La doctrine est unanime pour constater l'existence de dysfonctionnements au sein de cet important organe.

Au Sénégal, les rencontres organisées par les magistrats ne cessent de dénoncer de tels dysfonctionnements, tant au niveau des nominations, qu'à celui des sanctions prises à l'encontre des juges eux-mêmes, notamment dans le cadre des procédures disciplinaires. Ni la notation, les nominations ou autres promotions ne sont véritablement transparentes. Aussi, l'une des exigences actuelles de la part des magistrats tient-elle à l'établissement de critères objectifs pour éviter toute ambiguïté dans la gestion et le déroulement de leur carrière (66). Cela semble être le cas dans la majeure partie des États africains où les principes d'indépendance et d'inamovibilité qui constituent les garanties reconnues aux magistrats, y sont quotidiennement bafoués.

Au Burkina-Faso, le Conseil National de la Magistrature a été quasiment exclu de l'examen des questions relatives à l'indépendance ou à l'inamovibilité des magistrats (67). A propos du principe même de l'inamovibilité, les textes de nombreux pays ont expressément organisé les moyens d'y porter atteinte. Il en est ainsi au Sénégal où l'article 5 alinéa 2 de la loi organique portant statut des magistrats (68) met en échec ce principe. La situation n'est pas différente au Burkina-Faso où les magistrats ne bénéficient guère plus de cette garantie. On y procède en effet à des affectations, pour des raisons obscures ou inavouées, dont les liens avec le service sont parfois très ténus. Ces nombreux mouvements de magistrats ont été suivis en 1995 par des avertissements et des rétrogradations, à titre de sanctions prononcées par le Conseil National de la Magistrature lors de sa première session disciplinaire. Ces sanctions ont été vivement critiquées par les magistrats qui les qualifiaient de manipulation de la part de l'autorité politique (69). En Guinée, le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège (70) n'y est, là

(65) Cette inamovibilité concerne les magistrats du siège et signifie qu'ils ne peuvent faire l'objet d'aucune affectation, même par voie d'avancement sans leur consentement, sauf lorsque les besoins du service l'exigent.

(66) V. Sur cet échec de l'inamovibilité, v. D. Sy, « La condition du juge en Afrique... », art. précité.

(67) V. S. Yonaba, *op. cit.*, p. 85.

(68) Cet alinéa est libellé ainsi : « Toutefois, lorsque les nécessités du service l'exigent, les magistrats du siège peuvent être provisoirement déplacés par l'autorité de nomination, sur l'avis conforme et motivé du Conseil Supérieur de la Magistrature qui indiquera la durée maximum pour laquelle le déplacement est prévu », Loi organique n° 92-27 du 30 mai 1992.

(69) V. S. Yonaba, *op. cit.*, p. 86.

(70) Principe contenu dans l'article 9 de la loi organique L/91/011 du 23 décembre 1991.

encore, pas respecté, et son ineffectivité n'a pas manqué d'être dénoncée (71).

En arguant des « nécessités du service », l'exécutif déplace des magistrats, non pas sur la base d'une appréciation objective des besoins du service, mais simplement parce qu'il s'agit de neutraliser des juges qui ne cèdent pas à l'influence du pouvoir politique. Au Sénégal, le principe d'inamovibilité souffre d'une double entorse : non seulement l'article 52 de la loi organique précitée prévoit que les magistrats du siège peuvent être provisoirement déplacés lorsque les nécessités du service l'imposent, mais, plus encore, l'article 68 alinéa 2 de la loi organique sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la Magistrature impose aux magistrats des Cours et tribunaux d'assurer l'intérim si le nombre de magistrats devenait insuffisant (72). Au Congo, l'inamovibilité des magistrats, principe reconnu par les textes, est un vain mot et n'a jamais été vraiment respecté, dans la mesure où son consentement n'est pratiquement jamais exigé pour une nouvelle affectation (73).

De ce fait, l'objectivité du Conseil National de la Magistrature peut être mise en doute dès lors qu'il est présidé, dans tous ces pays, par le chef de l'État. Dans certains pays, comme au Sénégal, le Conseil est composé de membres de droit (74) ainsi que de membres élus (75); dans d'autres États, comme en Guinée, c'est le chef de l'État qui nomme le Ministre de la Justice, vice-président de la Haute autorité et désigne par décret les cinq autres

(71) V. Y. Boiro et Y Seck, *La Justice en Guinée*, ouvrage à paraître.

(72) « Si le nombre des magistrats disponibles dans la juridiction ne permet pas de combler toutes les vacances d'emploi, le service peut être assuré par un intérimaire choisi parmi les magistrats des Cours et tribunaux (...) », Loi organique n° 92-27 du 30 mai 1992, modifiant l'ordonnance n° 60-16 du 3 septembre 1960, *J.O.R S.* du 30 mai 1992, pp. 239 et s.: v. également C.T. Thiam, *Droit Public du Sénégal*, vol. I, 1993, éd. du CREDILA, p. 191. La loi organique mauritanienne (n° 94-012) portant statut de la Magistrature contient de semblables dispositions, mais avec quelques particularités. L'article 8 dispose en effet que « les magistrats du siège sont inamovibles et ne peuvent être affectés que sur leur demande ou à l'occasion d'une sanction disciplinaire ou pour nécessité majeure de service après avis conforme du Conseil Supérieur de la Magistrature ». V. encore par exemple pour le Bénin, l'article 4 alinéa 3 de la loi n° 83-005 du 17 mai 1983 portant Statut de la Magistrature à propos de l'inamovibilité des magistrats du Parquet, et l'article 18 de la même loi relativement à l'intérim, en cas d'insuffisance de magistrats en fonction dans une juridiction. Pour le Burkina-Faso, voir l'article 2 de l'ordonnance n° 91-0050 du 26 octobre 1991 sur l'indépendance et son article 3 sur l'inamovibilité des magistrats du siège.

(73) V. E. Boshab, « Quelles Institutions pour la troisième République ? », *Diagnostic*, 1992, p. 15.

(74) Il s'agit, en l'occurrence du Président du Conseil d'État, du Premier Président de la Cour de cassation et du Procureur Général près la Cour de cassation, des Premiers Présidents des Cours d'Appel et des Procureurs généraux près de ces cours (voir l'article 2 de la loi organique).

(75) Au Sénégal, ils sont au nombre de six : trois titulaires et trois suppléants (voir l'article 3 de la Loi organique).

membres. On constate aisément que dans ces deux cas, l'objectivité du Conseil supérieur de la Magistrature est très symbolique, dans la mesure où il apparaît véritablement chevillé à l'Exécutif, et plus précisément au chef de l'État (76). Même si ce dernier – ou le Ministre de la Justice – ne siège pas au sein de cette instance, lorsqu'elle statue en matière disciplinaire, son influence est sensible (77). Le Conseil Supérieur de la Magistrature guinéen n'a jamais fonctionné alors que des décisions graves ont été prises à l'encontre de magistrats, sans que le Conseil ne se soit réuni ou n'ait été consulté (78).

La doctrine appelle ainsi de tous ses vœux le législateur africain à procéder à d'importantes réformes des textes pour que les juges ne soient pas ou plus dans une situation statutaire trop dépendante de l'Exécutif. Ceci est d'autant plus nécessaire, qu'à cette dépendance, vient s'ajouter une ingérence sans cesse plus accrue du pouvoir politique dans l'exercice de la justice.

2. *L'immixtion du pouvoir politique dans l'exercice de la justice*

De tout temps, le pouvoir politique a cherché à s'attirer les grâces de la justice, ou à défaut, la contrôler (79). Le problème de l'indépendance de la justice est très souvent évoqué en Afrique (80) mais il n'est pas propre aux États africains. Il se pose ailleurs également, y compris dans les pays occi-

(76) Au Congo, l'influence du Président de la République semble intacte malgré les garanties textuelles accordées aux magistrats. V. J.D. BOUKONGOU, « Indépendance du pouvoir judiciaire et protection des droits de l'homme au Congo à la lumière des deux décisions de la Cour Suprême du 2 août 1996 », *Penant 1997*, p. 320. Le cas togolais, (mais certainement celui de bien d'autres pays africains), n'est guère différent. Sur la jurisprudence administrative au Congo, v. J.M. BRETON, « La jurisprudence administrative de la Cour suprême au Congo », in *Les Cours suprêmes en Afrique*, *op. cit.*, p. 88.

(77) À cet égard, le constat suivant dressé par M. YAYA BOIRO, Premier Président de la Cour d'Appel de Kankan en Guinée, est significatif : « En pratique, écrit-il, la garantie de l'indépendance de la Magistrature à travers le Conseil Supérieur de la Magistrature est trop discutable en Guinée. La réalité, c'est que le problème majeur du monde politique dans son ensemble, c'est de garder le monde judiciaire dans sa zone de proximité et donc de faire du pouvoir judiciaire le prolongement du pouvoir exécutif. Cette tendance fait que le statut du juge reflète les intérêts du régime politique et crée un grand décalage entre les textes et la réalité », in « L'indépendance de la Magistrature en Afrique : le cas de la Guinée », *Mémoire de fin d'études, Droits fondamentaux*, Université de Nantes et Paris X-Nanterre, AUPELF-UREF, 1996-1997, p. 31.

(78) Un mouvement général de déplacement de magistrats du siège et du Parquet a été amorcé par décret en 1997 et un magistrat qui a prononcé une décision contre une banque a fait l'objet d'une mesure de suspension de huit semaines par le Ministre de la Justice (décision 96/989/MJ/CAB du 20 novembre 1996), V. Y. BOIRO et Y. SECK, ouvrage précité, à paraître.

(79) V. G. MASSON, *Les juges et le pouvoir*, ed. A. Moreau/Syros, 1977, précité.

(80) V. par exemple, D. BIGO, « Justice et pouvoir politique Pouvoir politique et appareil judiciaire en Afrique au Sud du Sahara », in *La justice en Afrique, Afrique contemporaine, op. cit.*, pp. 166 et s.

dentaux où l'on nous constate quotidiennement que cette indépendance n'est jamais définitivement acquise (81).

Dès l'accession des anciennes colonies à la souveraineté internationale, les premières constitutions africaines établies par les nouveaux gouvernants ont très rapidement affirmé l'indépendance de la Justice et le respect de la séparation des pouvoirs. Cela paraissait logique, et découlait naturellement des institutions qu'elles avaient héritées des colonisateurs. Toutefois, les intentions démocratiques proclamées à l'époque ne se sont pas pleinement réalisées à cause de l'existence d'un parti unique dans la quasi-totalité de ces pays et d'une forte concentration des pouvoirs au bénéfice de l'Exécutif, lui-même dominé par l'autorité d'un chef, le Président de la République. Dans ces conditions, les dispositions constitutionnelles et législatives relatives aux droits de l'homme et aux libertés publiques ne pouvaient valablement trouver à s'appliquer et être respectées, tant la conjoncture politique y était peu propice. Ainsi, à cette époque, le juge, à quelques exceptions près, ne pouvait assurer convenablement sa mission.

Aujourd'hui, les constitutions nouvelles ou révisées, ont conservé ou repris ces principes – piliers tutélaires dans un État de droit – d'indépendance de la justice et de séparation des pouvoirs. Dès lors, avec l'ouverture démocratique opérée dans tous ces pays, le juge est à même d'évoluer dans un climat plus favorable. En toute hypothèse, il devrait pouvoir se livrer à une application correcte de la règle de droit et participer de manière plus satisfaisante au processus de démocratisation (82) et, *in fine*, à l'édification d'un réel État de droit. Assurément, la tâche sera rude et longue car les résultats déjà obtenus ne sont pas suffisamment probants pour être à la hauteur des espérances des citoyens. L'indépendance du juge vis à vis des autres pouvoirs est loin d'être conquise (83).

« Le citoyen moyen change de trottoir lorsqu'il lui arrive de passer devant le Palais de Justice ». Cette boutade du Ministre de la Justice du Burkina-

(81) Par exemple en France, c'est ce problème de l'indépendance des magistrats du parquet qui fait l'objet de beaucoup de débats aujourd'hui au sein de la classe politique et qui empêche, entre autres, l'adoption des réformes annoncées, sur le statut des magistrats français.

(82) Ce processus, on le sait, a été entamé depuis les années 1990 pour la plupart d'entre eux.

(83) L'indépendance du juge n'est jamais définie dans ses manifestations concrètes. Est-il donc nécessaire, comme le suggère M.S. YONABA (ouvrage précité, p. 77), de préciser qu'elle ne doit pas être uniquement appréciée dans le cadre des relations que le magistrat entretient avec le pouvoir exécutif; elle doit également être mesurée par rapport aux influences ou pressions qu'il peut subir et qui peuvent éventuellement provenir, non seulement des parlementaires les plus influents et très proches du pouvoir politique en place, mais aussi de l'opposition au sein des assemblées. Par ailleurs, la corruption, très répandue en Afrique, n'épargne pas la justice et quoi que l'on puisse dire des causes de ce phénomène (qui n'est certainement pas propre au continent noir), la population reste généralement persuadée que le juge ne résiste pas à la tentation de recevoir des pots de vin de la part d'hommes d'affaires riches et influents.

Faso, prononcée lors de son discours d'audience solennelle de rentrée judiciaire en 1994 (84), est éloquente, voire symptomatique. Elle traduit fort bien le malaise de la justice en Afrique et surtout le manque de confiance évident que manifeste quotidiennement le justiciable à l'égard de cette institution. Cette crise de confiance était inévitable au regard des solutions rendues par les juges dans des affaires où les populations attendaient, en vain, une attitude hardie et responsable des magistrats par une stricte application du droit.

La politisation de la justice est une forte réalité en Afrique (85) et se manifeste de manière variable, selon les États. C'est, en effet, un phénomène tantôt visible, voire flagrant, tantôt sournois. Dans le premier cas, on peut citer l'exemple de la République Démocratique du Congo où les gouvernants ont expressément organisé la soumission du juge aux directives du parti (86), voire de son chef, et n'hésitent pas à prendre des sanctions excessivement sévères à l'encontre de magistrats (87) ou d'autres individus lorsqu'ils osent désobéir aux directives du pouvoir ou critiquer le système (88).

(84) Phrase rapportée par S. YONABA, *op. cit.*, p. 61.

(85) « C'est une réalité que l'influence du pouvoir politique sur la justice est effective. Devant cette réalité, nous avons comme une impression de vide, d'inexistence de la justice. Notre justice paraît comme une fiction. Notre rôle paraît fictif. On ne saurait parler de justice si celle-ci n'assure pas une véritable protection crédible aux citoyens. Une justice juste dans une société ressentie comme étant injuste n'est jamais possible (...). Face à la subordination au pouvoir politique, nous avons le sentiment de ne pas être socialement utiles, de ne pas œuvrer à cette justice, objet de l'aspiration des hommes et des femmes d'Afrique », cf. R. MOUTÉKÉ et I. LOCKO, art. précité, p. 171

(86) La théorie dite du Procureur Général de la République Kengo wa Dondo en République Démocratique du Congo (propos rapporté par M E. BOSHAB, « La misère de la justice et justice de la misère en République Démocratique du Congo », *Revue de la Recherche Juridique*, 1998, 3, p. 1169), est sans équivoque sur la politique affichée du gouvernement de soumettre la justice à sa totale domination. Jugeons-en : « Le Conseil judiciaire, dit le Procureur, n'est pas une institution propre, mais un organe par lequel le M.R.P (parti au pouvoir), – et donc son Président, car ce dernier en est l'incarnation – exerce la mission de rendre la justice. De ce fait, le magistrat zaïrois est non pas à proprement parler le mandataire du Président, mais en quelque sorte le Président lui-même exerçant sa mission de dire le droit (...), quiconque s'insurge contre ses décisions désobéit au Président du M.R.P lui-même (...). Le magistrat zaïrois doit – il prendre de plus en plus confiance de l'importance de sa mission et rendre la justice en âme et conscience de *militant* » (c'est nous qui soulignons).

(87) *Ibid.*, p. 1171, note 28, à propos de révocations de magistrats par le Comité central du M.R.P, « pour manquements graves aux idéaux et discipline du parti ». Cette décision d'État de démettre des magistrats de leur fonctions a fait l'objet d'une annulation par la Cour suprême de justice congolaise, mais semble-t-il, ce fut le seul arrêt connu ayant infirmé de telles décisions du parti.

(88) *Ibid.*, p. 1171, note 30 · injonction faite au Conseil judiciaire (exécutée sans que celui-ci n'ait établi la preuve d'une quelconque faute de l'intéressé), par le parti de prononcer, non seulement la radiation d'un avocat de l'Ordre des Avocats du Barreau de Kinshasa, mais également celle de ses fonctions de professeur d'Université C'est là la preuve manifeste du mépris que certains gouvernants africains peuvent avoir à l'égard des droits et libertés.

Ce cas extrême résulte de l'hégémonie d'un Parti-État qui rend illusoire tout processus démocratique, en vidant de sa substance le principe de séparation des pouvoirs et celui de l'indépendance de la justice.

Dans d'autres pays, cette politisation de la justice est plus insidieuse et s'organise de façon beaucoup plus subtile, car elle devient alors protéiforme ce qui a pour effet de renforcer son caractère néfaste. Ainsi, elle apparaît soit à travers la crainte éprouvée par certains magistrats, de se voir infliger des sanctions de toutes natures, soit à travers l'intime et indéfectible conviction d'autres magistrats, selon laquelle les décisions de justice ne devraient pas entraver des décisions administratives ou gouvernementales qui iraient dans un sens prétendument favorable au développement politique et économique. Les restrictions apportées aux libertés, dans cette dernière hypothèse, sont « un mal nécessaire » que la collectivité doit supporter au prix d'un épanouissement futur hypothétique. Cette inféodation de la justice au pouvoir politique apparaît parfois assez nettement à la lecture de certains jugements rendus par les tribunaux.

Au Burkina-Faso, Monsieur Salif Yonaba a été frappé par le phénomène « d'autocensure ou d'excessive retenue » du juge, toutes les fois qu'une affaire concernant le pouvoir d'État lui est soumise. Rares sont, semble-t-il, les requêtes qui ne sont pas rejetées à cette occasion. Ce fut, notamment le cas, à une certaine époque, avec les tribunaux populaires de la Révolution (TPR). Mais la période récente, marquée par un retour à la quasi-normalité constitutionnelle, n'a pu amener le juge à se défaire totalement de cette prudence « excessive – et quelque peu gênante – à l'égard du pouvoir politique » (89). La même remarque peut être faite à propos d'autres pays africains (90).

De nombreuses décisions de justice fondées sur la notion d'ordre public ont été, de surcroît, mal comprises des populations, surtout lorsqu'elles ont entériné des actes d'autorités administratives restreignant l'exercice des libertés publiques. L'interprétation couramment retenue de ces décisions par les justiciables tient à ce que la notion d'ordre public sert d'alibi au pouvoir politique, pour affaiblir, voire éliminer, avec la complicité des juges, toute velléité contestataire ou d'opposition à l'encontre des gouvernants. L'usage judiciaire de cette notion est désormais empreint de suspicion en Afri-

(89) V. S. YONABA, art. précité, p. 99 L'auteur qualifie ces « Tribunaux populaires de la Révolution » de véritables juridictions politiques dont la création n'est justifiée que par la volonté du pouvoir révolutionnaire d'intenter un procès à la classe politique évincée du pouvoir.

(90) Au Congo, par exemple, il semble que les « exemples de décisions de justice aberrantes ne manquent pas... », illustrant « tout simplement la partialité des juges et leur soumission au pouvoir », J.D. BOUKONGOU, art. précité, p. 324.

que (91), au point que la doctrine invite les juges à l'employer de manière plus rationnelle, en l'intégrant dans l'élaboration de principes généraux du droit, eux-mêmes adaptés aux règles traditionnelles (92). Certes, la controverse n'est pas nouvelle. La notion a fait l'objet d'une véritable discussion au sein de la doctrine, quant à la fonction qu'elle serait amenée à jouer dans les systèmes juridiques africains. Ainsi, a-t-elle été utilisée par le colonisateur pour favoriser le droit moderne au détriment des coutumes, et par le juge africain, après l'indépendance, dans le but d'adapter ou moderniser les droits traditionnels, voire d'aider à l'application de nouvelles politiques ou encore d'accélérer le développement économique de ces États.

Ces diverses conceptions, à des périodes différentes, montrent l'ambiguïté d'une notion aussi insaisissable dans son essence, qu'incertaine et variable dans ses effets ainsi que les multiples applications que le juge a pu en faire. La jurisprudence sénégalaise en fournit un exemple particulièrement significatif. Par deux arrêts rendus le même jour, l'ancienne Cour Suprême, conformément aux solutions classiques dégagées par la jurisprudence administrative française à propos de la motivation des actes administratifs (93), confirme des décisions d'expulsion d'étrangers, fondées sur les « *nécessités de l'ordre public* ». Dans ces affaires, les requérants avaient, soit excipé de la violation de l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de

(91) Cela n'est cependant pas spécifique au continent africain. L'utilisation de la notion d'ordre public n'a pas été neutre en France non plus où elle a notamment permis aux préfets, dès leur création par la loi du 28 pluviose an VIII, de garantir le maintien de l'ordre dans le département. V. E. EBEL, *Les préfets et le maintien de l'ordre public en France au XIX^e siècle*, Documentation française; v. aussi P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, 1962.

(92) V. par exemple, G. CONAC, « Le juge et la construction de l'État de droit en Afrique francophone », *Mél. G. Braibant*, 1996, p. 112. L'auteur ne manque pas de rappeler, à titre d'exemple, l'interprétation que donne le professeur P.G. Pougoué de l'utilisation en Afrique de cette notion d'ordre public, selon laquelle elle serait « *un ordre public d'occidentalisation* (...), une technique commode que le juge utilise comme *instrument d'aliénation culturelle pour étouffer l'émergence d'un droit national* ». Cette interprétation est largement partagée par la doctrine; M.P. MASSIMA écrit à ce sujet : « Affranchie (...) de tout contrôle qui en eût précisé le contenu et les limites, la notion d'ordre public demeure, au Togo, une notion exclusivement politique : elle est ce que le pouvoir politique veut qu'elle soit. Et parce qu'étant seul à la définir, il en use assez largement, restreignant l'exercice des libertés et faisant ce qui devrait être – dans un État de droit – l'exception, la règle » (voir « Hésitations dans l'organisation des libertés . l'intention libérale contrariée », *Penant 1997*, p. 44); v. également A. BOCKEL, *Droit administratif*, éd. NEA, 1978, p. 36

(93) Pour mémoire et à titre d'exemple, voir CE, 26 janvier 1968, *Société Maison Genestal*, *Rec.*, p. 62 (les motifs de l'acte ne doivent pas être formulés « en termes trop généraux », afin que « les raisons de fait ou de droit » qui ont motivé l'acte attaqué puissent être valablement appréciées par le juge administratif dans l'exercice de son contrôle de légalité); CE, 24 juillet 1981, *Belasri*, *Rec.*, p. 322; CE, 17 novembre 1982, *Kairenga*, *Rec* , p. 385; CE, 9 novembre 1984, *Comité dauphinois d'hygiène industrielle*, *Rec.*, p 355; CE, 17 juin 1985, *Dauberville*, *Rec.*, p. 184; CE, 5 mai 1986, *Leblanc et Tissier*, *Rec.*, p. 128; CE 30 décembre 1996, *Martins*, DA 1997, n° 40.

l'homme (94), soit contesté l'absence de motivation de l'arrêté d'expulsion. La Cour débouta ces derniers de leurs prétentions en estimant que les décisions d'expulsion attaquées étaient fondées sur les « *nécessités d'ordre public* » (95), précisant par ailleurs que « *si la notion d'ordre public reste générale et variable, elle n'en constitue pas moins un motif* » (96).

On le voit, cette tendance jurisprudentielle tend à sacraliser la notion d'ordre public en lui donnant une portée beaucoup plus large que celle qu'on lui reconnaît habituellement dans le système juridique français d'où elle est issue (97). Aussi, devait-elle être récemment infirmée par la jurisprudence du nouveau Conseil d'État sénégalais, appelé à se prononcer sur le pouvoir d'appréciation des autorités administratives en matière d'expulsion des étrangers. La Haute juridiction entend désormais amener la puissance publique à davantage de rigueur et de discernement dans l'utilisation de la notion d'ordre public. C'est, en tous les cas, ce qui semble ressortir, de l'arrêt (98) qu'il a rendu à propos d'une affaire où le requérant avait été expulsé sur le fondement d'un arrêté pris par le Ministre de l'Intérieur, motivé par des « *raisons d'ordre public* ». Le Conseil d'État, avec hardiesse et fermeté, annula la décision d'expulsion qui se « borne à viser les nécessités d'ordre public pour justifier la mesure édictée (...) sans qu'aucun élément contenu dans la décision elle-même, ou dans un document annexé à celle-ci ne renseigne sur les dites nécessités alors que la décision querellée, en tant que mesure de police, devant être motivée surtout qu'elle est défavorable au requérant, puisqu'elle lui retire les avantages liés à son statut de réfugié ».

(94) En vertu duquel « Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne ».

(95) CS, 1er juin 1988, *Souhel Filfili*, non publié.

(96) CS, 1er juin 1988, *Antonio Batica Ferreira*, non publié.

(97) En droit français, la notion d'ordre public fait l'objet d'une définition spécifique au droit administratif, sans commune mesure avec celle retenue par le Code civil, dont l'article 6 dispose qu'« on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent *l'ordre public* et les bonnes mœurs ». En effet, l'ordre public, au sens du droit administratif, est entendue de façon limitée; il correspond à « l'ordre matériel et extérieur » (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 12e éd., p. 549) Au sens de l'article 2212-2 du Code général des collectivités territoriales (reprenant l'ancienne formule traditionnelle de la loi communale du 4 avril 1884), l'ordre public *stricto sensu* recouvre la sécurité, la tranquillité et la salubrité. La jurisprudence, tout en étant très hostile à l'extension de cette trilogie classique (exclusion notamment des considérations économique et esthétique), a néanmoins considéré que la moralité publique (CE 13 février 1953 *Hubert de Ternay, Rec.*, p. 66; CE, 18 décembre 1959, *Société les films Lutétia et autres, Rec.*, p. 693.), ainsi que la dignité de la personne humaine (CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence, Rec.*, p 372) faisaient partie intégrante de l'ordre public. Voir P. BERNARD, précité et C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1994, p. 693, ainsi que E. PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, numéro spécial, p. 2.

(98) CE Sn. 27 octobre 1993, *Seydou Mamadou Diarra*, inédit. Voir Madjiguène DIAGNE, *Les méthodes et les techniques du juge en droit administratif sénégalais*, Thèse, Dakar, 1995, pp 410 et s.

Cette décision apparaît comme l'amorce – si elle est confirmée par la suite – d'une évolution jurisprudentielle allant dans le sens d'un renforcement de la protection des droits et libertés fondamentaux, ce qui, du reste, a été salué par la doctrine (99). Cette nouvelle posture jurisprudentielle devrait montrer la voie à suivre à celles des juridictions africaines, qui persistent encore à reconnaître comme légales des mesures administratives manifestement restrictives des libertés, au nom de l'ordre et de la sécurité publics, bien au-delà des limites qui doivent circonscrire cette notion. Sur ce point, on observe par exemple que le Togo est loin de s'acheminer vers un tel progrès de l'État de droit, dans la mesure où d'une part, les restrictions administratives ou gouvernementales apportées aux libertés publiques, pour des motifs liés à l'ordre public, ont toujours été constitutionnalisées, et où d'autre part, ces atteintes ne font l'objet d'aucun contrôle juridictionnel (100). Au Cameroun, l'ordre public est un prétexte bien utile aux autorités administratives, qui l'invoquent systématiquement à l'encontre des libertés publiques, sans que les actes y portant atteinte ne soient motivés (101).

Il n'est pas possible, pour des raisons matérielles, de recenser toutes les décisions des juridictions africaines à ce sujet, mais ceci ne nous empêche guère de constater que la tendance actuelle va dans le sens de la sacralisation de la notion d'ordre public pour immuniser des actes administratifs à l'évidence illégaux.

Cette dernière n'est pas, cependant, le seul instrument de politisation de la justice en Afrique. La théorie de l'acte de gouvernement, issue, elle aussi du droit français (102), a souvent servi de paravent aux autorités politiques et le juge n'a pas toujours osé écarter son application dans des hypothèses où elle n'avait pas lieu d'être invoquée (103). Cette absence de témérité du juge africain se justifie d'autant moins que dans le système français, une

(99) *Ibid*, p. 411.

(100) V. P. MASSIMA, art. précité, p. 43. Les atteintes aux libertés y sont, semble-t-il, fort nombreuses : fouilles de véhicules à tout moment par les forces de police, saisie de journaux, perquisitions de domiciles, etc... (*Ibid.*, p. 45).

(101) V. M. KAMTO, « Le contentieux électoral au Cameroun », chron. Jur., *Lex Lata*, n° 20, novembre 1995, pp. 8 et s.

(102) On pourra voir à ce sujet notamment P. SERRAND, *L'acte de gouvernement (contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État)*, Thèse, Paris II, 1996.

(103) La chambre administrative de la Cour Suprême du Cameroun avait qualifié d'acte de gouvernement un décret présidentiel portant convocation du corps électoral, en vue d'élections présidentielles anticipées en 1992. La doctrine ne s'est pas privée de critiquer, à juste titre, cette jurisprudence, en insistant sur le caractère incertain de la notion d'acte de gouvernement en droit camerounais, qui s'explique par une « *jurisprudence administrative camerounaise (...) extrêmement fluctuante et imprécise* », (cf. M. KAMTO, art. précité, pp. 5 et 6). Le Ministre de la jeunesse et des sports de cet État avait également invoqué cette notion, lorsque la FIFA s'était élevée contre la décision de dissolution, en 1995, de la Fédération camerounaise de football qu'il avait prise auparavant (*Ibid.*, p. 13).

bonne partie de la doctrine dénonce régulièrement (104) son inadaptation, – voire son anachronisme – aux principes démocratiques et insiste particulièrement sur la nécessité de soumettre tous les actes des pouvoirs publics au contrôle du juge. De surcroît, si le juge africain a hérité de telles théories au moment de la période post-coloniale, il n'est nullement tenu de les appliquer et pis, de les faire fructifier. Enfin, quand bien même serait-il appelé à en faire usage, qu'il ne se verrait pas empêché pour autant, de les aménager en les adaptant au contexte africain (105), lequel, c'est le moins que l'on puisse reconnaître, est aux antipodes de celui de l'ancienne métropole.

Enfin, les multiples obstacles que le pouvoir dresse contre les magistrats lorsqu'ils s'organisent autour de syndicats (106) – quand ceux-ci ne sont pas tout simplement interdits (107) – montrent à quel point les juges sont en Afrique « étouffés » par le pouvoir. Les contestations des acteurs de la justice, en particulier des magistrats, sont de plus en plus nombreuses, mais beaucoup d'entre eux font encore preuve d'un certain immobilisme, ou tiennent un discours parfois mitigé – pour ne pas dire complaisant – à l'égard du pouvoir en place (108).

(104) V. par exemple, A. GROS, *Survivance de la raison d'État*, Dalloz, 1932, M. VIRALLY, « L'introuvable acte de gouvernement », *RDP*, 1952, p. 317; J. MOREAU, « Internationalisation du droit administratif et déclin de l'acte de gouvernement », *Mél. Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, p. 299; J. AUVRET-FINCK, « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *RDP*, 1995, p. 131.

(105) N'est-il pas libre de poser ses règles jurisprudentielles comme il l'entend, en fonction des données du milieu si tant est que le droit ne soit en définitive que le produit de la société qu'il régit. La doctrine africaine incite le juge à aller dans ce sens en lui rappelant très souvent qu'il a le droit de dégager des règles jurisprudentielles différentes de celles du juge administratif français, à condition toutefois qu'elles soient des règles solidement motivées; v. Madjiguène DIAGNE, Thèse précitée, p. 460; M. KAMTO, *Le contentieux électoral au Cameroun...*, art. précité, p. 6 ; A. BOCKEL, *Ann. Afr.*, 1973, p. 228.

(106) Pour le cas du Burkina-Faso, v. S. YONABA, *op. cit.*, pp. 87 et s.

(107) Par exemple au Sénégal, les magistrats ne peuvent, à ce jour, créer de syndicats. Les rares tentatives pour faire modifier les textes à ce sujet ont échoué. Les juges se contentent pour l'instant d'une Amicale, dont le statut est identique à celui d'une association.

(108) En 1974, lors de l'ouverture solennelle des Cours et tribunaux au Sénégal, le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats a dit, en s'adressant au Chef de l'État, que la séparation des pouvoirs n'est qu'un mythe importé de l'Occident car, historiquement, elle est étrangère aux sociétés africaines (idée partagée, par ailleurs, par M.G. MANGIN, v. « Quelques points de repère dans l'histoire de la justice en Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, n° spécial, 1990, p. 21). N'est-ce pas avouer indirectement ici, que la disposition constitutionnelle qui y est relative, n'est qu'une simple déclaration de principe, pour des commodités dues au modernisme! Dans ces conditions, on imagine toutes les difficultés que les magistrats africains rencontrent dans leur tentative de conquérir cette indépendance, si nécessaire à l'accomplissement de leur mission.

B. – *Une justice en devenir*

Les propos tenus ici et ailleurs sur la situation actuelle de la justice en Afrique, aussi inquiétants soient – ils, ne nous amèneront certainement pas à en à conclure que la crise qu'elle subit aujourd'hui est irréversible. A l'évidence, la justice africaine se trouve face à des enjeux de plus en plus importants et dans de nombreux domaines (109). La tâche du juge n'en sera que plus cruciale et plus âpre (110).

Malgré tous les maux dont on peut l'accuser, la justice en Afrique, si l'on en juge par quelques initiatives prises ça et là, semble prendre conscience de son état et cherche tant bien que mal à se métamorphoser : elle subit des réformes, dont certaines sont positives dès lors qu'elles vont dans le sens d'un renforcement de l'indépendance et des pouvoirs du juge (111), dans ses rapports avec les autres organes de l'État. De même, nombreux sont les acteurs de la justice – magistrats, avocats, huissiers, directeurs de prisons etc. – qui se distinguent par leur sens aigu du service public et par une exceptionnelle compétence, largement reconnue (112). Enfin, une résistance à l'oppression politique s'affirme progressivement chez un nombre de magistrats, malheureusement encore très limité, et une jurisprudence très protectrice des droits et libertés se développe avec force dans certains pays d'Afrique. Ici, un magistrat, de sexe féminin a été agressée à son domicile par des hommes armés qui n'ont pas hésité à tirer, parce qu'elle s'obstine à affirmer son indépendance à travers des décisions fondées sur les règles de droit établies dans le pays. (113) Ailleurs ce sont des élections qui ont coûté des millions de francs, mais que la Cour constitutionnelle a annulées, sans se soucier des conséquences politiques ou financières qu'une telle annulation peut entraîner (114).

Deux attitudes de magistrats ou de groupes de magistrats qui méritent d'être saluées, même si aux yeux de certains, ces décisions peuvent paraître anodines ou normales pour des juridictions légalement installées. Il s'agit pourtant de positions jurisprudentielles inédites et qui peuvent être, en ce

(109) V D. Sy, « La condition du juge en Afrique . l'exemple du Sénégal », dans cet ouvrage.

(110) V. G. Conac, « Le juge de l'État en Afrique », in *La justice en Afrique, Afrique contemporaine*, *op. cit.*, p. 13; J. du Bois de Gaudusson, « Le statut de la justice dans les États d'Afrique francophone », in *La justice en Afrique*, *op. cit.*, p. 6.

(111) Mayacine Diagne, « La Mutation de la justice constitutionnelle en Afrique. L'exemple du Conseil constitutionnel sénégalais », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, tome XII, 1996, p. 99.

(112) V. D. Sy, « La condition du juge en Afrique : l'exemple du Sénégal », dans cet ouvrage.

(113) Cela s'est passé au Bénin.

(114) C'est le cas lors d'élections maliennes annulées pour de graves irrégularités commises dans le déroulement du scrutin. L'intégrité de ces magistrats est un exemple d'impartialité qui pourrait mettre fin à la présence « d'experts » internationaux chargés de contrôler la régularité des élections en Afrique, ou ailleurs dans le tiers-monde, et dont l'efficacité n'est pas toujours démontrée.

début du troisième millénaire, le point de départ d'un élan jurisprudentiel très prometteur pour le respect des droits et libertés, sur un continent qui a tant besoin de démocratie. En réalité, les décisions jurisprudentielles encourageantes en Afrique ont toujours existé. Il ne serait ni juste, ni objectif, d'ignorer ou de négliger l'énorme travail fourni par les juges africains, dans le sens d'une justice effective pour leurs citoyens, en dépit des obstacles matériels et politiques qu'il rencontrent quotidiennement et connus aujourd'hui de tous. En droit privé, des arrêts ou jugements exemplaires ont été rendus et ont fait l'objet de commentaires aussi brillants par la doctrine. Dans cette branche du droit, la preuve est faite depuis longtemps que le juge africain n'a rien à envier à ses collègues d'autres pays et d'autres continents, concernant la maîtrise des techniques du droit et celle de l'application des règles. Dans d'autres matières, sa capacité à manier avec ingéniosité des règles transposées de l'extérieur, ne fait pas de doute.

Il semblerait d'ailleurs, à tout le moins en droit administratif, que le continent africain soit naturellement porteur d'arrêts retentissants (115) et la doctrine aime rappeler que le juge africain a parfois devancé son homologue français (116), ou autre (117), sur un terrain où on l'attendait le moins. Aujourd'hui, l'analyse du droit administratif africain fait apparaître des

(115) Parmi les arrêts les plus importants du Conseil d'État français qui ont posé les grands principes du droit administratif français, certains, et non des moindres, ont été rendus grâce à des affaires qui se sont déroulées sur le continent africain : TC 22 janvier 1921, *S.C.O.A.* ; CE Ass., 13 mai 1938, Caisse primaire *Aide et Protection*, *Rec.* 417, *D.*, 1939, 3, 65; CE Ass. 20 décembre 1935, *Etablissements Vézia*, *Rec.* 1212, *RDP*, 1936, p. 119.

(116) C'est le cas pour le retrait des actes administratifs. En la matière, la Cour Suprême du Sénégal a posé la règle de l'identité des délais de recours et de retrait à partir du principe selon lequel, un acte illégal peut être retiré tant qu'il est susceptible d'être attaqué par l'intéressé, si l'acte ne lui a pas été notifié, ou par un tiers s'il n'a pas été publié (C.S. 23 mars 1966, *Samba N'Doucoumane Guéye c/ État du Sénégal*, *Ann. Afr.* 1970, Obs. A. BOCKEL, p. 33). Quelques mois plus tard, (le 6 mai 1966), le Conseil d'État français formula le même principe dans son célèbre arrêt *Ville de Bagneux* (*R.D.P*, 1967, p. 339, cl. Braibant). De même, le fait de qualifier un bac d'ouvrage public pour lui appliquer le régime de droit public qui en découle, ne vient-il pas de la Cour suprême de Côte d'Ivoire (C S. *chambre administrative*, *Société des Centaures routiers*, arrêt n° 1 du 14 janvier 1970, *R.I.D.*, n° 1, p. 11), quelques années avant que le Conseil d'État français (Sect. 10 mai 1974, *Dénoyez et Chorques*, *Rec.* 274, *D.*, 1975, p. 393, note TEDESCHY) n'ait appliqué le même principe dans certaines affaires mettant en cause des bacs – contrairement à la solution initialement adoptée en 1921 par le Tribunal des conflits, dans une affaire similaire survenue également en Côte d'Ivoire, et ayant donné naissance à la catégorie des services publics industriels et commerciaux et à l'application du droit privé à la gestion de l'exploitation du bac par l'État

(117) Le juge sénégalais a accepté d'engager la responsabilité de l'État à la suite de dommages subis par des particuliers du fait des activités de police là où les Cours et tribunaux du Canada ont rechigné pendant longtemps avant de l'admettre. De même, la responsabilité sans faute de l'État, système très favorable pour la victime, est une hypothèse admise en droit sénégalais, alors que la Cour Suprême du Canada refuse de le consacrer, du moins jusqu'à une période récente; v. P. GARANT, « L'unité de juridiction : bien ancrée au Canada », *RFDA*, sept-oct. 1990, pp. 873 et s.; v. A B. FALL, thèse précitée, pp. 50 et s.

décisions jurisprudentielles très protectrices des droits et libertés individuels. En matière de voie de fait (118) où les atteintes aux libertés sont généralement les plus manifestes, la volonté du juge de contraindre l'administration au respect de la légalité est évidente (119). Très soucieuse de la préoccupation des constituants de protéger au maximum l'individu contre les nombreuses méconnaissances des droits de l'homme connues dans le passé, la Cour constitutionnelle du Bénin par exemple, s'efforce de sanctionner toutes les violations des droits et libertés en se fondant sur les prescriptions expressément prévues par la nouvelle constitution (120). Sur le fondement de l'article 18 de celle-ci, la Cour condamne tout acte de torture et les excès commis en matière de détention policière. Ainsi, a-t-elle strictement conditionné cette détention en lui ôtant tout caractère dégradant (121), et tout excès dans sa prolongation par les magistrats (122). Elle n'a pas hésité non plus à condamner pour inconstitutionnalité, la détention dans un commissariat de police, d'un individu qui n'avait pas honoré une commande d'articles passée par le commissaire de police après avoir reçu un acompte (123), ou encore la garde à vue effectuée au-delà de la limite autori-

(118) Pour retenir la voie de fait, la Cour Fédérale de Justice du Cameroun avait, dès 1968, considéré que « des actes (étaient) tellement irréguliers qu'ils (perdaient leur) caractère administratif », car ils étaient « manifestement insusceptibles d'être rattachés à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration », v. arrêt n° 10/CFJ-AP, 17 octobre 1968, Mve NDONGO ABRAHAM, *Revue Camerounaise de Droit*, n° 2, cité par R.G. NLEP, « Le juge de l'administration et les normes internes, constitutionnelles ou infraconstitutionnelles en matière de droits fondamentaux », in *Solon, revue africaine de parlementarisme et de la démocratie*, vol. n° 1, 1999, p. 137. À propos de la notion voisine d'emprise, v. arrêt n° 157/CFJ-CAY, du 23 mars 1971, *Medou Gaston*, cité par R.G. NLEP, art. précité, p. 137.

(119) Le système béninois de protection des droits de l'homme, en matière de voie de fait, a cette particularité qui est pour la Cour constitutionnelle d'accepter non seulement les recours contre les voies de fait commises par les pouvoirs publics, mais également ceux dirigés contre les voies de fait dont les auteurs sont de simples particuliers; v. DCC 96-024 du 26 avril 1996. Dans cette affaire, la plainte des requérants était dirigée contre la Dame Brathier Pulchérie pour les avoir fait arrêter et détenir de manière abusive, et contre la gendarmerie, pour les avoir amener à signer un engagement avant de les relaxer.

(120) Comme pour mieux affirmer sa volonté de rétablir l'État de droit dans le domaine qui lui revient, elle va jusqu'à admettre la recevabilité des plaintes relatives à un préjudice subi à une date antérieure à l'adoption de la constitution du 11 décembre 1990; v. DCC 95-024 du 6 juillet 1995 . décision rendue à propos d'une détention qui a eu lieu du 25 juin au 24 octobre 1987, c'est à dire à l'époque où était en vigueur la loi Fondamentale de la République Populaire du 9 septembre 1977, modifiée par la Loi Constitutionnelle n° 84-003 du 6 mars 1983.

(121) DCC, 95-014 du 8 mars 1995.

(122) DCC, 95-034 du 1er septembre 1995.

(123) DCC, 95-034 du 1er septembre 1995. À cette occasion, la Cour précisa que le pouvoir d'apporter des limites à l'exercice du droit fondamental de la liberté d'aller et venir consacré par l'article 25 de la constitution que peut justifier « l'impératif de sauvegarde de la paix et l'ordre public... est si exorbitant que la constitution la réglemente en son article 18 alinéa 4 ». Il précisa en outre que la prolongation de la détention au-delà de 48 heures ne doit pas excéder 8 jours. En l'espèce, la Cour a décidé « qu'en tout état de cause, la décision du magistrat de

sée; et la Cour de préciser que la présentation du requérant à un magistrat après l'écoulement de la durée exceptionnelle de huit jours, et les instructions reçues, ne sauraient régulariser une garde à vue de vingt cinq jours (124). Deux autres décisions rendues par la Cour constitutionnelle sont très significatives. Elles montrent par là même l'aptitude, mais aussi sa détermination à appliquer toutes les dispositions prévues par le constituant pour limiter l'arbitraire des gouvernants. La première est relative à la détention d'un ancien Chef d'État qui s'est montré très proche de Mathieu Kérékou, candidat aux élections présidentielles (125). La deuxième concerne la rétention d'un passeport d'un administrateur et son maintien à la disposition d'une commission parlementaire d'information, d'enquête et de contrôle. La Cour condamna cette rétention qui « est arbitraire et prive (la requérante) d'un droit fondamental, celui d'aller et de venir », dans la mesure où elle a eu lieu « sans intervention de l'autorité judiciaire »; une condamnation qui s'est appuyée sur le fondement de l'article 25 de la constitution béninoise et de l'article 12 alinéa 2 de la charte africaine (126).

Les décisions d'annulation de la Cour constitutionnelle béninoise qui vont dans le sens d'une réelle protection des droits individuels sont relativement nombreuses et concernent des domaines divers (127) : en matière de liberté

prolonger la détention n'aurait pu couvrir la violation de la constitution puisqu'elle dépassait largement les délais prescrits par celle-ci ».

(124) DCC, 95-038 du 25 septembre 1995. D'autres arrêts de la Cour vont dans le même sens . DCC, 95-047 du 28 décembre 1995; DCC, 96-005 et DCC, 96-006 du 19 janvier 1996; DCC, 96-016 du 28 février 1996; DCC, 96-024 du 26 avril 1996; DCC, 96-035 et DCC, 96-037 du 18 juillet 1996; DCC, 96-054 du 13 août 1996.

(125) Le requérant avait été détenu à la suite d'une enquête effectuée dans le cadre de la sécurité de l'État, pour retrouver les auteurs de tirs de roquettes contre le Centre de conférences, durant le sommet de la francophonie de 1995. La Cour indiqua, à cette occasion, que « même en matière de sécurité de l'État, les règles prescrites par la constitution et relatives à la garde à vue s'imposent » et qu'il « n'est ni allégué, ni établi que le sieur Kouandeté ait été présenté à un magistrat à l'expiration des quarante-huit heures de sa nouvelle détention »; v. DCC, 96-015 des 20, 21 et 22 février 1996.

(126) DCC, 96-060 du 26 septembre 1996. Toujours à propos du principe de la liberté d'aller et venir, la Cour a condamné avec la même vigueur, la détention de neuf musiciens zaïrois invités par un partisan de Mathieu Kérékou, candidat aux élections présidentielles, pour animer un meeting dans la capitale. Dans cette affaire, la Cour s'est saisie d'office de ce cas de violation du droit d'aller et venir pour couvrir le vice de forme contenu dans la plainte déposée par l'avocat des victimes et qui aurait pu entraîner son irrecevabilité (absence de signature du requérant); v. DCC, 96-031 du 26 juin 1996.

(127) Toutes les décisions du Bénin dont nous faisons état dans notre étude sont tirées de l'intéressante thèse de S. BOLLE, *Le nouveau régime constitutionnel du Bénin. Essai sur la construction d'une démocratie africaine par la constitution*; Université Montpellier I, 1997, 807 p.

d'entreprendre (128), de liberté d'association et de réunion (129), de droits politiques (130), de l'indépendance statutaire du Président de la Cour Suprême (131), ou encore de liberté religieuse (132). Des décisions analogues contenues dans la jurisprudence de l'ancienne Cour Suprême sénégalaise en matière de police administrative (133), ou d'interdiction de partis politiques (134), manifestent cette même volonté de soumettre l'administration à la règle de droit. Et si elle n'a pas toujours convaincu dans son attitude vis à vis de l'exécutif (135), le nouveau Conseil Constitutionnel s'est fait remarquer de manière éclatante par la doctrine qui parle de « résurrection de la juridiction constitutionnelle » (136) lorsqu'il annula pour inconstitutionnalité des dispositions d'une loi organique ayant porté atteinte à l'autorité de la chose jugée, au principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard

(128) DCC, 98-047 du 15 mai 1998 : selon la Cour, « Le fait pour le législateur de fonder la réparation sur l'origine des investisseurs » est inconstitutionnel dès lors qu'il viole le principe d'égalité devant la loi, sans distinction d'origine et du droit des étrangers à jouir des mêmes droits et liberté ».

(129) DCC, Empiétement d'un arrêté dans le domaine réservé de la loi à propos de la réglementation des associations; v. dans le même sens, DCC, 95-033 du 1er septembre 1995, DCC, 98-030 du 27 mars 1998 (au sujet de la liberté de réunion).

(130) DCC, 95-029 du 17 août 1995.

(131) DCC, 14-94 du 23 mai 1994 (inconstitutionnalité d'une nomination, par le Président de la République, du Président de la Cour Suprême).

(132) DCC, 97-039 du 7 juillet 1997. Au Cameroun, le juge a été aussi intransigeant en annulant l'arrêté du Gouverneur de la Province du Centre du 26 octobre 1994 portant interdiction des réunions de l'Assemblée Générale, du Conseil Général et de la Commission Juridique de l'Église Presbytérienne Camerounaise dans la Province du Centre au motif que ledit Gouverneur n'était investi d'aucune compétence pour prendre une telle mesure, v. Ordonnance n° 02/PCA-CS du 26 octobre 1994, *Eglise Presbytérienne Camerounaise*; cité par R.G. NLEP, art. précité, p. 145.

(133) Elle a prononcé l'annulation, pour défaut de base légale, d'un arrêté d'interdiction, de circulation et de vente des journaux; CS, 6 février 1974, Abdourahmane CISSÉ; v. *Les Grandes Décisions de la Jurisprudence Administrative Sénégalaise (GDJAS)*, t 1, p. 396. Dans le même sens, mais avec un raisonnement différent, v. CS 23 janvier 1985, Landing Savané, inédit, (cité par Madjiguène DIAGNE, thèse précitée, p. 416) : interdiction d'un journal sénégalais sur la base d'une loi (du 29 avril 1969) portant sur le contrôle des matériels de propagande étrangère. La Cour annula la décision d'interdiction dés lors que les auteurs de cette dernière avaient violé l'article 8 de la constitution aux termes duquel, chaque citoyen a le droit « d'exprimer et de diffuser librement ses opinions par la parole, la plume et l'image ».

(134) Un refus d'enregistrement d'un parti politique, « Le Rassemblement National Démocratique » a été annulé par le juge car il était « manifestement illégal ».

(135) V. M. GOUNELLE, « La Cour Suprême dans le système politique sénégalais », in *Les Cours Suprêmes en Afrique*, tome 2, Paris, Economica, 1989, pp. 157 et s., (notamment lorsqu'elle minimise la portée des irrégularités dans le déroulement des élections)

(136) V. Mayacine DIAGNE, « La Mutation de la justice constitutionnelle en Afrique. L'exemple du Conseil constitutionnel sénégalais », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, tome XII, 1996, p. 99 et notamment p. 120.

des pouvoirs législatif et exécutif, et au principe d'égalité des citoyens (137). Il rappela également l'obligation de respecter les normes posées par le préambule de la constitution sénégalaise (138).

Enfin, plus particulièrement à propos du service public de la justice et du statut des magistrats, quelques décisions rendues par la Cour constitutionnelle béninoise méritent une attention particulière, pour avoir affirmé avec force le principe de l'indépendance de la justice, dans des affaires où le pouvoir politique tentait de soumettre des magistrats à un régime de domination. Là où le juge africain, on l'a vu, a tendance à se montrer fort timide devant les autorités politiques, le juge constitutionnel béninois a annulé les décrets méconnaissant le principe de l'inamovibilité des magistrats (139). De même, une suspension de trois magistrats de leurs fonctions par le Conseil Supérieur de la Magistrature, statuant en matière disciplinaire, fût annulée pour inconstitutionnalité : elle avait été prise sans que les requérants aient été en mesure d'exercer leur droit de défense, alors que le principe est, non seulement consacré par la constitution, mais également reconnu par la Charte de l'Unité Africaine (140).

Ces quelques décisions méritaient d'être présentées car elles témoignent de la volonté de la Cour constitutionnelle béninoise et celle d'autres juridictions africaines, de s'affirmer à la fois comme de véritables organes juridictionnels préoccupés par la sauvegarde des droits individuels face aux exactions des autorités administratives et politiques, mais également de leur contribution, certes lente encore, mais réelle et progressive à l'établissement d'un État de droit en Afrique. Elles peuvent certainement ouvrir la voie à d'autres juridictions moins téméraires dans d'autres pays, dans un continent qui s'est irrémédiablement engagé dans un processus de démocratisation condamné à aboutir. Parmi les domaines où le juge sera appelé a intervenir de la manière la plus ferme dans ce difficile parcours, figure, entre autres, le contentieux

(137) Il s'agit de l'article 33 alinéa 2 de la loi organique 92-25 du 30 mai 1992; v. CC Sn, 23 juin 1993, avec les commentaires de E. MBODJ, « La mise à mort du rabat d'arrêt ? », *Revue Internationale de Droit Africain*, *EDJA*, n° 23, oct.-nov -dec., 1994, p. 7; S. DIOP, « Une voie de droit nouvelle au Sénégal : l'exception d'inconstitutionnalité », *Ann. Afr.*, (à paraître), cité par Mayacine DIAGNE, art. précité, p. 121, note 91).

(138) CC Sn, Aff. N° 3/C/93 du 1er décembre 1993 concernant l'harmonisation des affaires en Afrique; CC Sn, Aff. N° 2/C/94 du 27 juillet 1994 relative à des mesures privatives de liberté. (décisions citées par Mayacine DIAGNE, art. précité, p. 121).

(139) Elle précisa que « le respect du principe de l'inamovibilité exige que le magistrat de siège ait été individuellement consulté à la fois sur les nouvelles fonctions qui lui sont proposées et les lieux précis où il est appelé à les exercer...Les éléments de cette consultation constituent les conditions de la procédure minimale exigée pour la garantie de l'indépendance des magistrats du siège » v. DCC, 97-033 du 10 juin 1997.

(140) Cette décision d'annulation lui permit de rappeler l'obligation de respecter les dispositions de la loi portant statut de la magistrature (loi n° 83-005 du 17 mai 1983) et selon lesquelles, la décision du Conseil, qui doit être motivée, est insusceptible de recours. Le droit de la défense devait dés lors être respecté.

électoral. Les décisions qu'il devra prendre lors des élections qui vont se succéder, suite aux recours en irrégularités, auront indéniablement un important retentissement au niveau de l'opinion publique nationale et internationale. Les changements de gouvernements à l'issue de ces élections ne doivent pas éclabousser l'œuvre du juge. Celui-ci doit rester à l'abri des tempêtes politiques et ne pas faire l'objet d'épurations comme nous l'avons vu dans le passé, en Europe ou ailleurs (141).

De tout ce qui précède, il est difficile d'en conclure que l'œuvre du juge en Afrique est satisfaisante. Mais il serait peut-être trop exagéré et injuste d'affirmer sans réserves qu'elle est négative, ou encore que la justice en Afrique est inexistante, comme on a pu le dire très souvent. L'intégrité des premiers juges n'a pas totalement disparu. Dans la jeune génération de magistrats, certains ont un sens de responsabilité irréprochable et ont mesuré à leur juste valeur les exigences du processus démocratique en cours dans les pays africains et les difficultés qu'il comporte. La tâche n'est certainement pas aisée et c'est pour cette raison que la justice actuelle en Afrique, telle qu'elle nous est apparue à travers ces quelques décisions juridictionnelles citées plus haut, semble plutôt révéler un juge qui se cherche. Entre la protection des droits et libertés et les impératifs de l'intérêt général que poursuit un État sous-développé, l'équilibre n'est pas facile à trouver. Dans la recherche de cet équilibre, le juge y joue assurément un rôle important. Toute la question est de savoir s'il aura les moyens et la témérité pour l'assumer.

* *
*

(141) V. E. Boshab, art. précité, p. 1184.

La condition de juge en Afrique : l'exemple du Sénégal

PAR

DEMBA SY

AGRÉGÉ DES FACULTÉS DE DROIT
UNIVERSITÉ CHEIKH ANTA DIOP, DAKAR

En tant qu'institution, la justice traverse une crise. Elle est depuis quelques années au centre d'une vaste problématique, au milieu de nombreuses polémiques. En témoigne les procès retentissants concernant des groupes de presse, des hommes politiques ou des syndicalistes ou les contestations de décisions rendues en matière électorale. Un sentiment de méfiance voire de suspicion anime certains justiciables à l'égard de leur justice qui fait l'objet de nombreuses critiques de la part des citoyens, des hommes politiques ou des syndicalistes (qui doutent de son indépendance), des représentants du secteur privé et des bailleurs de fonds (qui doutent de sa transparence et de son efficacité). Il est vrai que la justice telle qu'elle fonctionne n'est pas exempte de tout critique. Les magistrats eux-mêmes partagent ce sentiment de malaise et le reconnaissent volontiers. Pourtant, si le débat est si vif, c'est souvent en raison non seulement des incertitudes qui entourent un système judiciaire confronté aux nouveaux défis que lui lancent une société en transition et un monde en pleine évolution, des difficultés de toutes sortes qu'il rencontre, mais aussi de la nature ambiguë des rapports qu'il entretient avec le pouvoir politique.

Cette situation n'est pas exceptionnelle. Ce qui est, en revanche, nouveau et inquiétant, ce sont les critiques qui sont adressées directement au corps judiciaire en général et aux magistrats en particulier. Ceux-ci ont de plus en plus mauvaise presse. Leur image est en train de se dégrader dans la société. Les milieux économiques et financiers les accusent de plus en plus ouvertement d'incompétence ou de corruption ou les deux à la fois. Ils sont suspectés de laxisme, voire de partialité. Les magistrats eux-mêmes n'hésitent plus à banaliser leur corps en étalant publiquement leur mal vivre et en revendiquant de meilleures conditions de vie et de travail depuis la dévalua-

tion du franc CFA et l'érosion de leur pouvoir d'achat. La justice est mise à nu ! (1)

Pourtant les magistrats sénégalais ne méritent pas cet excès d'indignité. Le corps est composé d'hommes expérimentés, d'une grande compétence, d'une grande rigueur et d'une grande intégrité. Le Sénégal est un réservoir de magistrats et de juristes d'excellente réputation tels monsieur Kéba Mbaye, ancien juge de la Cour Internationale de justice ou monsieur Leyti Kama, Président du Tribunal Pénal pour le Rwanda(TPR) ou de monsieur Seydou BA, Président de la Cour de Justice et d'Arbitrage à Abidjan. De plus, le Sénégal a un système juridictionnel ancien et rodé (2).

C'est la condition de juge qui est devenue de plus en plus problématique dans la situation actuelle, caractérisée par une crise économique sévère avec l'application de politiques d'ajustement structurel rigoureuses, une situation politique et sociale difficile, une crise des valeurs de base de la société, l'existence d'un nouvel environnement international dont les traits saillants sont la mondialisation de l'économie et des valeurs de la civilisation occidentale. La magistrature elle-même est en mutation avec un rajeunissement et une féminisation plus marqués et une prise de conscience de la dégradation de la condition de magistrat qui a perdu son lustre d'antan. Tout ceci est accompagné de fortes tendances à la revendication corporatiste voire syndicale.

C'est au fond le problème de la légitimité du juge qui se pose et partant celui de la crédibilité de la justice. Pourtant la règle de droit à laquelle sont soumis et les autorités et les citoyens est sanctionnée par un juge. Ce dernier, par sa connaissance du droit, par son prestige dans la société et surtout par son impartialité, constitue un rempart contre l'arbitraire éventuel de l'autorité publique. Le juge n'est-il pas naturellement, dans la société, la

(1) Le 16 janvier 1998, un mémorandum signé par de jeunes magistrats et décrivant leurs conditions de vie et de travail a été déposé sur le bureau de l'Union des Magistrats Sénégalais (U.S.M) et publié dans la presse. D'ailleurs la situation est si préoccupante qu'en juillet 1998, un séminaire de formation continuée regroupant la quasi-totalité des magistrats a été organisé par le Centre de Formation Judiciaire en collaboration avec la Cour de Cassation et avec l'appui de l'USAID sur le thème : « Justice et transparence », dans le but vraisemblablement de procéder à une introspection. Les conclusions de ce séminaire ont été rendues publiques en 1998 dans un document intitulé : « Recommandations et plan d'action pour une meilleure distribution de la justice ».

(2) Le Sénégal s'est doté d'une organisation juridictionnelle stable depuis 1960. Cette année, le législateur a mis en place pour un certain nombre de raisons un système d'unité de juridiction avec à la base des juridictions compétentes en toutes matières et au sommet une Cour Suprême polyvalente, divisée en trois sections et compétente en matière constitutionnelle, administrative, financière, civile, pénale, commerciale et sociale. En 1992, la Cour a été supprimée et remplacée par trois juridictions suprêmes . un Conseil Constitutionnel, un Conseil d'État et une Cour de Cassation. A la base, il y a des tribunaux départementaux, des tribunaux régionaux et des cours d'appel. On a désormais un système d'unité à la base et de spécialisation au sommet.

seule autorité républicaine investie du pouvoir de dire le droit, de créer la jurisprudence et d'appliquer la loi aux citoyens qu'ils soient riches ou pauvres, faibles ou puissants, innocents ou coupables ?

Mais comment parler des juges ? Si l'*on prend en considération* la *fonction* de juger, il est légitime de parler des juges. Mais nous savons que tous les magistrats ne sont pas des juges et que tous les juges ne sont pas des magistrats. Le législateur sénégalais, comme du reste son homologue français, distingue entre les magistrats du siège qui jugent et les magistrats du parquet qui ne jugent pas. Le magistrat du siège jouit d'une plus grande indépendance dans la mesure où il est inamovible et ne reçoit aucune instruction sur la décision à prendre. Le magistrat perdrait sa sérénité, s'il devait constamment redouter dans ses rapports avec l'exécutif une mesure de déplacement, de suspension ou de révocation. Quant au magistrat du parquet, placé sous la direction et le contrôle de ses chefs hiérarchiques et sous l'autorité du ministre de la Justice, il est tenu de poursuivre l'instruction et de requérir par écrit dans le sens déterminé par ses chefs (même si à l'audience il retrouve sa liberté de parole). En outre, il peut être déplacé librement dans l'intérêt du service. Mais on peut passer du siège au parquet et vice-versa. Ainsi tous les magistrats sont appelés à juger. Ils sont au surplus soumis au même statut. C'est pourquoi nous parlerons des juges sans faire de distinction selon que tel ou tel magistrat est du siège ou du parquet.

Comment parler de la condition de juge ? Au Sénégal, une redéfinition du rôle et de la place du pouvoir judiciaire est rendue nécessaire par l'approfondissement de la démocratie et de l'État de droit et par la libéralisation économique. En effet, la magistrature est une des institutions sur lesquelles repose la démocratie et l'État de droit. Dans un État qui se veut démocratique régi par la primauté du droit, la magistrature constitue un rempart contre les abus et l'exercice arbitraire du pouvoir par le pouvoir exécutif, en même temps qu'elle protège les citoyens contre les actions illégales du gouvernement. L'article 81 de la Constitution sénégalaise ne dispose-t-il pas que le pouvoir judiciaire est le gardien des droits et libertés définis par la Constitution et la loi. Dans ces conditions, le chercheur ne peut se limiter à étudier, analyser, éclairer ou interpréter les textes. Il doit aller au-delà et prendre en compte l'environnement économique, politique, social et culturel dans lequel baigne le juge.

Ainsi, on ne peut manquer de s'interroger d'une part sur le juge lui-même, sur son image, sur sa figure, sur son statut juridique et social (I) et d'autre part sur son œuvre, sur sa manière de travailler, sur les conditions dans lesquelles s'exerce sa mission et finalement sur l'efficacité de son travail dans la distribution de la justice d'autant plus qu'il est confronté à de nouveaux enjeux (II).

I. – La figure du juge : statut juridique protecteur ou statut social dégradé ?

Le juge, comme le dit Montesquieu, incarne la « puissance de juger ». Cette puissance est ambiguë car le juge appartient à l'État dont il remplit une des fonctions régaliennes : en même temps qu'il dépende de lui pour sa nomination, il le contrôle et le juge. Cette puissance demeurerait théorique sans l'indépendance et l'impartialité, deux vertus sans lesquelles, il n'est point de justice authentique C'est que l'exercice de la fonction judiciaire exige de nombreuses qualités : des connaissances techniques et pratiques, certes, mais aussi la connaissance des hommes, l'aptitude à comprendre leurs problèmes et par-dessus tous des qualités personnelles de sagesse, de bon sens et d'indépendance.

C'est pourquoi la Constitution sénégalaise dispose que « le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif » (article 80), que « les juges ne sont soumis dans l'exercice de leurs fonctions qu'à l'autorité de la loi » (article 80*ter*), que « le pouvoir judiciaire est le gardien des droits et libertés définis par la Constitution et les lois » (article 81).

Au centre du statut du juge, il y a donc l'indépendance, symbole de l'ambiguïté de la magistrature. En effet, le pouvoir exécutif est toujours tenté d'affirmer son emprise sur le pouvoir judiciaire (3) qui essaie tant bien que mal d'y échapper. Non seulement, le pouvoir politique ne doit pas porter atteinte à cette indépendance par des pressions, des promesses ou des critiques mais encore, les lois et règlements concernant les magistrats ainsi que la composition des juridictions ne doivent altérer cette indépendance. Ainsi, outre la Constitution, le statut du juge est déterminé par la loi organique n° 92-27 du 30 mai 1992 (JORS du 30 mai 1992) inspirée très largement du droit français. Mais l'indépendance est-elle garantie par l'existence d'un statut ? Ne dépend-elle d'autres facteurs liés au juge lui-même et à son caractère ou à son environnement ? Les conditions matérielles et sociologiques dans lesquelles le juge exerce sa mission n'influent-elles pas sur son indépendance et sur l'efficacité de son contrôle ?

A. – *Un statut juridique protecteur ?*

La loi de 1992 régit le statut au sens strict c'est-à-dire les droits et les obligations mais aussi la carrière des magistrats. C'est pourquoi il peut être intéressant de réfléchir sur la carrière du juge d'une part et d'autre part sur ses droits et obligations.

(3) Selon l'article 80 de la Constitution, le pouvoir judiciaire est « exercé par le Conseil Constitutionnel, le Conseil d'État, la Cour de Cassation et les Cours et Tribunaux ».

1. *La carrière*

Mis à part les juges qui exercent leurs fonctions pour un temps déterminé, les magistrats et les juges sont des fonctionnaires nommés et recrutés par l'État et qui font une carrière avec la perspective d'un avancement ou la menace de sanctions. Ils disposent de certaines garanties de carrière. Ils occupent comme tous les autres fonctionnaires des positions déterminées. Ils quittent leurs fonctions selon des modalités prévues par la loi.

a) *Le recrutement*

Le corps judiciaire comprend les magistrats du siège et du parquet, du Conseil d'État, de la Cour de Cassation, de la Cour des Comptes ainsi que les magistrats de l'administration centrale du ministère de la Justice. Il faut ajouter les juges du Conseil Constitutionnel même s'ils ne font pas partie du corps judiciaire proprement dit (4).

Les magistrats sont recrutés de plusieurs manières :

- soit par la voie d'un concours parmi les titulaires d'une maîtrise en droit et d'un brevet du Centre de Formation Judiciaire (anciennement section judiciaire de l'ENAM) après une formation de deux ans;
- soit sur titres après avis du Conseil Supérieur de la Magistrature. Il s'agit d'intégrer dans la magistrature des personnes ayant exercé des activités professionnelles dans des secteurs de la vie juridique. sont concernés les avocats inscrits au tableau de l'ordre et ayant prêté serment depuis dix années au moins, les greffiers en chef titulaires d'une maîtrise en droit et ayant exercé leurs fonctions pendant dix années au moins et les professeurs titulaires en sciences juridiques qui, ont dix ans d'ancienneté;
- soit à titre intérimaire si le nombre des magistrats disponibles dans une juridiction ne permet pas de combler les lacunes d'emploi. Le magistrat intérimaire est choisi soit parmi les magistrats des cours et tribunaux, soit parmi les personnes titulaires de la maîtrise en droit figurant sur une liste dressée par le ministre de la Justice (article 68 de la loi organique). Ces dernières personnes, quelle que soit la durée de l'intérim ne peuvent prétendre accéder au corps des magistrats des cours et tribunaux (article 69 de la loi organique).

Le magistrat est nommé par décret du Président de la République sur proposition du ministre de la Justice et après avis du Conseil Supérieur de la Magistrature (voir ordonnance n° 60-16 du 3 septembre 1960 portant loi organique sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil Supérieur de la Magistrature modifiée par la loi organique du 92-26 du 30 mai 1992).

(4) Le Conseil constitutionnel comprend 5 membres nommés par décret dont deux d 'entre eux peuvent ne pas être des magistrats. Actuellement le Conseil est composé de trois magistrats, d'un professeur d'université et d'un avocat. Ils sont régis par la loi organique n° 92-23 du 30 mai 1992 sur le Conseil Constitutionnel.

Nommé à son premier poste, le juge suppléant doit prêter serment selon la formule prévue dans la loi organique portant statut des magistrats(article 8). Une seule dérogation est apportée à cette règle. Elle concerne les magistrats intérimaires nommés par arrêté du Ministre de la justice. Une fois nommé, le magistrat prête serment devant la Cour d'appel.

D'une manière générale, le recrutement des magistrats est insuffisant. Il y a un déficit important car le nombre de places ouvertes au concours d'entrée est assez faible. C'est pourquoi, le gouvernement avait décidé de combler le déficit en magistrats de certaines juridictions en permettant au ministre de la Justice de désigner par arrêté des agents de l'État titulaires de la maîtrise en droit en tant que juges intérimaires. Ces juges cessent leurs fonctions au fur et à mesure de la résorption du déficit du nombre des magistrats desdites juridictions (article 69). Il semble que cette procédure a été mal acceptée par les magistrats. Les autorités ont d'ailleurs décidé de combler le déficit en recrutant une centaine de magistrats (voir *infra*).

b) *Le déroulement de la carrière*

La carrière du magistrat comporte cinq degrés : deux grades divisés en deux groupes et un grade hors hiérarchie. Le juge suppléant débute dans un emploi du deuxième groupe du deuxième grade après deux ans d'ancienneté. Pour accéder à un emploi du premier groupe du premier grade, il faut une ancienneté de trois ans dans un emploi du deuxième groupe de ce grade. Les nominations à un autre emploi d'un même groupe ou à un emploi du groupe le plus élevé du même grade ne sont dues qu'au choix. Peuvent être nommés à un emploi hors hiérarchie des Cours d'Appels, de l'Administration centrale du ministère de la Justice et des tribunaux régionaux hors classe, les magistrats comptant quatre ans d'ancienneté dans un emploi du premier groupe du premier grade. Les premiers Présidents de Cour d'Appel, les Procureurs près lesdites cours ainsi que les Directeurs à l'Administration centrale du ministère de la justice ne peuvent être choisis que parmi les magistrats classés hors hiérarchie. De même, les Conseillers d'État et les Conseillers à la Cour de Cassation sont choisis parmi les magistrats ayant exercé en qualité de titulaires un emploi hors hiérarchie pendant quatre ans au moins.

D'une façon générale, les magistrats doivent, pour être promus au grade supérieur, avoir douze ans d'ancienneté dans le deuxième grade et être inscrit au tableau d'avancement. Les chefs de cours envoient périodiquement au ministre de la Justice des propositions d'avancement. Ce dernier en arrête la liste qu'il adresse au CSM qui dresse le tableau d'avancement à raison du nombre de postes vacants signalés par le ministre. Les listes de propositions sont portées à la connaissance des magistrats qui peuvent introduire une requête en vue de leur inscription au Président et aux autres membres du CSM.

Chaque année avant le 15 août, les chefs de juridictions d'appel transmettent pour information, au Président de la Cour de Cassation, pour les magistrats du siège, et au Procureur général près ladite Cour, pour les magistrats du parquet, une notice concernant chacun des magistrats de leur ressort en activité, en congé administratif ou en congé de maladie de longue durée. Cette notice contient une note chiffrée sur vingt, une appréciation circonstanciée et tous les renseignements sur la valeur professionnelle et morale de chaque magistrat. Chaque notice, éventuellement accompagnée d'un état des inspections dont le magistrat a été l'objet au cours de l'année, est également transmise au ministre de la Justice. Mais ces dispositions ne sont pas applicables aux magistrats placés hors hiérarchie, qui, toutefois, font l'objet chaque année d'une appréciation de leurs supérieurs hiérarchiques. La notation des magistrats placés en position de détachement est assurée par le ministre duquel ils relèvent. Les magistrats du siège y compris les juges suppléants, sont notés par le Premier Président de la Cour d'Appel, après avis du chef du Parquet général et au vu, s'il y a lieu, de l'appréciation du Président du tribunal après avis du Procureur de la République. Quant aux magistrats du Parquet, ils sont notés par le Procureur général près la Cour d'Appel après avis du Président de cette juridiction et au vu, s'il y a lieu, de l'appréciation donnée par le Procureur de la République après avis du Président du Tribunal régional(voir articles 33, 34, 35 et 36 du Statut).

c) *Les garanties de la carrière et leurs limites* (5)

Les garanties de la carrière des magistrats sont constituées par l'existence du Conseil supérieur de la Magistrature et par l'inamovibilité des magistrats du siège. Dans les deux cas, les garanties présentent des insuffisances du fait essentiellement de l'exécutif.

Le Conseil Supérieur de la Magistrature(CSM) a été institué au Sénégal par l'ordonnance du 3 septembre 1963. Il a été réorganisé par la loi organique n° 92-26 du 30 mai 1992.

Il est composé de membres de droit (le Président du Conseil d'État, le Premier Président de la Cour de Cassation et le Procureur Général près la Cour de Cassation, les Premiers Présidents des Cours d'Appel et les Procureurs généraux près lesdites cours) et de membres élus par les magistrats-(trois titulaires et trois suppléants). Les membres du Conseil sont tenus au secret professionnel. Le Conseil est présidé par le Président de la République, le vice-président étant le ministre de la Justice

Le CSM statue sur les nominations et sur la discipline des magistrats. Lorsqu'il statue sur la nomination des magistrats, il est présidé par son pré-

(5) Voir O. KANE, « La carrière du magistrat », in *L'État de droit et l'indépendance de la justice*, actes du colloque tenu en novembre 1994 par la RADDHO et la Fondation F. Naumann, Dakar, 1994, dactylogr.

sident ou à défaut par son vice-président. Pour toutes les nominations, l'avis du Conseil est donné sur les propositions du ministre de la Justice, après un rapport fait par un membre. Lorsqu'il siège comme conseil de discipline, il est présidé soit par le Premier Président de la Cour de Cassation s'il s'agit d'un magistrat du siège, soit par le Président du Conseil d'État s'il s'agit d'un membre du Conseil d'État, soit par le Procureur Général près la Cour de Cassation s'il s'agit d'un magistrat du parquet. Le CSM statue hors la présence du Président de la République et du ministre de la Justice.

Le problème essentiel qui se pose est celui de la transparence s'agissant du choix de magistrats satisfaisant aux conditions statutaires qui se portent candidats à un poste. Des magistrats critiquent le fonctionnement du CSM notamment en matière de nominations et de promotions qui ne se feraient pas selon des critères objectifs. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'un juge a suscité une grande émotion en projetant de créer un syndicat pour protester contre les décisions du CSM. Pour les magistrats, le principe de l'ancienneté est prioritaire mais le mérite et la compétence doivent être les critères déterminants pour l'avancement et la responsabilisation des magistrats. Le mérite devrait être apprécié par le CSM au regard du savoir-faire et du savoir-être du magistrat considéré et à égalité, le plus ancien est promu.

Il semble que la notation des magistrats ne se fait pas dans les meilleures conditions de transparence. C'est pourquoi, il est proposé de définir des critères objectifs d'évaluation des magistrats et de sanctionner en conséquence le rendement insuffisant tout en récompensant et promouvant ceux qui sont méritants. Autrement dit, il est nécessaire d'instituer des sanctions positives du travail, de la compétence, de la rigueur morale et intellectuelle) et négatives (absence de rendement et indélicatesse) au moyen d'une évaluation et d'une notation détaillées et objectives. Il est également nécessaire d'instituer des procédures de transparences pour l'avancement des magistrats de manière à soustraire ceux qui y sont disposés à la tentation d'aliéner leur indépendance.

Pourquoi le législateur ne mettrait-il pas en place un système ou un mécanisme qui garantit la transparence en prévoyant la communication à l'ensemble du corps et aux corporations(notamment l'UMS) les propositions de nomination assorties de la liste des candidats et à étudier et/ou prendre en compte les observations éventuelles ?

d) *L'échec à l'inamovibilité*

Selon l'article 5 de la loi organique, « les magistrats du siège sont inamovibles. Ils ne peuvent recevoir une affectation nouvelle, même par voie d'avancement, sans leur consentement préalable ». Cette garantie est mise en échec et par une exception légale (le déplacement dans l'intérêt du service) et par une pratique contestable (l'intérim).

Tout d'abord, le déplacement dans l'intérêt du service. L'alinéa 2 du même article prévoit que toutefois lorsque les nécessités du service l'exigent, les magistrats du siège peuvent être provisoirement déplacés par l'autorité de nomination, sur l'avis conforme et motivé du CSM qui indiquera la durée maximum pour laquelle le déplacement est prévu. Cette exception a pu permettre aux autorités d'affecter les magistrats du siège en se fondant sur un argument aussi subjectif que les nécessités du service.

Ensuite, l'intérim. En se fondant sur l'article 68 al. 2 de la loi qui prévoit que si le nombre des magistrats disponibles dans la juridiction ne permet pas de combler toutes les vacances d'emploi, le service peut être assuré par un intérimaire choisi parmi les magistrats des cours et tribunaux. Une pratique peu orthodoxe a permis ainsi de contourner l'inamovibilité des magistrats du siège.

Il est à peine besoin de souligner que les juges nommés par le ministre de la Justice ne bénéficient pas de l'inamovibilité.

Il faut ajouter à cela le déplacement d'office qui est une sanction disciplinaire applicable aux magistrats du siège comme du parquet.

e) *Positions et cessation des fonctions*

Les positions des magistrats ainsi que la cessation de leurs fonctions sont les mêmes que celles des autres fonctionnaires (activité, détachement, disponibilité, congé etc.). Il y a cependant quelques exceptions. Ainsi, le détachement de longue durée ne peut excéder quatre années. Lorsque le détachement de longue durée est accordée pour occuper les fonctions de membres du gouvernement ou d'ambassadeur, pour occuper une fonction publique élective ou pour remplir un mandat au sein d'une organisation ou d'une juridiction internationale, sa durée est égale à celle des fonctions ou mandats dévolus au magistrat. Il est réintégré immédiatement, même en surnombre, à l'expiration du détachement. Après la réintégration, le magistrat peut obtenir un nouveau détachement sans condition de durée de service dans son corps d'origine.

Les magistrats pourront quitter le territoire national sans autorisation d'absence pendant la période des vacations fixée chaque année par le ministre de la justice. Ils bénéficient d'autorisation d'absence d'une durée qui peut aller de quatre à quinze jours. Aussi des permissions exceptionnelles de mêmes durées peuvent-elles leur être accordées en raison d'événements familiaux. Signalons que la loi organique prévoit des cas de suppléances et d'intérims (articles 65 à 68).

L'âge de la retraite des magistrats est fixé à 65 ans. Le magistrat qui cesse définitivement ses fonctions peut se voir conférer l'honoriat soit dans son grade, soit dans le grade supérieur.

Le magistrat peut également être licencié pour insuffisance professionnelle ou révoqué pour faute professionnelle.

Cependant, avant l'expiration de la période pour laquelle ils ont été nommés, il ne peut être mis fin à titre temporaire ou définitif aux fonctions des membres du Conseil d'État et de la Cour de Cassation, que dans les formes prévues pour leur nomination et sur avis conforme du bureau de la juridiction concernée. Cette mesure ne peut être prise que sur demande de l'intéressé ou pour incapacité physique ou faute professionnelle. Dans tous les cas, l'intéressé est entendu par le bureau et reçoit communication de son dossier(article 46 du statut).

2. *Les droits et obligations des magistrats* (6)

La quête d'indépendance, de sérénité et d'impartialité qui découle du statut du magistrat explique l'étendue de ses droits et obligations. En effet, l'éminence des fonctions et la gravité des décisions qui peuvent être prises par les magistrats impliquent de leur part des devoirs très particuliers qui vont au-delà des obligations incombant normalement à des fonctionnaires. Ces devoirs particuliers se rattachent à la nécessité de sauvegarder leur indépendance, leur objectivité et un esprit de détachement absolu qui caractérise l'exercice de la fonction judiciaire. Ce sont ces mêmes considérations qui expliquent la restriction de leurs droits et libertés même s'ils bénéficient d'une protection particulière

a) *Des droits restreints*

Outre le droit de recours administratif ou juridictionnel qui leur est reconnu, leurs droits concernent surtout la rémunération, la protection et l'honneur.

En principe, les magistrats sont protégés contre les menaces et attaques de quelque nature que ce soit dont ils peuvent faire l'objet dans l'exercice de ses fonctions. Même si la loi organique ne le prévoit pas expressément. En tous cas, plusieurs dispositions du code pénal protègent les magistrats qui ne peuvent se défendre en raison de l'obligation de réserve : ainsi, les outrages envers les magistrats du siège sont punis. Il en est de même de ceux qui cherchent publiquement à jeter le discrédit sur un acte ou une décision juridictionnelle dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité ou à l'indépendance de la justice. De même, le code interdit de publier avant le prononcé du jugement des commentaires susceptibles d'exercer des pressions sur les décisions des juges. On peut simplement regretter que ces dispositions ne soient presque jamais appliquées.

(6) Voir D. Sy, « Les droits et obligations du magistrat » in *Droit sénégalais, revue de l'association sénégalaise de droit pénal*, n° 2 juillet-août 1995, p. 63.

Par ailleurs, l'article 14 de la loi organique accorde un privilège de juridiction aux magistrats. En effet, en cas de poursuite contre un magistrat, les fonctions dévolues au Procureur général près la Cour d'Appel et au Premier Président de cette Cour par l'article 661 du Code de Procédure pénale sont respectivement exercées par le Procureur général près la Cour de Cassation et par le Premier Président de ladite Cour ou par leurs délégués choisis parmi les membres de la Cour. En matière correctionnelle, c'est la première chambre de la Cour de Cassation qui statue. En matière criminelle, la première chambre prononce la mise en accusation et renvoie devant les chambres réunies. Les décisions rendues par la Cour de Cassation ne peuvent faire l'objet d'aucun recours.

Par ailleurs, les membres du Conseil Constitutionnel et les magistrats du Conseil d'État et de la Cour de Cassation jouissent d'immunités juridictionnelles(article 83 de la Constitution du Sénégal).

b) *Les honneurs*

On peut dire que la loi organique portant statut des magistrats prévoit un véritable droit aux honneurs. Les honneurs civils sont reçus par les membres de l'ordre judiciaire dans les conditions fixées par les règlements relatifs aux cérémonies publiques, préséances, honneurs civils et militaires(article 24). Lorsque les cours se rendent à une cérémonie publique, il leur est fourni sur la demande de leurs chefs une escorte d'honneur composée d'un peloton sous le commandement d'un officier (article 25) (7).

c) *Des obligations pesantes*

L'éminence des fonctions judiciaires crée à la charge des magistrats des devoirs supérieurs à ceux qui incombent aux autres fonctionnaires. Nous verrons successivement l'étendue et la sanction des obligations.

Outre le devoir de discrétion et le devoir de réserve qui incombent aux hauts-fonctionnaires, la loi organique prévoit de nombreuses obligations et sujétions supposées liées à la fonction de magistrat. Il y a des incompatibilités, des interdictions et des obligations et incapacités.

d) *Les incompatibilités et les interdictions*

Selon la loi organique, les fonctions judiciaires sont incompatibles avec toute activité publique ou privée. Les magistrats ne peuvent en dehors de leurs fonctions être requis pour d'autres services publics que le service mili-

(7) Il convient de rappeler que la loi organique portant statut des magistrats réglemente minutieusement la prise de rang, les honneurs, les préséances et le costume (voir articles 21 à 26).

taire. Il leur est interdit de traiter dans les journaux des sujets autres que ceux d'ordre professionnel ou technique.

Cependant, des dérogations individuelles peuvent être accordées aux magistrats par décision du ministre de la Justice pour enseigner ou pour exercer des fonctions ou des activités qui ne seraient pas de nature à porter atteinte à leur dignité ou à leur indépendance. Mais ils peuvent, sans autorisation préalable, se livrer à des travaux scientifiques, littéraires ou artistiques.

En outre, toute disposition nouvelle prescrivant leur participation aux travaux d'organismes ou de commissions extra judiciaires sera soumise au contre – seing du ministre de la Justice.

Par ailleurs, les fonctions judiciaires sont incompatibles avec tout mandat électoral. Les magistrats sont inéligibles aux assemblées politiques; ils ne peuvent donc être ni députés ni sénateurs ni conseillers dans les assemblées locales et régionales.

Les magistrats, même en position de détachement n'ont pas le droit d'adhérer à un parti politique. Toute manifestation politique leur est interdite, de même que toute manifestation d'hostilité au principe ou à la forme du Gouvernement ou toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions. Cependant, les magistrats détachés et remplissant des fonctions de membres du gouvernement ne sont pas concernés par ces interdictions. Ils peuvent adhérer à un parti politique et être élu à une assemblée politique. Cependant aucun magistrat ne peut être affecté à un cabinet ministériel ni être en position de détachement s'il n'a accompli au moins quatre années de fonctions judiciaires effectives depuis son entrée dans la magistrature.

Les magistrats, également ne peuvent se constituer en syndicat, ni exercer le droit de grève. Il leur est interdit d'entreprendre une action concertée de nature à arrêter ou à entraver le fonctionnement des juridictions ou d'y participer. Cette interdiction est contestée par certains magistrats dont l'un d'entre eux n'a pas hésité à proposer la création d'un syndicat. Les autorités ne semblent pas du tout favorables à cette perspective. Actuellement il existe une amicale des magistrats dénommée Union des Magistrats Sénégalais qui est une association simplement corporative. On se demande pourquoi continuer à maintenir cette disposition si on sait que la syndicalisation n'entraîne pas forcément la remise en cause de l'indépendance du magistrat. En France et dans d'autres pays africains comme le Burkina Faso, il y a bien des syndicats de la magistrature...

e) *Les obligations professionnelles et les incapacités*

Les magistrats doivent rendre impartialement la justice sans considération de personnes ni d'intérêt. Ils ne peuvent se prononcer dans la connais-

sance qu'ils peuvent avoir de l'affaire. Ils ne peuvent défendre ni verbalement ni par écrit même à titre de consultation, les causes autres que celles qui les concernent personnellement. Ainsi, les parents ou alliés jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement ne peuvent être simultanément membres d'une juridiction d'instance ou d'appel, sans dispense du Président de la République. Si la juridiction comporte moins de quatre membres, aucune dispense n'est possible. En outre, nul magistrat ne pourra connaître d'une affaire dans laquelle l'une des parties sera représentée par un conseil ou un mandataire qui serait un parent ou allié jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement. Ces dispositions sont importantes car elles posent le problème du rôle de l'appartenance religieuse, confrérique ou ethnique et des relations sociales et parentales dans les atteintes à l'indépendance des magistrats.

Par ailleurs, les magistrats sont tenus de résider dans le lieu du siège de leur juridiction. Ils ne peuvent s'absenter qu'en vertu d'un congé, sauf autorisation individuelle et temporaire accordée par les chefs de juridiction ou par le ministre de la Justice.

f) *La sanction des obligations*

Tout d'abord, la responsabilité disciplinaire. Elle peut être mise en jeu en cas de violation de ses obligations. En effet, tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire(article 16 de la loi organique). Les chefs de cours ont le pouvoir de donner des avertissements aux magistrats placés sous leur autorité. Le ministre de la Justice, saisi d'une plainte ou informé de faits susceptibles d'entraîner une sanction disciplinaire, peut, en cas d'urgence et sur proposition des chefs hiérarchiques et après avis du CSM, suspendre temporairement un magistrat faisant l'objet d'une enquête jusqu'à la décision définitive sur l'action disciplinaire.

Les sanctions disciplinaires applicables aux magistrats vont de la réprimande avec inscription au dossier à la mise à la retraite d'office ou l'admission à cesser ses fonctions lorsque le magistrat n'a pas droit à une pension de retraite.

Le pouvoir disciplinaire est exercé par le Conseil Supérieur de la Magistrature (conseil de discipline des magistrats). Pour mettre les magistrats à l'abri de toute mesure disciplinaire injustifiée de la part du pouvoir exécutif, le Ministre de la Justice, qui ne dispose pas du pouvoir disciplinaire doit seulement dénoncer au CSM les faits motivant la poursuite disciplinaire (art. 14 de l'ordonnance portant loi organique relative au CSM). Le Président du Conseil de discipline désigne un rapporteur qui peut procéder à une enquête. Le magistrat, qui est tenu de comparaître en personne, a droit à la communication de son dossier et à l'assistance d'un conseil. Il est invité à s'expliquer le jour de la citation. Le Conseil délibère à huis clos. Sa déci-

sion qui doit être motivée, n'est susceptible d'aucune opposition, ni d'aucun recours, même devant la Cour de Cassation.

Le Conseil de discipline n'a eu que très peu d'occasions de sanctionner des magistrats. Ainsi, selon le Président de l'Union des Magistrats du Sénégal, de 1960 à 1998, 15 magistrats ont été déférés devant le conseil de discipline et ont fait l'objet de sanctions : 2 révocations, 3 mises à la retraite d'office, 4 abaissements d'échelon, 6 déplacements d'office, 4 réprimandes. Les faits commis sont les suivants : dossiers prescrits, absences non justifiées, cumul d'activités, refus d'assister à l'exécution d'un condamné à mort, modification d'une décision déjà prise en présence des parties, règlement de problèmes personnels au moyen de l'appareil judiciaire, abus de pouvoir, non déclaration à l'autorité de nomination de l'activité lucrative d'une épouse. Ces faits ont été qualifiés de manquement au devoir de son état et à la délicatesse, de comportement indigne, de désobéissance au supérieur hiérarchique et d'indélicatesse et de manque de probité (8).

Ensuite la responsabilité pénale. Comme tout fonctionnaire, les infractions commises par les magistrats sont pénalement sanctionnées; Il en est ainsi du détournement de deniers publics, de concussion, de corruption ou d'abus d'autorité. De façon particulière, la responsabilité pénale du magistrat peut être engagée en cas d'attentats à la liberté ou en cas de détention arbitraire. L'article 112 du code pénal punit de forfaiture les magistrats qui auront ordonné des poursuites et détentions illégales contre des ministres ou députés. De même, l'article 113 punit les magistrats qui ont mis en détention un individu hors des lieux déterminés par les autorités compétentes ou envoyé devant la cour d'assises un individu sans qu'il ait été mis légalement en accusation. Le Code punit également pour forfaiture les magistrats qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif (article 118). Malgré ces dispositions, il semble que les magistrats font très rarement l'objet de poursuites devant la juridiction compétente.

Enfin, la responsabilité civile. En cas de faute personnelle, la responsabilité du magistrat peut être mise en cause. Il en est ainsi soit lorsque la faute est commise en dehors du service et dépourvue de tout lien avec celui-ci soit lorsque la faute bien que commise à l'occasion des fonctions est détachable du service (article 145 du code des Obligations de l'Administration). Mais la responsabilité de l'État du fait de la faute personnelle d'un magistrat ne peut être engagée qu'en cas de prise à partie(articles 312 à 323 du Code de procédure civile) Cette procédure ne peut être déclenchée 1°) qu'en cas de dol, fraude, concussion ou faute lourde professionnelle en cours d'instruction ou lors des jugements 2°) lorsque la prise à partie est expressément prévue

(8) M.M. Sy : « La responsabilité des magistrats . la jurisprudence du conseil de discipline », communication au séminaire sur « justice et transparence » du 30 juillet au 1er août 1998, multigraph.

par la loi 3°) lorsque la loi déclare le magistrat responsable à peine de dommages-intérêts 4°) s'il y a déni de justice. En cas de prise à partie, c'est l'État qui répare le dommage. Il peut exercer une action récursoire contre le magistrat fautif. Ce mécanisme, à l'évidence, ne contribue pas à engager la responsabilité civile du magistrat; Le juge a eu à le rappeler dans une affaire de détention provisoire (Cour d'appel 27 juillet 1979, Seybatou Ndiour, Ripas n° 2 octobre 1981, p. 399, note J.M. Nzouankeu). Cependant, il est possible d'engager la responsabilité sans faute du service public de la justice pour risque en cas de détention provisoire prolongée ayant abouti à une décision de relaxe (Cour suprême statuant en cassation 2 décembre 1987, Seybatou Ndiour, *Annales Africaines*, 1989-1990-1991, p. 198, note D. Sy).

La loi prévoit d'ailleurs la possibilité pour un justiciable de mettre en branle une procédure pouvant aboutir au dessaisissement du magistrat ou de la juridiction lorsqu'il a des doutes au sujet de l'indépendance d'esprit de l'un des juges. S'il en a conscience, il peut demander au chef de juridiction l'autorisation de ne pas siéger sinon, il peut faire l'objet d'une procédure de récusation. De même, une affaire peut être retirée à une juridiction pour cause de suspicion légitime.

B. – *Un statut social dégradé ?*

Ce statut social est lié à la rémunération du magistrat. Or la rémunération constitue l'un des problèmes les plus importants de la condition de juge au Sénégal. Le magistrat exerce une fonction d'autorité qui doit inspirer le respect. Il doit d'abord bénéficier dans l'intérêt même du justiciable, d'une position à certains égards privilégiée. C'est pourquoi d'ailleurs, il bénéficie en principe d'une rémunération confortable mais qui s'est révélée insuffisante dans les faits.

1. *Le principe : une rémunération confortable*

Selon la loi organique, la rémunération totale des magistrats comporte les mêmes éléments qui forment la rémunération totale des fonctionnaires. Un décret fixe le classement indiciaire. Toute remise en ordre ou revalorisation des traitements ou des suppléments pour charges familiales ou de tout autre élément de la rémunération s'applique à la rémunération des magistrats.

En fait, les magistrats tirent l'essentiel de leurs revenus de l'exercice de leur fonction. Leur salaire est composé d'une part d'un traitement mensuel déterminé par un niveau indiciaire fixé par leur position hiérarchique et leur ancienneté et d'autre part par une indemnité de fonction, une indemnité de sujétion représentant un pourcentage du traitement brut et une indemnité de logement. Le niveau des traitements mensuels perçus par les magistrats est légèrement supérieur à celui des autres corps de la hiérarchie A spécial

1 recrutés par la voie de l'École Nationale d'Administration et de Magistrature. Les magistrats font partie des fonctionnaires les mieux payés du pays.

2. *La réalité : une rémunération insuffisante*

Malgré tout, ils jugent leur rémunération insuffisante. Il est vrai que malgré les efforts des pouvoirs publics, le magistrat en début de carrière perçoit à peine 100 000F CFA. Ce qui est nettement insuffisant pour un corps dont on aspire à faire le garant de l'État de Droit. Il y a un an cette insuffisance de la rémunération avait été dénoncée – manifestation du rajeunissement du corps – par de jeunes magistrats dans un mémorandum portant sur leur condition de vie et de travail dont de larges extraits ont été publiés dans la presse. Quelques semaines plutôt un vieux magistrat avait, en manière de protestation, proposé la création d'un syndicat de la magistrature en vue de défendre les intérêts matériels et moraux des membres de la compagnie judiciaire.

Ces deux actions ont conduit le Président de la République à prendre, en avril 1998, à un mois des élections législatives (les magistrats des cours et tribunaux assurent le contrôle des élections, les juges du Conseil Constitutionnel le contentieux) un décret créant une indemnité de judicature d'un montant de 150 000F CFA. C'était aussi une manière de mettre les magistrats à l'abri du besoin, des soucis et des tentations et de leur permettre de rendre une justice équitable dans la sérénité.

En juin 1998, l'ensemble des magistrats réunis en séminaire déplore l'insuffisance des salaires et demande, d'une part l'amélioration sensible de leurs conditions d'existence et de vie en tenant compte de l'inflation et du renchérissement du coût de la vie, et d'autre part l'accélération de la procédure de perception de l'indemnité de judicature qui par ailleurs doit entrer en ligne de compte pour l'allocation de la retraite. Ils demandent en outre que l'État leur facilite l'accès au logement. Au fond, les magistrats exigent l'allocation d'un « traitement décent », « des moyens de subsistance propres à réduire leur vulnérabilité »afin de les aider à résister à toute forme de pression (9).

L'indemnité de judicature, semble-il, n'a pas réglé tous les problèmes des magistrats. Certains d'entre eux ont même exprimé leur déception. En effet, l'indemnité était censée entraîner le doublement des salaires or il semble qu'ils n'ont perçu qu'à peine 100 000 F0 CFA car d'une part elle est imposée et d'autre part, elle remplace l'indemnité de sujétion qui était de 20 000 à 35 000 F CFA. Certains ont même étalé leurs ressentiments dans la presse d'autant plus que leurs salaires ne leur permettent pas d'acheter un véhicule dans des conditions acceptables, leur capacité d'endettement étant trop

(9) Voir « Recommandations et plan d'action pour une meilleure distribution de la justice », *op. cit.*

faible. La plupart des jeunes magistrats sont obligés de prendre les transports en commun, s'exposant ainsi à tous les dangers, surtout après un procès (10).

II. – L'œuvre du juge : continuité, efficacité, changement ?

Le fonctionnement et l'administration de la justice ont fait l'objet de nombreuses appréciations. Les défauts de l'appareil judiciaire sont connus : lourdeur, lenteur, coût élevé, accès difficile, déficit de confiance, ésotérisme du vocabulaire, formalisme abusif, inapplication des décisions de justice, organisation matérielle insuffisante, faiblesse des crédits de fonctionnement, etc. Il s'agit, pour nous de voir quelle est la place du juge dans cet appareil ? Par ailleurs, l'évolution politique (fin de la guerre froide), économique (mondialisation) et technologique du monde a engendré de nouveaux défis, de nouveaux enjeux pour le juge dont le rôle est amené à changer. S'interroger sur d'une part le juge et la distribution de la justice et d'autre part sur le juge et les nouveaux enjeux de la justice amène à réfléchir sur l'efficacité de l'action du juge et sur les changements auxquels il va faire face.

A. – *Efficacité ?*

Quel est son rôle ? A-t-il une quelconque responsabilité dans ce dysfonctionnement ? Comment rend-il la justice ? Le constat est que dans une large mesure le travail du juge est relativement peu efficace. Cela s'explique par de nombreuses raisons.

1. *Le constat*

Aussi bien du point de vue quantitatif que du point de vue qualitatif, le travail du juge est-il insuffisant. Si en droit privé les décisions sont relativement nombreuses, en droit public, les décisions sont quantitativement faibles (D. SY ; 1995). Mais, à la vérité, il faut avouer que l'on ne dispose pas de statistiques générales et fiables pour mesurer le travail du juge ; on est obligé d'utiliser des données parcellaires et empiriques(les magistrats ont lors de leur séminaire précité dénoncé la non-confection des statistiques juridictionnelles, ce qui selon eux rend illusoire toute entreprise de rationalisation du service).

D'un point de vue qualitatif, les décisions sont discutables. Même les magistrats ont demandé, lors de leur séminaire de juin 1998, des sanctions pour ceux qui rendent des décisions non motivées. En droit public en particulier, le juge sénégalais a rendu des décisions fort contestables du fait de

(10) Voir *Sud quotidien* du 12 mars 1999.

sa non maîtrise du droit administratif (D. SY; 1997). Il en est de même en matière électorale. En témoigne les décisions rendues par la Cour d'appel après les élections municipales, rurales et régionales de novembre 1996. On pourrait en dire de même du contentieux de l'élection présidentielle de février 1993 et des élections législatives de mai 1993 et mai 1998.

En droit privé et en droit commercial en particulier les décisions du juge sont de plus en plus contestées. La plupart des représentants du secteur privé et des analystes économiques considèrent l'administration de la justice comme un élément important du ralentissement de la justice et un obstacle aux investissements. Par exemple, selon la Banque Mondiale, « le manque de transparence dans l'administration de la justice » est une entrave « à la capacité du Sénégal à attirer des investisseurs étrangers. Par exemple, de nombreux entrepreneurs estiment que les lois sont appliquées injustement; que les juges n'ont pas d'expérience en matière de droit des sociétés et autres questions économiques! les procédures des tribunaux sont longues et coûteuses et que les décisions de justice sont imprévisibles et arbitraires » (11). Cette vision est largement partagée par les chancelleries occidentales installées à Dakar (12).

Il apparaît en effet que le traitement des litiges commerciaux n'est guère apprécié et manque de crédibilité. Les milieux économiques estiment en premier lieu que les litiges dans le domaine du droit des affaires traînent au tribunal ce qui occasionnent d'importantes pertes de ressources qui auraient pu être réinvesties ailleurs. Cette situation peut être le fait des magistrats qui adoptent des attitudes laxistes (13). Mais il semble que les lenteurs sont dues en grande partie au manque de moyens humains.

Ils estiment en second lieu que les magistrats cèdent facilement à la corruption. Cette impression est partagée avec la plupart des justiciables qui pensent à tort ou à raison que les juges sont soumis à toutes sortes de pressions et notamment celles du pouvoir et de l'argent. Cette pression de l'argent est très forte. Elle s'inscrit dans le contexte global de la corruption généralisée qui gangrène toute l'administration africaine (Degni-Segui; 1994, Sawadogo; 1994). Le président du Conseil d'État sénégalais a reconnu qu'« un magistrat mal payé peut être sensible à une sollicitation diabolique » (interview dans Walfajri du lundi 3 août 1994) C'est pourquoi on invoque de plus en plus la bonne gouvernance dans les pays africains. Cela pose un

(11) Voir *Banque mondiale* : « Le Sénégal et le défi de la mondialisation », 1998.

(12) Voir intervention de l'ambassadeur des États-Unis le 10 février 1998 au CFJ sur le thème : « Amélioration de l'environnement pour le secteur privé au Sénégal », annexée aux « Recommandations... »

(13) Mais le retard n'est pas nécessairement dû aux magistrats. Certains mettent en cause la manière dont les greffiers inscrivent les affaires sur le rôle et les soupçonnent de recevoir des pots de vins à plusieurs étapes pour retarder le procès.

problème crucial de confiance voire de crédibilité ou de légitimité de la justice et du juge.

Il faut ajouter à cela que pour la majorité des justiciables, la justice tranche en faveur du riche contre le pauvre, du puissant contre le faible. La condamnation du groupe de presse Sud Communication à 500 millions de F CFA dans le procès qui l'a opposé à la Compagnie Sucrière Sénégalaise du milliardaire J.C. Mimmerand accusé de fraude sur le sucre renforcent cette conviction. Il en est de même sur un tout autre registre de l'arrestation et de la condamnation d'un dirigeant syndical qui s'opposait à la privatisation d'une entreprise publique (la Senelec) à quelque mois de l'ouverture du capital.

En troisième lieu, c'est la faiblesse des connaissances par les juges des affaires, des finances et du droit commercial en général qui est évoquée. Les décisions seraient en décalage par rapport aux réalités de la vie économique.

2. *Les explications*

Cette situation s'explique par plusieurs raisons dont les unes dépendent des magistrats et les autres non. Certaines causes sont liées au fonctionnement du service public de la justice (procédures, information etc.) d'autres dépendent des pouvoirs publics. D'une façon générale, il y a des causes liées aux conditions de travail des magistrats et d'autres à l'environnement général du magistrat..

a) *L'environnement général du magistrat*

Le magistrat vit dans un environnement social, économique et politique pas toujours favorable à une bonne distribution de la justice. En effet, les relations interpersonnelles, ethniques, l'appartenance à une confrérie religieuse peuvent dans une très large mesure influer sur l'office du juge. Ce dernier subit la pression des milieux économiques, politiques et religieux. Sur le plan juridique, le juge voit son pouvoir d'appréciation fortement réduit par certains textes.

b) *Les conditions de travail*

Pour certains magistrats sénégalais, les deux tares majeures du système judiciaire sénégalais sont d'une part l'insuffisance de la formation des magistrats en droit des affaires et la pauvreté de la documentation scientifique et d'autre part le manque de moyens matériels et humains.

D'abord, il a été constaté que 80 % du budget du ministère de la justice sont affectés aux dépenses en personnel et seulement 9 % aux dépenses de matériel. Le budget du ministère ne fait que 0,81 % du budget natio-

nal (14). De ce fait, le manque de moyens matériels comme les locaux, les machines à dactylographier, les ordinateurs est criard. Le siège de la plupart des juridictions est exigu, vétuste et inadapté (il s'agit en général d'anciennes maisons louées). Il est même arrivé qu'un président de tribunal se soit fait expulser pour non-paiement régulier loyers mensuels! Le palais de justice est au bord de l'effondrement et les magistrats travaillent dans l'insécurité. Selon certains magistrats, les nouvelles recrues, une quarantaine, sont sans moyens de travail. Elles ne disposent pas de bureaux et sont ainsi réduits à faire la navette entre leurs maisons et le tribunal. Toujours selon ces magistrats « au cap manuel, des salles d'audiences ont été construites mais à cause d'un manque d'équipement, elles ne sont pas fonctionnelles. Tous les procès en correctionnel du tribunal régional continuent de se tenir dans la salle du tribunal du travail... Or tout le monde connaît l'état de ces lieux; il n'y a plus de sécurité parce que le bâtiment est vétuste et n'est pas bien entretenu » (15).

Ensuite le déficit des personnels est chronique. Le Sénégal compte un effectif théorique de 229 magistrats déterminé depuis 1984 (dépassé depuis lors, compte tenu de la croissance du contentieux et des recrutements) pour une population de 10 millions d'habitants, ce qui est largement en deçà des normes (c'est-à-dire en moyenne un magistrat pour 10 000 habitants). Pourtant, il n'y a dans les juridictions qu'environ 115 magistrats soit un déficit de 114 dans les juridictions de première instance. Un début de solution a été apporté à ce déficit par la décision du Président de la République de recruter 100 magistrats. Dans le même sens, on constate que le Sénégal ne compte que 16 greffiers en chefs pour 40 juridictions, 86 greffiers pour l'ensemble de ces services juridictionnels et administratifs, 10 interprètes et 24 agents de service. Aussi, cinq circonscriptions administratives départementales ne disposent-elles pas de juridiction à leur chef-lieu (16). Ceci est confirmé par une interview récente du Président du tribunal du travail qui révélait que sur les 13 sections de la juridiction, il n'y a qu'un seul policier chargé de placer les convocations, 5 greffiers pour les mêmes 13 sections si bien que ce sont les secrétaires de greffe qui font office de greffiers, 11 magistrats pour 6 bureaux seulement alors qu'il aurait fallu un bureau par magistrat. Cette situation est gênante dans la mesure où les audiences de conciliation se passent dans les bureaux. Enfin, il n'y a ni véhicule, ni motocyclette pour acheminer le courrier (17). Les locaux de la Justice jurent d'avec la déférence de la fonction du juge. C'est pourquoi les autorités envisagent la création d'un autre palais de justice.

(14) Voir « Recommandations... », *op. cit.* et A. FALL, « Exemple du système judiciaire sénégalais », communication au séminaire sur « justice et transparence », *op. cit.*

(15) Sud quotidien du 12 mars 1999, *op. cit.*

(16) Voir « Recommandations... », *op. cit.* et A. FALL, *op. cit.*

(17) Voir *Sud quotidienB* du 10 mars 1999

Enfin il y a un déficit important en matière d'information et de formation du fait de l'absence de documentation, de politique de formation, de programme de remise à niveau de tout le personnel judiciaire (le meilleur allié du juge étant sa connaissance du droit), l'absence du journal officiel, de bibliothèques, de recueils ni de classement des décisions. C'est seulement depuis la réforme de 1992 que la cour de Cassation et récemment le Conseil d'État ont publié des recueils de jurisprudence. Aussi bien au niveau des juridictions d'instance qu'à celui de la Cour d'appel, les décisions ne sont ni publiées ni même classées. Dans ces conditions, un juge donné ne peut connaître ni les décisions rendues par les juridictions, même supérieures, ni celles rendues par sa juridiction dans des affaires similaires. Aucune jurisprudence ne pourra se former pour inspirer le juge qui est ainsi obligé de recourir aux recueils français pour résoudre les litiges qui lui sont soumis.

Ainsi le juge ne connaît ni les décisions de justice ni les textes de loi. C'est ainsi qu'à l'issue de leur séminaire de juillet 1998, les magistrats ont constaté la nécessité de veiller à la formation scientifique du magistrat et à sa spécialisation pour lui permettre de répondre aux attentes de ses concitoyens et d'être au fait de l'évolution des techniques et de la sociologie de groupe. Ils ont recommandé que chaque magistrat reçoive le journal officiel(un abonnement gratuit ou au forfait), que chaque juridiction soit équipée d'une bibliothèque rénovée, moderne et informatisée, que les services de documentation et les greffes soient soutenus financièrement pour l'inventaire et la publication de toutes les grandes décisions de justice.

Au moment où se renforce la poussée libérale, le recours au pouvoir judiciaire prend une importance sans précédent. Il faut donc lui donner les moyens d'assurer son rôle sinon la justice sera, comme le dit l'avocat Jean Marc Varaut, « en état de cessation de jugement ». Il faut un budget conséquent qui ne soit pas de modestie voire de pauvreté; que ce budget soit exaltant, que la justice ne soit plus l'éternelle sacrifiée du budget de l'État. En effet, un appareil judiciaire anémié par la pénurie des moyens ne peut, il faut le craindre que produire une justice approximative, encombrée et débordée, susceptible de redynamiser la justice privée ou traditionnelle ou d'autres circuits de dérivations plus ou moins contrôlables. C'est pourquoi, les magistrats demandent une augmentation du budget du ministère de la Justice et des juridictions, l'érection d'un palais de justice au siège de chaque région, la rénovation des sièges des juridictions départementales, la dotation en véhicule des juridictions régionales et départementales, la dotation de fax de lignes téléphoniques internationales à chaque chef de parquet etc. Ils demandent également la simplification et la rationalisation des procédures judiciaires à la lumière des dysfonctionnements relevés par la pratique en tenant suffisamment compte des réalités socio-économiques et des prégnances culturelles.

Confronté aux problèmes de fonctionnement de la justice et des juridictions, le gouvernement sénégalais a inscrit la modernisation de l'institution judiciaire parmi ses priorités. Déjà, en 1990, le Président de la République avait demandé que fût élaboré et mis en œuvre un plan pluriannuel de modernisation des Cours et Tribunaux. Deux ans après, le 30 mai 1992, une réforme judiciaire aboutit à la création de trois juridictions suprêmes (le Conseil Constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de Cassation) à la place de la Cour suprême. Récemment en 1999, une Cour ces Comptes vient d'être créée. Il s'agit essentiellement de procéder à la spécialisation des juridictions et partant des juges afin de répondre à la demande de justice de plus en plus forte. La Réforme de 1992 a également concerné le statut des magistrats et notamment l'accroissement de leurs garanties de carrière (élection de certains membres du CSM, érection du statut des magistrats en loi organique, institution de la collégialité, création d'une inspection des Cours et Tribunaux etc.).

Le Président s'était engagé lors de l'audience solennelle des Cours et Tribunaux de 1992 à accroître les moyens de la justice, moderniser la formation initiale (ce qui a conduit à la création du Centre de formation judiciaire), instaurer la formation continue, mettre en place une documentation juridique en quantité et en qualité, construire des locaux adaptés à la majesté de la justice. Ce plan tarde à être mis en œuvre. Cependant, le gouvernement a mis en place un programme de formation du personnel judiciaire (magistrats et auxiliaires) en droit des affaires. Il a également décidé de réviser les procédures budgétaires en vue d'une meilleure utilisation des ressources de la justice. D'autres mesures ont été prises ou sont en voie de l'être : la mise en place d'un greffe commercial au tribunal régional de Dakar, la création, en remplacement des structures existantes, d'une Inspection Générale de l'Administration de la Justice par la loi n° 98-23 du 26 mars 1998 (voir M. NDIAYE, *l'inspection générale de l'administration de la justice*, communication au séminaire sur *Justice et Transparence*), la mise en place d'une deuxième cour d'appel à Kaolack, la mise en place des juridictions départementales de Bambey, Bignona, Foundiougne, Nioro et Oussouye), la mise en œuvre du programme d'activité de l'Inspection Générale de L'Administration de la Justice, l'institution des Maisons de Justice, l'institution du juge de l'application des peines, l'institution du juge de la mise en état des dossiers, et enfin l'informatisation des greffes et juridictions régionales. Il s'agit d'adapter la justice à l'évolution de ses missions (18).

B. – *Changements ?*

Avec le progrès scientifique, l'homme est arrivé à maîtriser sa reproduction. Les manipulations génétiques, l'insémination artificielle, la fécondation

(18) Voir communiqué du Conseil des ministres du 2 mars 1999.

in vitro, les mères porteuses, le statut de l'embryon posent de redoutables problèmes au juge. Devant ces situations nouvelles, comment le juge va – il se comporter ? Il en est de même avec l'apparition de « maladies » comme le SIDA ou le développement de l'informatique et d'Internet. Le droit à la disposition du juge est de moins en moins adapté à l'évolution du monde actuel. Si ces questions ne sont pas encore d'une brûlante actualité au Sénégal, il en est d'autres qui l'interpellent directement et immédiatement. Le juge fait face ainsi à de nouveaux défis : il en est ainsi de la libéralisation économique, de la réforme administrative avec la décentralisation régionale et de l'émergence d'un droit de l'intégration régionale en Afrique.

1. *Le juge et la libéralisation de l'économie*

À la suite de la dévaluation du franc CFA intervenue en janvier 1994, le gouvernement du Sénégal s'est engagé dans une série de programmes d'ajustement structurel et de réformes économiques en vue de rétablir les conditions d'une croissance forte et durable et d'assurer la viabilité financière extérieure et intérieure. Ces programmes se sont appuyés, d'une part, sur une gestion rigoureuse de la demande visant la maîtrise rapide de l'inflation et des déficits publics et, d'autre part, sur la réalisation de réformes structurelles de grande envergure destinées à libéraliser l'économie, réduire la taille du secteur public et encourager le développement de l'initiative privée.

Sur ce dernier point, il s'agit de réduire l'intervention de l'État dans la vie économique et de créer un environnement propice au développement des investissements privés. C'est ainsi que le gouvernement a procédé à une libéralisation quasi – totale des prix, du commerce intérieur et extérieur et du transport maritime, au démantèlement de la quasi – totalité des monopoles, à un assouplissement du cadre réglementaire des activités économiques, en particulier le code du travail et à une rationalisation du système fiscal (19). Dans le cadre des politiques structurelles et sectorielles, il est prévu la réforme du cadre juridique et du système judiciaire en vue d'adapter l'appareil judiciaire à l'évolution économique. On est en train de passer du droit des sociétés au droit boursier, de la justice des marchands à celle de l'entreprise et des marchés. Déjà en 1995, le thème de la rentrée solennelle des Cours et tribunaux avait été consacré aux entreprises en difficultés devant la justice. Le rôle du juge s'en trouve changé : il doit arbitrer entre des intérêts divergents.

Chaque année, les tribunaux sénégalais sont saisis en moyenne de plus de trois mille litiges civils et commerciaux (20). Ces statistiques prouvent que de plus en plus les juges sont appelés à trancher des litiges à caractère pure-

(19) Voir « Document — Cadre de politique économique à moyen terme » 1998-2000 du 27 février 1998.

(20) Voir « Étude sur les chiffres-clés de la justice sénégalaise » 1991-1997.

ment économique. C'est d'ailleurs pourquoi le gouvernement a décidé de créer une Cour arbitrale à la chambre de commerce depuis avril 1998. Cette nouvelle juridiction vient d'être mise en place le 25 mars 1999. Il s'agit d'une part de décongestionner les juridictions sénégalaises et d'autre part de répondre à la demande des milieux économiques et financiers. Mais quelle que soit la situation, les juges devront se recycler et se parfaire dans les domaines des finances et des affaires. Le juge ne sera plus seulement un spécialiste du droit (bien sûr il doit maîtriser les droit des affaires et les autres branches du droit), il devra connaître les finances, la comptabilité, l'économie etc. Le juge devra donc veiller davantage à la sécurité juridique et judiciaire indispensable au monde des affaires en sanctionnant non seulement les entreprises qui violeront les lois et règlements régissant le secteur économique(en vérifiant la transparence de leur gestion et de leur comptabilité et en condamnant leurs pratiques illicites) mais également les agents de l'État qui favoriseront la concurrence déloyale.

La justice et les magistrats pourront contribuer à la mise en place d'une éthique professionnelle dans le secteur privé. Mais pour cela, il faut bien sûr une justice forte, indépendante, crédible, efficace et des magistrats honnêtes et compétents. Les conditions devraient être réunies pour les décisions de justice soient appliquées par l'État, les administrations et les acteurs économiques. La transparence et la confiance constituent des bases fondamentales de la démocratie et de l'économie de marché. Les magistrats doivent avoir à leur disposition les textes législatifs et réglementaires adéquats pour la mise en place d'un cadre juridique propre à promouvoir le secteur privé et les investissements (droit commercial et des sociétés, droit social, droit fiscal des affaires, droit pénal des affaires, droit de la concurrence, droit de la consommation droit de la privatisation, droit foncier etc (21).

Mais, il faut le rappeler, c'est la confiance qui est le premier facteur d'attraction des capitaux. C'est pourquoi les magistrats doivent jouer un rôle essentiel et protecteur en délivrant une justice transparente, prévisible, prompte et efficace. Le juge a un rôle important à jouer en ce qui concerne la lutte contre la corruption même si le rôle de la justice est controversé en la matière, même si l'administration de la preuve y est difficile. Ce qui suppose l'aménagement d'un espace de coopération entre la police et la justice. C'est pourquoi, ils recommandent la sanction sévère de corruptions de fonctionnaires et assimilés, la réglementation de certaines formes de corruption en matière économique et financière non prévues par la législation nationale, la mise en œuvre de procédures simplifiées d'auto-saisine et d'enquêtes par le parquet et par le juge d'instruction et la mise en place d'une structure nationale de prévention de la corruption.

(21) En 1994, le législateur a adopté de nombreux textes relatifs à la libéralisation des activités économiques en général, à la concurrence et à la libéralisation des prix. Actuellement, c'est la réforme du régime foncier et domanial qui est à l'ordre du jour.

2. *Le juge et la décentralisation*

En mars 1996, une réforme de l'administration territoriale et locale a érigé les régions sénégalaises en collectivités locales à côté des communes et des communautés rurales. Les collectivités locales sont désormais dotées de nouvelles libertés, de nouvelles compétences et d'une plus grande autonomie de gestion. Le code des collectivités locales adopté par le législateur prévoit un système de contrôle juridictionnel de la légalité des actes des collectivités locales par le Conseil d'État à l'instar du modèle français du déféré, un système de contrôle juridictionnel du budget par la Cour des Comptes(voir loi n° 96-06 du 22 mars 1996 portant Code des collectivités locales). Ce qui va entraîner un nouveau contentieux. Mais le juge ordinaire du fait de la délocalisation des infractions va être confronté à un autre type de contentieux. Il pourrait être amené à juger des élus locaux délinquants. Des affaires de corruption, de malversation et de détournement de fond risquent de plus en plus d'être portées devant le juge qui doit donc disposer non seulement de la formation requise mais ainsi des moyens et de l'indépendance nécessaires pour s'acquitter de ses nouvelles responsabilités (22).

3) *Le juge et l'intégration régionale*

De plus en plus un droit communautaire est en train d'émerger en Afrique. Le Sénégal est membre de la Communauté économique Africaine (CEA), de l'Organisation pour l'harmonisation du droit en Afrique (OHADA) et de l'Union économique et monétaire de l'Ouest Africain (UEMOA) et de la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO). Ces organisations, à des degrés divers prévoient d'une part l'application directe et immédiate de leurs décisions, règlement et directives sur le territoire des États et d'autres part la création d'une Cour de justice. Ainsi, les juridictions supranationales instituées par l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) et par l'Union économique et monétaire de L'Ouest Africain (UEMOA) vont engendrer de nouveaux défis pour les juges nationaux. La délégation de souveraineté pour dire le droit accordée à ces juridictions régionales oblige l'État à renforcer son propre système judiciaire surtout que pour l'OHADA, c'est la Cour commune de Justice et d'Arbitrage qui statue en cassation des décisions rendues par les juridictions nationales d'appel en matière de droit des affaires. On estime que la cassation au niveau national peut avoir pour effet de détourner les investissements du pays. Les investisseurs ne viendront que s'ils ont des garanties sur la manière dont les juridictions appliqueront le

(22) Voir « La régionalisation », actes du colloque sur « approche comparée de la régionalisation en France et au Sénégal tenu en juin 1996 », Dakar, 1998.

droit harmonisé. C'est pourquoi la Cour commune est le véritable régulateur de l'application du droit des affaires dans l'espace OHADA (23).

Par ailleurs, dans le cadre de l'OHADA, les actes uniformes relatifs au droit commercial général, au droit des sociétés commerciales, aux groupements d'intérêt économique et à l'organisation des sûretés sont applicables depuis janvier 1998 dans tous les États signataires. D'autres actes uniformes sont en préparation dans les domaines des procédures de recouvrement et voies d'exécution, des procédures collectives, du droit comptable et de l'arbitrage.

Dans le cadre de l'UEMOA, dans la perspective de la création d'un marché commun sous-régional, l'introduction d'un tarif extérieur commun (TEC) le premier janvier 2000, les mesures d'harmonisation fiscale et douanière, la création d'une bourse des valeurs etc. entraînent de nouveaux défis pour le juge. C'est pourquoi, la formation des magistrats devra être orientée vers la spécialisation en droit douanier et fiscal, vers le droit pénal économique, le droit maritime, le commerce international, l'arbitrage international, les opérations bancaires et saisies immobilières et aussi vers la spécialisation en gestion financière et en comptabilité.

*

En cette fin de siècle, ce n'est pas seulement le statut social du magistrat qui est le plus important, mais le sens même de sa mission et son statut politique au sein du système étatique. Le juge n'est plus seulement le censeur chargé de dire le droit, il est requis de prendre en charge la gestion dans le temps de situations individuelles ou collectives qui requièrent bien d'autres qualités que celles de juriste et appellent bien d'autres compétences que les siennes. Le juge est obligé de s'adapter à l'évolution et nous sommes peut-être en train d'assister à la disparition d'une certaine conception de la justice et à l'apparition d'un juge de type nouveau.

* *
*

Bibliographie sélective

M. Aurillac, « La Cour suprême du Sénégal », *RJPIC*, 1969, p. 65.

L. Cadiet, *Découvrir la justice*, P., 1997, 266 p.

(23) Sur l'OHADA, voir, D. Ndoye : « Le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires, la constitution sénégalaise et les principes du droit processuel », *Revue EDJA* n° 22, juillet-août-septembre 1994, p. 15.; G. Kenfack Douajni, « Les conditions de la création dans l'espace OHADA d'un environnement juridique favorable au développement », *Revue juridique et politique indépendance et Coopération*, janvier-avril 1998, p. 39.

O. CAMARA, « La cour suprême du Sénégal », in *Les cours suprêmes en Afrique*, tome I, P., Economica, 1988, p. 307.

G. CNAC, « Le juge et la construction de l'État de droit en Afrique francophone », in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, P., Dalloz, 1996, p 105.

G. CONAC et J. DU BOIS DE GAUDUSSON (sous la direction de), « Les Cours suprêmes en Afrique », P., Economica, 1988, 4 tomes

G. CONAC et J. DU BOIS DE GAUDUSSON (sous la direction de), « La justice en Afrique », in *Afrique contemporaine* n° 156, spécial, 1990, 320 p.

R. DEGNI-SEGUI, « L'accès à la justice et ses obstacles », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Actes du colloque international, 29 et 30 septembre, 1er octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice), Universités francophones, Éditions AUPELF-UREF, 1993, p. 2410.

Nd. M. DIAGNE, *Les méthodes et les techniques du juge en droit administratif sénégalais*, thèse d'État, Dakar, 1995, 523 p.

A. DIOP, « L'organisation judiciaire sénégalaise en matière administrative », *RJPIC*, 1969, p. 940.

A. DIOP, « Les relations entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif au Sénégal », *RJPIC*, 1969, p. 1035.

A. DIOP, « Une juridiction méconnue : la chambre d'accusation », *Revue sénégalaise de droit (RSD)* 1975, n° 17, p. 5.

« l'État de droit et l'indépendance de la magistrature », actes du séminaire organisé à Saly Portudal du 21 au 26 novembre 1994 par la Fondation Friedrich Naumann et la RADDHO, *Multigraphié*, 82 p.

J-C. GAUTRON et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *Droit public du Sénégal*, P. Pedone, 1977, 447 p.

A. GUILLABERT, « La cour suprême du Sénégal », *Rec. Penant*, 1961, p 46.

M. JEOL, *La réforme de la justice en Afrique noire*, P., Pedone, 1963.

G. MANGIN, « Le recrutement des magistrats en Afrique noire et à Madagascar », *RSD*, 1979, p. 3.

M.M. MBACKE, « Le Conseil d'État », *Revue EDJA* n° 20, p. 2.

K. MBAYE, « Le pouvoir judiciaire au Sénégal », *Bull. de la Commission Internationale des Juristes*, 1961, p. 45.

K. MBAYE, « L'organisation judiciaire au Sénégal », *Rec. Penant* 1965, p. 27.

K. MBAYE, « Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil au Sénégal », in *Les garanties des parties dans le procès civil*, Milan, 1973, p. 595.

E.H. MBODJ, « La mise à mort du rabat d'arrêt ? Observations sous conseil constitutionnel 1993 », *Revue EDJA* n° 23, oct.-nov.-dec., 1994, p. 76.

E.H. MBODJ, « Les incidences de la réforme judiciaire du 30 mai 1992 sur le contentieux administratif sénégalais », *Droit sénégalais, revue de l'association sénégalaise de droit pénal* n° 2 juillet-décembre 1995, p. 40.

Ph. M. SAWADOGO, « L'accès à la justice en Afrique francophone · problèmes et perspectives. Le cas du Burkina Faso », *idem*, 295.

E. SCHAEFFER, « Procédure pénale et développement. Libres propos sur la procédure pénale des États d'Afrique noire francophone », *Annales Africaines*, 1962, p. 246.

S.M. SY, « Le juge spécialisé sous l'ancien régime colonial », *RSD*, 1968, n° 3.

S.M. SY, « La cour de discipline budgétaire au Sénégal . panorama distinctif et jurisprudentiel », *RSD*, 1969 n° 5.

M. TOURÉ, « Histoire de l'organisation judiciaire : l'unification des juridictions et l'unité de la justice », *RSD*, 1975, n° 17, p. 5.

D. SY, « Droits et obligations du magistrat », in *Droit sénégalais*, n° 2 juillet-août 1995, p. 63.

D. SY, « Le juge sénégalais et la création du droit administratif », in *La création du droit en Afrique* (sous la direction de D. DARBON et J. DU BOIS DE GAUDUSSON), P. Karthala, 1997, pp. 395.

S. YONABA, « L'accès à la justice en droit burkinabé », in *Revue burkinabé de droit*, janvier 1988, p. 155.

* *
*

Les juges à l'épreuve de la démocratisation : l'exemple du Niger

PAR

BOUBACAR ISSA ABDOURHAMANE

DOCTORANT AU CERDRADI
UNIVERSITÉ MONTESQUIEU (BORDEAUX IV)

Examiner la situation des juges, à travers une grille de lecture fondée, sur la démocratisation postule d'abord de l'impact significatif que le système politique a toujours exercé sur le système judiciaire, son organisation et ses finalités. Autrement dit, l'environnement politique est un facteur qui participe de façon déterminante, à la définition et à l'expression du statut des juges auxquels la division sociale du travail a attribué le rôle d'arbitrer sur la base de règles établies les litiges sociaux. Le Niger, ancienne colonie française, connaît une pluralité des sources du droit. En effet, à côté de droits traditionnels propres aux diverses communautés ethniques et religieuses, il y a un droit dit moderne dont la principale source d'inspiration est l'État. Les juges dont il est question, dans cet article appartiennent à cette dernière catégorie juridique. Ils sont désignés sous le vocable de magistrats, ce qui les distingue d'autres juges traditionnels qui eux aussi participent à la résolution des conflits. Ainsi, par statut du juge, nous entendons d'abord un ensemble de prescriptions légales au sens large du terme qui permettent d'identifier les juges par des critères préétablis, de définir par des actes leur zone de compétence et qui fixent les procédures d'exercice de leurs attributions. Ces prescriptions constituent le statut formel du juge-magistrat. Au Niger, l'expression juridique la plus achevée est la loi portant « statut de la magistrature ».

Cependant, peut-on déterminer le statut du juge en Afrique à partir des prescriptions légales qui forment le droit positif mais dont l'ineffectivité n'a cessé d'être rappelée depuis au moins une trentaine d'années, date d'accession à la souveraineté de la majorité des pays africains. Pour éviter le piège du formalisme desséchant sans emprise sur la réalité, il importe d'élargir l'angle d'observation par l'inclusion des pratiques qui se développent à la marge et qui participent dans une large mesure à déterminer l'identité du juge et sa place au sein des institutions publiques.

Maintenant, se pose la question de la pertinence d'une mise en relation entre statut du juge et la démocratisation dans un contexte politique marqué justement par des controverses sur la réalité et la consistance de ce phé-

nomène politique. Par démocratisation, on désigne un arrangement institutionnel qui permet une plus grande participation des citoyens au choix de leurs dirigeants. Elle revoie moins à une substance qu'à un ensemble de procédures et à une forme d'organisation politique. La démocratisation au Niger se décline ainsi sous la forme de passage d'un régime monolithique à un régime issu d'élections pluralistes et compétitives. Les éléments visibles de ce passage à la démocratie sont : l'adoption d'une constitution libérale, qui garantit les droits de l'homme en 1992 et l'organisation des élections réellement compétitives en 1993 ayant abouti à une alternance politique. La survenance de deux coup d'État militaires en janvier 1996 et avril 1999 peuvent être considérés comme des accidents de parcours qui viennent rappeler à la fois les obstacles à la mise en place d'État démocratique mais aussi et surtout le caractère réversible du processus qui n'est jamais à l'abri de retour en arrière. Cette communication pose l'interrogation sur la place et le rôle des juges dans une société en constante mutation.

La position du juge est un site d'observation pertinent de l'avancée démocratique d'un pays en ce qu'elle renseigne sur sa marge de manœuvre vis à vis des autres pouvoirs et sa capacité à répondre aux demande citoyennes de justice. L'exercice du métier du juge, signifie qu'il faille faire face à de multiple pressions émanant des parties engagées dans la procédure car, chacune tient à gagner. Dans le contexte africain, ces pressions ont été pendant longtemps le fait de la puissance publique, ou plus exactement des détenteurs de celle-ci. L'usage abusif de la justice (1) dans un contexte autoritaire décourageait tout recours aux tribunaux. Et même quand ce tabou est bravé par le citoyen, il devra s'attendre à la résistance du juge à instruire son dossier (2). Seules quelques affaires qui relevaient du domaine strictement privé étaient examinées sans crainte, dans la mesure où leur incidence sur la vie publique était presque nulle.

Dans le cas qui nous intéresse, on peut avancer l'hypothèse de la difficulté à opérer la rupture avec le passé (3), en ce que la démocratisation est loin de traduire un affranchissement des juges de la tutelle politique dans la

(1) Pour quelques illustrations, voir DEGNI-SEGUI, René (1998), *Les Droits de l'Homme en Afrique Noire Francophone (théories et pratiques)*, Abidjan, 196 p.

(2) Sous les régimes autoritaires (civils et militaires), la procédure de classement sans suite est le moyen le plus utilisé par les magistrats pour ne pas examiner les requêtes au fonds. Cela est surtout valable pour le contentieux administratif. Entre 1960 et 1980, la Cour Suprême du Niger a rendu seulement deux arrêts en matière administrative. L'ouverture politique sera suivie d'un accroissement de la jurisprudence administrative.

(3) Voir DU BOIS DE GAUDUSSON Jean et CONAC Gérard, dir. (1990), *La Justice en Afrique*, *Afrique Contemporaine*, N° 156 (spécial), 4e trimestre.

laquelle ils ont été maintenus par les régimes politiques précédents (4). C'est ainsi que dans une première partie on abordera les paradoxes de la démocratisation sans réforme judiciaire, ensuite on examinera le comportement des juges qui dans les fait sont passés d'une position passive vers un activisme et ce, en dépit de quelques obstacles, notamment le conservatisme de la « vieille garde judiciaire ».

I. – Démocratisation sans réforme judiciaire : un paradoxe ?

Le processus de démocratisation n'est jamais complètement achevé. Il est en constante renégociation entre les élites du pays. Il est caractérisé aussi bien par des avancées (5) (alternance présidentielle en 1993), que des reculs pouvant aller jusqu'à sa remise en cause (Coup d'État militaire en 1996 et 1999) (6). Si le pluralisme et les élections ont été des signes d'un certain succès, en revanche la justice est restée le parent pauvre de la démocratisation . En dépit de la revendication d'une justice indépendante, lors des mobilisations populaires (7), l'institution n'a pas été affectée par les réformes institutionnelles aussi bien sur le plan organisationnel que le statut du personnel.

A. – *L'organisation judiciaire : les pesanteurs du passé*

Les constitutions successives de la République du Niger ont toutes mentionnées la place de l'institution judiciaire dans l'organisation des institutions centrales de l'État. Ainsi, la première constitution de l'État indépendant en date du 8 novembre 1960 comporte une disposition à propos « de l'autorité judiciaire » (Titre VII), celle du 24 septembre 1989 évoque l'auto-

(4) Le Niger a connu entre 1960 et 1999, seulement 5 ans de régime démocratique contre 14 ans de monopartisme (1960-1974) et 20 ans de régimes militaires (1974-1991 et 1996-1999). Voir Raynal, Jean-Jacques, *Les institutions politiques du Niger*, Sépia, 1993; Issa Abdourhamane Boubacar, *Crise institutionnelle et Démocratisation au Niger*, CEAN-IEP, Talence, 1996, 120 p.; Voir Dagra Mamadou, « Le Code Electoral Nigérien du 16 avril 1996 : Facteur de Renouveau Démocratique et de Stabilité ? », *Revue Nigérienne de Droit*, pp. 15-51.

(5) La transition politique et les élections de 1993 ont abouti à une alternance au sommet de l'État avec l'élection de Mahamane Ousmane au titre de Président de la République.

(6) Le Coup d'État de 1996 qui a porté le Général Ibrahim Baré Mainassara au pouvoir, puis son renversement par un autre putsch en date du 9 avril 1999, montrent que la consolidation de la démocratie n'est jamais à l'abri des interventions de l'armée qui prétexte des crises politiques pour prendre le pouvoir.

(7) La revendication démocratique s'est généralisée au Niger avec les mobilisations populaires pour exiger l'identification et la sanction des présumés responsables de la répression d'une manifestation estudiantine qui s'est soldée par trois morts et plusieurs blessés à Niamey, en février 1990.

rité judiciaire (Titre VII), la constitution adoptée le 26 décembre 1992, elle parle pour la première fois de pouvoir judiciaire (Titre VII), même si ce titre ne comporte pas un contenu qui la distingue des précédentes formules. La dernière constitution adoptée le 12 mai 1996 (8) n'a rien changé à ces dispositions, de même que la dernière en date du 17 juillet 1999.

Au plan formel, le système judiciaire nigérien, est organisé de façon verticale avec au sommet la Cour suprême et à la base les tribunaux et justice de paix. Entre ces deux niveaux, on retrouve les Cours d'appels de Niamey, la capitale, et Zinder la seconde ville du pays. Cette structuration organisationnelle montre la continuité du modèle hérité de l'ancienne puissance coloniale française. Elle a connu peu de modification depuis la première loi votée quelques temps après l'accession à l'indépendance (9).

Quant à l'expansion de l'appareil judiciaire sur l'ensemble du territoire (10), elle s'est faite de manière progressive. Si les principaux centres urbains du pays ont été très tôt dotés de juridiction, en revanche les habitants des provinces ont, quant à eux, longtemps attendu la construction d'un palais de justice dans leur localité (11). Dans les section de tribunaux (Justice de paix), on ne trouve qu'un seul juge qui doit faire tout en même temps : instruire le dossier et le juger. Le déficit du personnel judiciaire qualifié a obligé l'État a faire recours à des auxiliaires moins qualifiés et autres juges traditionnels pour le règlements de petits litiges locaux. Ce qui montre la volonté des pouvoirs publics de privilégier la méthode de la conciliation en impliquant les autorités traditionnelles, notamment les Chefs de villages, cantons et provinces. Malgré tout, l'accès au juge reste aujourd'hui encore pour les citoyens nigériens, un défi que l'État doit pouvoir relever pour faire avancer l'idée de l'État de droit (12).

B. – *Le statut formel des juges : statu quo*

Du point de vue législatif, c'est l'ordonnance du 7 janvier 1988 portant statut du corps de la magistrature qui définit la notion de juge. Par juge, on désigne ici, tout agent de l'État qui, en vertu d'un acte de nomination,

(8) Voir Gérard CONAC, Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, Christine DESOUCHES, *Constitutions africaines*, Documentation française, Paris, 1998.

(9) Les juridictions de la République du Niger sont régies par la loi n° 62-11 du 16 mars 1962, *Journal Officiel de la République du Niger*, avril 1962, p 116.

(10) Pour une analyse de l'organisation du système nigérien, voir l'intéressant article de Maryse RAYNAL, « La diversité dans l'unité : le système juridictionnel nigérien », *Penant*, n° 805, janvier-mai 1991, pp. 61-110.

(11) Pour un territoire vaste de 1 267 000 km2, on compte une Cour d'État, 2 Cours d'appel, 8 Tribunaux de Première Instance et 35 sections de tribunaux (Justice de paix).

(12) Voir BADIANE Alioune, VANDER SHUEREN Franz, DIAGNE Pathé, *Pauvreté Urbaine et Accès à la justice en Afrique : impasses et alternatives*, Paris l'Harmattan, 419 p.

exerce une activité de jugement soit au niveau du siège, soit au niveau du parquet dans une institution judiciaire appartenant à l'organigramme officiel de l'appareil judiciaire du Niger et qui est régit par le statut de la magistrature. Cette délimitation a l'avantage d'exclure les autres personnes faisant office de juges mais qui n'appartiennent pas à cette catégorie (13). L'ordonnance de 1988, définie la hiérarchie des magistrats, leur rapport avec le reste du système politique et administratif, la procédure de promotion, le régime de sanction. Au terme de l'article 21 (14) de celle-ci, les magistrats sont organisés dans le cadre d'une hiérarchie répartie en 3 grades. Chaque grade comporte des échelons allant de 1 à 7. Le 1er grade comprend un échelon unique et il regroupe les magistrats de la Cour suprême, les Présidents des Cours et les Procureurs généraux ainsi que les magistrats professionnels, Présidents et Procureurs généraux des Cours spéciales. Le 2e grade, comporte quant à lui 4 échelons. Il comprend, les magistrats des Cours d'appel, les Présidents des Tribunaux de première instance et les Procureurs près ces juridictions. Le 3e grade, enfin est composé de sept échelons. Il regroupe tous les magistrats professionnels qui ne sont pas membres des deux premiers grades. Il convient de préciser que la périodicité de passage d'un échelon à un autre a été fixée à deux ans.

Les magistrats sont également soumis à un régime de notation en vertu de l'article 34 de l'ordonnance de 1988. Ainsi au terme de celui-ci, c'est le Président du Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM), qui n'est autre que le Président de la République, qui attribue une note au Président de la Cour Suprême. Ce dernier à son tour attribue des notes à ces collègues membres de la Cour, ainsi qu'à tous les magistrats du siège de l'ensemble du pays. Quant au Procureur Général près la Cour Suprême, il est noté par le Ministre de la justice. Le Procureur général à son tour attribue des notes à tous les autres magistrats du Parquet. Le contrôle hiérarchique du parquet s'opère sous l'autorité du Ministre de la justice (article 4 de l'ordonnance de 1988).

Il importe de noter toutefois, que le pouvoir de surveillance du Président de la Cour suprême sur les magistrats du siège, s'opère sans aliéner la liberté de juger (article 3 de l'ordonnance de 1988). L'autorité du pouvoir exécutif s'exerce aussi à propos de la nomination des magistrats du siège. Leur nomination est faite par décret présidentiel sur proposition du Ministre de la justice et après avis du Conseil supérieur de la magistrature (article 5 de l'ordonnance de 1988). Ces magistrats du siège sont inamovibles sauf avis favorable du CSM (article 7 al. 1) ou lorsque les nécessités du service l'exige

(13) Les magistrats du Niger sont actuellement régis par l'Ordonnance n° 88-001 du 7 janvier 1988, *Journal Officiel de la République du Niger*, 15 janvier 1988, pp. 57-63. Leur statut ne s'étend pas aux autres auxiliaires de justice et aux juges d'occasion notamment ceux des Cours d'assises.

(14) Voir ordonnance, *op. cit.*

(article 7 al. 2), ce qui laisse un certain pouvoir discrétionnaire à l'exécutif dans la mesure où, il est le seul à pouvoir contrôler la notion de nécessité de service. Pendant longtemps, ces nominations se sont faites sans grande difficulté, mais depuis quelques années, les magistrats n'hésitent pas à dénoncer les affectations qu'ils jugent arbitraires (15). Enfin, les magistrats sont interdits de se livrer à « toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions » (article 17 al. 2). En 1997, un magistrat, ancien Ministre de l'intérieur sous la 3e République a été radié suite à une procédure disciplinaire. Il lui a été reproché son activisme politique incompatible avec le statut de magistrat (16).

On peut conclure à ce niveaux que la législation organisant la profession judiciaire n'a pas fait l'objet de modification substantielle avec l'avènement du pluralisme politique. Et l'analyse stratégique de la répartition des prérogatives entre les divers acteurs et organes impliqués dans le processus de la politique judiciaire montre encore la prédominance du pouvoir Exécutif.

C. – *Prédominance de l'exécutif dans le fonctionnement judiciaire*

En Afrique, le contrôle de la justice par le pouvoir exécutif est loin d'être une simple illusion de l'esprit. Bien sûr, un peu de contrôle est toujours justifiable par la nature même de la justice, qui après tout reste un service public. Dès lors comment ne pas accepter qu'elle soit subordonnée au pouvoir hiérarchique, y compris pour son bon fonctionnement ? Loin de défendre l'idée d'une organisation judiciaire sur laquelle l'État n'aura aucune capacité d'orientation et qui pouvait conduire « au gouvernement des juges ». Il semble néanmoins qu'au Niger, le dispositif organisationnel actuel n'est pas forcément neutre. La raison tient au fait qu'il peut servir à cacher un contrôle subtil de la magistrature par le pouvoir exécutif. Il importe de souligner que de très importantes prérogatives sont du ressort du Conseil Supérieur de la Magistrature. Or cette instance est composée en grande partie de membres de l'Exécutif, ou du moins de personnalités nommées par celui-ci. Dans ces conditions, le doute sur son indépendance devient quelque peu légitime. Si l'on ajoute le contexte politique caractérisé par la confusion des pouvoirs, que ce soit sous le régime civil ou militaire, l'hypothèse de l'hégémonie de l'Exécutif n'en est que renforcée.

Du reste, l'économie politique de l'organisation de l'appareil judiciaire fait apparaître quatre acteurs principaux : le Président de la République qui

(15) Voir Alternative du 30 octobre 1997, p. 8 qui a fait cas de la mutation de plusieurs membres du syndicat autonome des magistrats du Niger (SAMAN) à l'intérieur du pays à la suite d'une réunion du conseil supérieur de la magistrature.

(16) Le Décret n° 97-185/PRN/MJ/DH du 14 mai 1997 précise que la sanction de l'admission à cesser ses fonctions est infligée à (...) pour exercice d'activités politiques incompatibles avec ses fonctions de magistrat, *Journal Officiel de la République du Niger*, 15 juin 1997, p. 629.

préside le Conseil supérieur de la magistrature, le Ministre de la Justice qui assure la tutelle sur le parquet, le Président de la Cour Suprême et le Procureur général près la Cour qui supervisent respectivement les juges assis et débout. Les régimes politiques qui se sont succédés ont, chacun à sa manière essayé de contrôler l'appareil judiciaire par le biais des nominations. Plusieurs magistrats du 1er et 2e grade dans la hiérarchie ont connu des passages plus où moins longs au sein des équipes gouvernementales. Ainsi, en dix ans plusieurs magistrats ont effectué des aller-retour passant des fonctions judiciaires aux fonctions politiques et vice-versa (17). La plupart des juges concernés occupent des positions assises ou débout au niveau de la Cour suprême, ce qui conduit à s'interroger sur l'indépendance de ces derniers vis de vis de l'exécutif, même si cela doit être nuancée compte tenu du fait que cette juridiction (Cour suprême), comporte de nombreux magistrats qui siègent dans plusieurs chambres. Si la nomination des magistrats comme Ministre de la justice est un choix discrétionnaire et qui est souvent justifiée par l'appartenance du Ministre au corps de la magistrature, il n'en demeure pas moins que leur présence ne s'est pas traduit par un changement et des réformes du système judiciaire nigérien. On peut, pour mieux illustrer le propos, évoquer le cas de la Cour suprême du Niger. Régie par une loi votée en septembre 1989, dans le contexte du parti unique, l'organisation, le fonctionnement et les attributions de l'institution n'ont pas été touchés par les réformes des textes fondamentaux initiées par la Conférence nationale et poursuivies par les législatures successives (1993, 1995 et 1996 (18)). Pourtant le fonctionnement de cet appareil judiciaire n'a pas été capable de répondre par le passé aux attentes des justiciables. L'inscription de la question de la justice à l'ordre du jour de la Conférence nationale du Niger en constitue la preuve.

D. – *Conférence Nationale : combler le déficit judiciaire du passé*

Comme dans d'autres pays africains, le Niger a organisé une Conférence Nationale Souveraine dont les travaux ont duré trois mois (29 juillet au 3 novembre 1991). Durant sa session, la Conférence s'est engagée à faire la lumière sur les trois décennies de gestion du pays. C'est dans ce cadre qu'elle mettra en place la Commission chargée de faire la lumière sur les crimes et

(17) Plusieurs magistrats en fonction à la Cour Suprême ou à la Cour d'appel de Niamey ont occupé divers postes ministériels. A titre d'exemple, tous les Présidents nommés à la tête de la Cour Suprême ces dix dernières années ont occupé au moins un poste ministériel.

(18) Législature de l'Alliance des Forces du Changement (AFC) qui a soutenu le Président Mahamane Ousmane de 1993 à 1994, dont l'éclatement conduira à la première cohabitation au Niger, qui se terminera par un coup d'État militaire en janvier 1996. Pour une analyse de cette période politique du Niger, voir Issa BOUBACAR ABDOURHAMANE, *op. cit.*

abus politiques, sociaux et culturels (19). Composée des délégués des principaux groupes (20) représentés à la Conférence, elle sera chargée de procéder à des investigation en vue de faire la lumière sur des affaires restées sans suite judiciaire. Pendant et même après la Conférence nationale, d'autres plaintes et réclamations lui seront adressées par des citoyens qui s'estimeront lésés dans leurs droits. Les dossiers examinés portaient aussi bien sur des violations des droits humains (assassinats, meurtres, emprisonnements arbitraires), des atteintes aux institutions (tentatives de renversement de régime, insurrections armées), des atteintes aux biens publics (détournements, trafics, ...etc.). La retransmission en direct des débats de la Conférence par la radio et la télévision donnait l'impression d'un véritable déballage public. Les dignitaires et autres hauts fonctionnaires de l'État devaient répondre aux questions et éventuellement se défendre des accusations qui sont portées contre eux.

Pour faire son travail sans entrave, la Conférence renonça au principe de l'autorité de la chose jugée et à l'imprescriptibilité des infractions prévues par le code pénal du Niger (21). Les organisations de défense de droits de l'homme ont dénoncé cette procédure considérée comme contraire aux lois en vigueur et aux conventions que le Niger a ratifiées.

Les défenseurs de la commission justifiaient les pouvoirs qui lui ont été conférés par le fait qu'au moment de la survenance de ces crimes et délits, le contexte politique ne permettait pas d'engager des actions en justice (22). Avec un régime autoritaire et de surcroît militaire, les oreilles des juges n'entendaient point les appels au secours des justiciables. La solution initiée par la Conférence nationale pouvait dans une certaine mesure être justifiée par le caractère exceptionnel et inédit de la situation politique du pays : régler les contentieux du passé dans l'espoir d'un avenir meilleur. L'expérience devait être une simple transition car à terme, les juges ordinaires allaient de nouveau retrouver la plénitude de leur compétence par la saisine de leurs juridictions. Mais, au lieu de cela, on a assisté à une succession de

(19) Acte n° 5/CNS du 14 août 1991 en son article 3 dispose que « la commission a pour mission de rechercher, d'enquêter et de recenser tout acte, comportement ou fait susceptible d'engager la responsabilité politique, administrative, pénale et/ ou civil de leur auteur ».

(20) Ces groupes dont chacun possède une voix en cas de vote sont : le pouvoir, les partis politiques, le syndicat des travailleurs, le syndicat des étudiants, le groupement des associations, le patronat et le monde rural

(21) L'article 7 de l'acte 5 dispose que « les délais de prescription des poursuites contre les auteurs de crimes, délits, abus politiques, économiques, socioculturels, l'autorité de la chose jugée ne sont point opposables à la présente commission; les juridictions compétentes saisies des affaires jugeront conformément à l'aliéna précédent ».

(22) Dans un arrêt rendu par la Chambre administrative de la Cour Suprême, le juge n'a pas accepté l'argument du contexte politique autoritaire comme élément d'excuse pour que le justiciable ne respecte pas les délais de recours. Voir Cour Suprême : Arrêt 93-3/Chambre administrative du 7 janvier 1993.

commissions chaque fois que le régime changeait de mains (23). La création de ces commissions *ad hoc*, parallèlement aux juridictions ordinaires, traduit la difficulté de banaliser la justice. Cette état de fait est aussi le résultat des stratégies d'instrumentalisation et y recourir parfois, traduit moins l'idée de faire respecter des règles que le souci d'affaiblir les adversaires politiques.

II. – Les magistrats en quête de leur indépendance

Si formellement la justice n'a pas été affectée par le changement politique, en revanche dans les faits on a assisté à un sérieux pas en avant dans le sens de la restauration de la crédibilité des juges qui ont entrepris de conquérir leur indépendance en créant un syndicat de magistrats. Le contexte politique démocratique a donné l'opportunité de tester la solidité de cette indépendance grâce à la participation des magistrats à l'arbitrage du jeu politique. Néanmoins, il faut souligner que la crise de l'État reste aujourd'hui la contrainte la plus pesante pour l'autonomisation des juges nigériens.

A. – *Création du syndicat de la magistrature*

L'organisation des magistrats en syndicat remonte à la Conférence nationale. Lors de ce forum, les prestations des magistrats de la Cour suprême considérés comme proches du régime en place n'ont pas été du goût de tous. À l'instar d'autres couches de la société, les magistrats ont décidé de créer leur organisation syndicale dans le but de contribuer à la promotion de la démocratie au Niger. Cet acte peut être interprété comme, une tentative d'autonomisation des jeunes magistrats vis à vis de, l'appareil judiciaire traditionnel, qui leur offrait peu d'espace pour s'exprimer. C'est aussi le moyen d'expression démocratique de leurs opinions en dehors des prétoires, une façon d'échapper à l'obligation de réserve auxquels ils sont tenus. Ainsi, ils assurent leur distance vis à vis de l'exécutif qui a une tendance naturelle à vouloir contrôler les magistrats.

Leur contribution à la promotion de l'État de droit aux côtés des organisations de défense de droit de l'homme consiste souvent en des actions de vulgarisation du droit (24). Mais les pouvoirs publics ne voient pas toujours d'un bon œil cet activisme des juges. Le Gouvernement n'a pas hésité à

(23) Gouvernement de Hama Amadou (1995), Baré Mainassara (1996), Daouda Mallam Wanké (1999).

(24) Plusieurs bailleurs de fonds comme la Coopération française et l'Ambassade des États Unis apportent un appui logistique et financier aux actions initiées par les magistrats.

interdire la tenue en janvier 1997 d'un séminaire (25) en vue du renforcement de la capacité de protection des droits par la police. Mais les juges ne restent pas passifs face au pouvoir et à tous ceux qui tentent de remettre en cause leur autorité. C'est dans ce cadre que les magistrats en activité dans la capitale ont organisé une marche pacifique au terme de laquelle ils ont remis leurs robes au Ministre de la Justice en demandant au gouvernement de faire respecter la loi (26). Dans le cas d'espèce, ils protestaient contre l'enlèvement par des policiers d'un de leur collègue placé sous mandat dépôt, suite à une plaine déposée au bureau du juge. Par ce geste, les juges entendaient rendre effective une décision de justice que tentaient de remettre en cause les policiers qui sont du reste des auxiliaires de la justice.

L'activisme de la magistrature, en particulier de sa fraction la plus jeune ouvre une sorte de conflit de génération. Ce dernier oppose les vieux magistrats moins engagés et plus enclins à un rôle passif aux jeunes magistrats en activité dans les tribunaux et les justice de paix qui cherchent à bousculer le statu quo. L'intervention des juges pour arbitrer le jeu politique a été l'occasion d'expression de conflit de générations entre les juges.

B. – *Les juges à l'épreuve des défis politiques*

Il importe de rappeler que les régimes qui ont dirigé le Niger avant la tenue de la Conférence nationale souveraine n'ont pas toujours eu besoin de recourir à la justice classique. Les juridictions d'exception et autres tribunaux militaires ont fait le travail (27), épargnant ainsi les juges ordinaires des décisions qui auraient alors conduit nombre d'entre – eux à sacrifier les principes généraux enseignés dans toutes les écoles de droit (28). D'où la relative clémence vis à vis de la magistrature pendant et au lendemain de la Conférence nationale. Il faut aussi noter l'engagement de quelques juges aux côtés des forces démocratiques. L'expertise des juges est à la fois un gage du respect des droits humains et aussi un moyen de légitimation des décisions ne pouvaient être ignorées. La sollicitation des juges pour diriger la Commission Électorale Nationale Indépendante (CENI) a été constante quelle que soit la nature du régime politique en place.

(25) Le séminaire organisé par le SAMAN avec l'assistance des bailleurs de fonds a presque été interdit par le pouvoir en place qui l'a perçu comme une entreprise de déstabilisation

(26) Alternative du 5-11 juillet 1995.

(27) Au Niger, depuis l'accession à l'indépendance, les différents régimes ont généralement fait recours à des juridictions d'exception pour connaître des affaires sensibles comme les tentatives de renversement de régime (Cour de Sûreté de l'État, Cour martiale), les malversations financières (Cour Spécial créée en 1987 et dissoute en 1991). Même la Conférence nationale n'a pas échappé à cette logique car elle a installé La Haute Cour de Justice qui a procédé à l'unique jugement portant sur le meurtre d'un prisonnier.

(28) Il faut noter tout de même que parfois derrière les juges militaires de la Cour martiale, des magistrats ordinaires n'ont pas manqué de jouer le rôle de conseillers assistants.

Ainsi, la CENI qui a supervisé le référendum et les élections législative et présidentielle de (1993) avait a sa tête Maïdagi Maïnassara, vice-Président de la Cour d'Appel de Niamey. Il supervisera également les législatives anticipées de 1995 après la dissolution de l'Assemblée nationale par le Président de la République. En 1996, le régime militaire dirigé par le Général Ibrahim Baré Maïnassara le reconduira à la tête de la Commission dans le cadre de la mise en place des institutions de la IV^{e} République. Mais la CENI sera dissoute en juillet 1996 avant même d'avoir proclamé les résultats. Le régime va nommer Oumara Mamane, un juge à la Cour Suprême pour remplacer le Président évincé. Pour les élections législatives de novembre 1996, c'est à un autre magistrat, Tiousso Garba, en poste à la Cour d'Appel, qui sera appelé. Enfin, en 1999 c'est à un autre juge, Laouali Dan Da, Secrétaire Général du Syndicat des magistrats, qui acceptera de présider la CENI chargé de l'organisation des élections locales dont la tenue devrait contribuer à apaiser la tension politique (29).

La communauté des magistrats n'a pas été épargnée par les luttes politiques dans la mesure où ses membres étaient sollicités pour légitimer parfois les actes et comportements. La conséquence immédiate est la naissance de conflit entre d'une part les juges qui aspirent à plus d'indépendance et ceux qui tentent de jouer en faveur du pouvoir en place. En 1996, par exemple, les magistrats, réunis au sein de leur syndicat, ont condamnés la dissolution de la CENI et demandé à tous les magistrats le boycott de toute autre supervision électorale. La consigne n'a pas été respectée par les juges de la Cour Suprême dont un des membres a été nommé à la tête de la Commission électorale. Par la suite, la Cour a accepté de valider les résultats malgré les fraudes, confirmées par des observateurs indépendants (30). Lors des élections locales en février 1999, on a assisté à une polémique entre le Président de la Commission, le Juge au Tribunal de Niamey, Laouali Dan Da, Sécrétaire général du syndicat des magistrats, avec le Procureur général près la Cour Suprême, Soli Abdouramane, à propos de la publication des résultats électoraux (31). Ces épisodes témoignent au delà du contenu des débats d'une lutte de génération entre les magistrats. Mais, au delà de ces conflits, le processus politique a permis une plus grande visibilité de la justice et les saisines des juges ont augmenté en particulier en matière constitutionnelle et administrative. Par le passé, le contentieux administratif était quasi

(29) La tension résultait de la contestation par les partis de l'opposition des élections présidentielles de juillet 1996 caractérisées par des fraudes massives.

(30) Issa Boubacar Abdourhamane, *op. cit.*

(31) Le Procureur Général a déclaré à la presse que la Commission électorale n'avait pas le droit rendre publics les résultats des élections, alors que le Président de la CENI estime que la publication n'est pas contraire à la loi.

inexistant (32), il est aujourd'hui en pleine expansion. Alors qu'entre 1960 et 1980, on ne comptait que 2 arrêts en matière administrative, la jurisprudence de la Chambre administrative de la Cour suprême a explosé depuis le début de la démocratisation : 8 arrêts en 1992, 12 en 1993, 15 en 1994, 21 en 1995, et enfin 36 en 1996 (33). Les juges n'hésitent même plus à faire le procès du passé, au moment où les ordres verbaux du Chef de l'État tenaient lieu de lois à exécuter (34). Ces progrès enregistrés ne doivent pas masquer le contexte général dans lequel évolue les juges et qui constitue à terme une contrainte sur leurs actions.

C. – *La crise de l'État : une contrainte permanente*

L'État nigérien traverse une crise économique grave depuis le début des années 80. A cette situation s'ajoute une instabilité politique et institutionnelle chronique depuis 1990. Le pays a connu deux coup d'État militaires en 3 ans et 4 Chefs d'État en 9 ans. Cette instabilité à conduit à l'échec de tous les programmes de relance économique entrepris par les Gouvernements en relation très souvent avec les bailleurs de fonds bilatéraux et multilatéraux. L'État se trouve aujourd'hui dans l'incapacité d'assurer les salaires de ses fonctionnaires, notamment les magistrats. Ceux-ci, comme les autres agents de l'État doivent attendre plusieurs mois avant de les percevoir. De même, les juridictions n'ont plus les moyens d'assurer un fonctionnement acceptable du service de la justice. Cette situation place les juges dans une position difficile face aux justiciables. Ce qui affecte négativement leur quête d'indépendance et de crédibilité dans un domaine où ils sont parfois sollicités pour se prononcer sur des affaires avec des enjeux financiers importants, que ce soit au plan civil, commercial ou pénal. Les tentations sont grandes et parfois irrésistibles (35). Mais, il convient de ne pas généraliser la difficulté. C'est surtout en matière de droit de l'homme que des progrès restent à réaliser. En effet, le délitement de l'autorité de l'État a eu pour

(32) Voir G. APPOLIS, « La juridiction Suprême du Niger et le droit public », in G. CONAC et J. DU BOIS DE GAUDUSSON, (dir.), *Les Cours suprême en Afrique, Tome 3 : la jurisprudence administrative*, Paris, Economica, pp. 256-262.

(33) Voir Principaux arrêts de la Cour suprême du Niger, Nouvelle imprimerie du Niger, Niamey.

(34) C'est le cas notamment sous le règne du Général Seyni Kountché (1974-1987) au moment de nombreux citoyens se sont vu confisqué leurs droits. La Cour Suprême dans un arrêt 96-004/Ch Adm. a donné droit à la requête de citoyens qui se sont estimés exproprié sans dédommagement. Selon l'arrêt « en 1974, sur simple ordre verbal de Seyni Kountché, alors Président de la République, l'Office Nationale des Produits pharmaceutiques a occupé une partie de cette parcelle pour construire la pharmacie populaire Sonni Ali Ber.

(35) Ainsi plusieurs juges ont été mis en accusation pour leur implication présumée dans des affaires de corruption et détournement. Voir Arrêts de la Cour Suprême/ Ch. Pénale, 95-29 du 27 avril 1995, 95-37 du 8 août 1995 et 95-40 (1995).

conséquence de provoquer une multiplication des atteintes aux droits de l'homme, parfois par des organes de l'État échappant à tout contrôle, comme l'armée ou la police. Les abus des droits de la part de ces organes participent d'une certaine privatisation de la violence physique légitime de l'État au service d'intérêts particuliers, en tout cas suivant un usage non prévu par les lois. Dans le traitement de ces affaires, les juges se sentent parfois sans aucune protection de l'État. Or, leur démission sur ce terrain risque, s'ils n'y prennent garde, d'être pris en charge par le droit international de plus en plus soucieux de la protection des droits à l'intérieur des États suivant le principe de l'ingérence humanitaire.

Aujourd'hui, le regard porté parfois par le justiciable sur le juge est sévère. Il traduit sa crainte et son manque de confiance dans un appareil qui aurait dû être un moyen pour lui assurer une autre forme de participation politique beaucoup plus directe que le système électoral (36). En effet, les juridictions peuvent devenir un lieu de formulation de demande politique qui sont plus accessibles aux citoyens dans la mesure où elles requièrent peu de ressources et elles sont tenues à peine de déni de justice de fournir des réponses aux demandes formulées. Leur réforme et leur revitalisation seront déterminantes sur le difficile chemin de la construction d'États de droit en Afrique. Au moment, ou se termine cet article, quelques réformes du statut de la magistrature, ont été initiées par le ministre de la Justice (37), mais il est sans doute trop tôt pour juger de leur effectivité, qui dépendra de la volonté politique de les mettre en œuvre.

* *
*

I. – Bibliographie

Badiane Alioune, Vander Shueren Franz, Diagne Pathé, *Pauvreté urbaine et accès à la justice en Afrique : impasses et alternatives*, Paris l'Harmattan, 419 p.

Conac, Gérard, du Bois de Gaudusson, Jean, C. Desouches, Christine, (1998), *Constitutions africaines*, Documentation française, Paris,

Dagra Mamadou, « Le Code Electoral Nigérien du 16 avril 1996 : Facteur de Renouveau Démocratique et de Stabilité ? », *Revue Nigérienne de Droit*, N° 1, pp. 15-51.

Du Bois de Gaudusson Jean et Conac Gérard (1990), dir. *La Justice en Afrique*, *Afrique Contemporaine*, N° 156 (spécial), 4e trimestre.

Guarnieri Carlo, Patrizia Pederzoli (1996), *La puissance de juger*, Edition Michalon.

(36) Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli (1996), *La puissance de juger*, Edition Michalon.

(37) Après le coup d'État militaire du 9 avril 1999, le Secrétaire général du syndicat de la magistrature, laouali Dan Da, partisan des réformes dans le secteur, est devenu ministre de la Justice.

Ismaëla KONÉ, « Le statut du magistrats en Côte d'Ivoire », in Jean DU BOIS DE GAUDUSSON et Gérard CONAC, dir. (1990), *La Justice en Afrique, Afrique Contemporaine*, N° 156 (spécial), 4e trimestre, (pp. 121-127).

Issa ABDOURHAMANE, BOUBACAR, (1996), *Crise institutionnelle et Démocratisation au Niger*, CEAN-IEP, Talence, 120 p.

Maryse RAYNAL, « La diversité dans l'unité : le système juridictionnel nigérien », *Penant*, n° 805, janvier-mai 1991, pp. 61-110.

Mohamed Ali BATHILY et Amidou DIABATÉ, « Le magistrat : son statut et sa formation en République du Mali », in Jean DU BOIS DE GAUDUSSON et Gérard CONAC, dir. (1990), *La Justice en Afrique, Afrique Contemporaine*, N° 156 (spécial), 4e trimestre (pp. 128-134).

RAYNAL, Jean Jacques, *Les institutions politiques du Niger*, Sépia, 1993.

STONE, Alec, *The birth of judicial politics in France*, New York : Oxford University Press, 1992.

Loi n° 62-11 du 16 mars 1962, portant organisation juridictions de la République du Niger, *Journal Officiel de la République du Niger*, avril 1962, p. 116.

Ordonnance n° 88-001 du 7 janvier 1988, *Journal Officiel de la République du Niger*, 15 janvier 1988, pp. 57-63.

ACTE N° 3/CN DU 8 AOÛT 1991 PROCLAMANT LES ATTRIBUTS DE LA SOUVERAINETÉ DE LA CONFÉRENCE NATIONALE SOUVERAINE.

* *
*

Légalité et État de droit : statut et perception du juge de l'administration en Afrique noire francophone

Contribution à une réflexion transversale

PAR

JEAN-MARIE BRETON

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DES ANTILLES ET DE LA GUYANE (GUADELOUPE)

C'est peu d'affirmer que le juge et la justice sont aujourd'hui largement dévalorisés dans bon nombre d'États africains. Les échos que l'on peut avoir des sentiments et de l'attitude des justiciables vont parfois même au-delà de la vision que l'on en a de l'extérieur du continent, instruit seulement de ce que les médias répercutent de la politique et des problèmes de société locaux.

Toute généralisation est par essence excessive et caricaturale. Mais il s'agit cependant là, avec des nuances et des inflexions variables, d'un phénomène aussi manifeste qu'incontestable, que viennent confirmer les entretiens que l'on peut avoir sur place avec les parties en présence, juges aussi bien que plaideurs. Plus significative encore en est la portée s'agissant de la justice administrative, c'est-à-dire de l'efficacité et de la crédibilité de l'intervention du juge à l'endroit de l'administration, État et personnes publiques, dont tout un chacun doit être en droit d'attendre la reconnaissance et la protection de ses droits, face aux abus possibles des détenteurs du pouvoir et de la puissance publique.

Dès lors, l'institution judiciaire, constitutionnellement et légalement érigée en garant incontournable du respect de la légalité, comme de l'effectivité de l'État de droit, ne saurait esquiver la remise en question et la disqualification, latente ou manifeste, dont elle fait ici et là de plus en plus fréquemment et radicalement l'objet.

Il y a de cela plus de vingt-cinq ans, un connaisseur averti des réalités africaines et de la pratique du contentieux de l'administration constatait, dans une introduction à l'étude du problème, le caractère « peu concluant » des tentatives d'instauration d'un juge apte à connaître des activités de l'administration aux lendemains des indépendances africaines, eu égard à un premier bilan possible des résultats du contrôle juridictionnel de l'administration et des relations triangulaires du juge avec celle-ci et avec les admi-

nistrés (1). D'autres observateurs, tout aussi au fait de ces réalités, ont procédé à un constat similaire, plus récemment, en termes très comparables quant aux conclusions retenues (2).

Le juge de l'administration, c'est-à-dire soit proprement administratif, dans les systèmes contentieux dualistes, soit polyvalent dans les systèmes monistes, n'échappe ni aux questionnements, ni à la critique, alors même qu'il devrait constituer le centre de gravité déterminant d'un dispositif institutionnel et opérationnel à la fois support de la légalité et fondement de l'État de droit. Ce dernier lui doit son ancrage et sa viabilité face aux exigences essentielles de justice inhérentes au corps social, en termes de démocratisation, de participation, de contrôle et, partant, de responsabilisation.

Le statut du juge est-il à cet égard en cause ? Ou bien la recherche doit-elle s'orienter vers la conception même de l'institution judiciaire, ou vers la perception que l'individu peut avoir de l'un comme de l'autre, à travers leurs « performances » trop souvent, mais à juste titre, vécues comme décevantes, voire totalement négatives ?

On s'efforcera d'apporter quelques éléments de réponse à cette interrogation au triple niveau des relations du juge en cause avec l'administration, le politique et le citoyen. Ceci permettra de mettre successivement en lumière les imperfections de la fonction de contrôle juridictionnel de *l'administration* (I), les incertitudes de la situation et des relations du juge avec le *pouvoir* (II), et la crise conséquente de la perception de la fonction contentieuse par *l'administré justiciable* (III).

I. – Le juge et l'administration : les imperfections de la fonction contentieuse de contrôle de l'administration

La demande « sociale » en faveur de l'instauration, de la consolidation et de la pérennisation d'un État de droit est aujourd'hui de plus en plus forte dans les États africains, face aux nombreux dysfonctionnements et aux exactions imputables à la mal administration ou au déficit d'administration, a minima, aux abus de la puissance publique et d'un pouvoir dominant encore peu atteint par les effets d'une pseudo-démocratisation, dans les cas extrêmes, malheureusement encore trop fréquents. Parler d'État de droit et

(1) A. Bockel, *Le juge et l'administration en Afrique Noire francophone (Introduction à l'étude du problème)*, Pédone, Paris, 1973, p. 25.

(2) J.M. Breton, « Le contrôle juridictionnel de l'administration », *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, T. IV; LGDJ/NEA, Paris, 1982 et 1985; G. Conac, « Le juge et la construction de l'État de droit », *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996; J. du Bois de Gaudusson, « Trente ans d'institutions constitutionnelles et politiques, points de repères et interrogations », in *Afrique Contemporaine*, 1992, n° 4, p. 57; M. Kamto, *Pouvoir et droit en Afrique Noire*, LGDJ, 1987; etc.

de légalité constitue d'ailleurs une gageure, à cet égard et dans ce contexte, la réalité quotidienne en administre en quasi permanence la preuve, et les discours à ce propos, émanant de bons esprits *a priori* bien intentionnés, sont bien trop souvent académiques, conceptuels voire autosatisfaisants ou glorifiants, pour être véritablement crédibles. Et il est probable qu'il en sera encore assez longtemps ainsi (3).

Les effets de la carence constatée du contrôle juridictionnel de l'administration sont à la mesure de la nécessité qui s'y attache, eu égard aux considérations susévoquées, ce qui ne peut qu'en affecter la signification, telle qu'elle peut être perçue par ses destinataires, administrés en l'occurrence, et donc les perspectives tant politiques et économiques que culturelles et sociales, au sens le plus large.

A. – *La nécessité du contrôle juridictionnel de la légalité*

On ne reviendra ci-après ni sur le débat de fond sur l'État et sur les exigences de la légalité, ni sur les implications de l'insuffisance de celle-ci vis-à-vis du renforcement du pouvoir d'État. Les termes en sont connus, dûment circonscrits, et demeurent suffisamment d'actualité pour avoir suscité et continuer et générer de nombreuses réflexions pertinentes (4). Les insuffisances du contrôle juridictionnel de la légalité des interventions de la puissance publique, et notamment de son bras sculier qu'est l'administration, *largo sensu*, sont suffisamment manifestes pour qu'on ne les évoque que rapidement.

Le contrôle contentieux exercé par le juge sur l'administration constitue l'une des composantes essentielles du régime qui caractérise l'ordonnancement de la plupart des États africains francophones, « hérité » de la tradition juridique française. Son effectivité conditionne l'ensemble des paramètres dont dépendent les relations entre les pouvoirs instaurées par la Constitution, et donc la possibilité ou non pour le « droit de l'État » de s'affranchir de l'État de droit.

1. *Les fondements et la portée du contrôle juridictionnel*

La signification, la portée et la problématique du contrôle juridictionnel de la légalité sont présentées comme la clef de voûte d'un système administratif répondant aux présupposés susmentionnés, dans lequel le juge a le souci de sanctionner rigoureusement et efficacement l'obligation pour l'administration de se soumettre aux exigences de la loi. La nature et l'étendue

(3) Dans un sens comparable, P.F. GONIDEC, « L'État de droit en Afrique. Le sens des mots », *RJPIC*, n° 1, 1998, p. 3.

(4) J.M. BRETON, « L'État et la légalité : contribution à une dialectique de la démocratie (l'exemple français) », *RDP*, 1997, n° 1, 181 et s.

du contrôle du juge (notamment à l'endroit du pouvoir « discrétionnaire » de l'administration) sont à cet égard déterminantes pour donner en droit positif un contenu concret au principe de légalité (5).

L'effectivité et la crédibilité de cette démarche reposent à tout le moins conjointement sur la réalité de l'indépendance du juge vis-à-vis de l'administration (et, à travers elle, du pouvoir) contrôlée, ainsi que sur le perfectionnement technique du contrôle mis en œuvre à cet effet.

Le contrôle juridictionnel de la légalité n'en continue pas moins à s'avérer très insuffisant, dans les États considérés, ce qui génère des carences et des dysfonctionnements de nature à largement discréditer l'idée même de légalité autour de laquelle entend se bâtir l'État moderne démocratique et libéral.

Le problème est en l'occurrence double. Il met en cause aussi bien l'adaptation méthodologique du contrôle aux techniques modernes et largement renouvelées et diversifiées de gestion de l'État et des collectivités secondaires, que son inadéquation opérationnelle apparente aux besoins accrus et multiples de sociétés soumises à de rapides et profondes mutations.

2. *Légalité administrative et État de droit*

Si la justice administrative pose moins un problème de technique juridique qu' elle ne constitue un élément essentiel d'une vision *a priori* de l'État et de ses rapports à ses citoyens, le rôle qui est à cet égard le sien répond à un double postulat de cohérence et de prévisibilité. Il est en effet l'instrument et le garant d'une sécurité juridique tenant à un ordre qui répond à la finalité première de la règle de droit dont il appartient précisément au juge de sanctionner le respect.

La mission impartie à ce dernier est donc par essence ambivalente, dans l'application (principalement) voire dans la création (plus marginalement, dans le contexte africain) du droit. Elle l'investit à cet effet, dans le champ global de la légalité, d'une double fonction limitative (des incursions de l'administration hors du champ du droit) et permissive (des interventions de la puissance publique légitimées par les exigences de l'intérêt général). Le juge peut ainsi, par sa référence de principe permanente à la suprématie de la règle légale, asseoir objectivement son emprise sur l'administration, sans pour autant empiéter indûment sur la marge importante d'appréciation des

(5) A la condition préalable, supposée remplie (sous bénéfice d'inventaire) en l'occurrence, que soit reconnue et acceptée par les autorités administratives l'utilité même dudit principe et du respect du droit, ce qui n'est *a priori* ni obligatoire ni absolu. Nonobstant le fait que toutes ont prévu une sanction des violations de la légalité, il est pourtant permis de se demander, avec A. Bockel (*loc. cit.*, p. 29), si elles « sont parfaitement convaincues de la nécessité de sa mise en œuvre », dans la mesure où, si « le respect de la légalité est une question d'intérêt général, le problème du contenu et de l'adaptation de cette légalité (est) fort différent ».

intérêts en cause, et donc des buts et des modalités de son action, qu'il appartient à cette dernière de conserver.

Plus que dans le modèle français originel, le juge africain en charge du contrôle de l'administration est d'abord appelé à exercer une fonction à caractère technique, au profit de la suprématie, de la continuité et de la pérennité du droit et du régime administratifs, et, partant, de l'activité de l'administration telle qu'elle résulte de l'action régulatrice de celui-ci (son rôle « politique », aux sens axiologique et téléologique, demeure par essence plus limité, eu égard à l' « équilibre » institutionnel des pouvoirs et à la nature comme aux orientations des régimes en cause, ce qui, comme on le verra plus loin, conduit plus à y voir une simple autorité régulatrice, qu'un véritable pouvoir d'État).

En tout état de cause, la stabilité et l'autorité dont est porteuse la fonction impartie au juge de l'administration s'opposent en partie à la discontinuité constitutionnelle, c'est-à-dire à l'empirisme et aux aléas de la conjoncture politique et, de ce fait, des institutions proprement politiques qui en sont issues.

B. – *Les carences du contrôle juridictionnel*

1. *L'instrumentalisation de l'administration par le juge*

Si l'on considère que le modèle « libéral » est celui vers lequel déclare, avec plus ou moins de bonheur et de succès, vouloir s'orienter la majorité des États africains francophones depuis quelques années, ceci suppose à la fois la séparation et la subordination de principe de l'administration au pouvoir politique, mais également son insertion effective dans un cadre légal garanti par l'intervention du juge. En la soumettant au strict respect de la loi, le juge contribue ainsi en quelque sorte à « instrumentaliser » (6) l'administration au service de l'application de la loi et de la réalisation de ses finalités.

L'importance de la fonction qui revient à cet effet à celui-ci, qui en fait un pilier du régime administratif, trouve son principal fondement dans une volonté et des choix politiques qui entendent répondre à des options basiques et constantes de l'organisation gouvernementale et des rapports entre les pouvoirs. À la fois politique et volontariste, il explique et justifie que la justice « administrative » demeure proche de l'administration active, sans que toutefois celle-ci puisse ce faisant s'arroger un rôle qui excèderait sa mission strictement juridictionnelle (« dire », et non pas faire, le droit).

2. *L'objet et les limites de la fonction du juge*

La mise en œuvre effective du contrôle juridictionnel de la légalité administrative pose toutefois un certain nombre de problèmes, de nature conjoin-

(6) Cf. G. TIMSIT, *Théorie de l'administration*, Economica, Paris, 1986, p. 173.

tement théorique et pratique. C'est *a fortiori* le cas si l'on entend élargir ce contrôle à une approche extensive de la légalité « administrative », qui y intègre aussi bien les règles de droit public que de droit privé (pour autant et dans la mesure où l'administration peut être soumise, de manière plus ou moins large ici et là, à ces dernières).

Il appartient ainsi au juge de l'administration, quel qu'il soit (mais avec plus d' efficacité et de crédibilité, peut-on penser *a priori*, s'il s'agit d'un juge proprement administratif, pour autant que son instauration réponde à une dichotomie effective de l'ordonnancement juridique national), de remplir au profit des citoyens victimes d'illégalités une fonction restitutive au vu des violations de la « loi », afin d'imposer en toute circonstance, serait-ce de façon nécessairement nuancée dans certaines situations extrêmes, la prééminence du droit et, par là, de l'État (voire de l'état) de droit.

De là les difficultés concrètement rencontrées dans la sanction des illégalités, mais également dans la portée de celle-ci quant à l'applicabilité réelle des décisions de justice et à la capacité du juge – *de jure* – de l'imposer ou non à l'administration. L'absence de pouvoirs d'astreinte et d'injonction envers les personnes publiques, l'immunité traditionnelle de l'administration vis-à-vis des voies d'exécution, l'exécution de la chose jugée laissée *de facto* à sa seule bonne volonté (aléatoire ô combien, pour s'en tenir à cet euphémisme), sont en effet autant d'obstacles qui s'opposent à ce que le juge soit la plupart du temps en situation de pouvoir efficacement, le voudrait-il, endiguer les comportements publics ignorants du droit, *a fortiori* ouvertement contraires à celui-ci (le contentieux de la légalité n'étant à cet égard, comme le montre l'analyse attentive de la jurisprudence, que très partiellement et imparfaitement relayé par le contentieux complémentaire ou alternatif de pleine juridiction, c'est-à-dire de la responsabilité et de la réparation pécuniaire).

3. *Les enjeux et les conséquences*

Ce qui est fondamentalement en cause ici, c'est la conciliation de la cohérence et de l'efficacité de l'intervention du juge, telle que l'exprime sa jurisprudence, appelées à répondre à des objectifs souvent divergents, en raison de la persistance, dans un contexte politique spécifique, d'une inévitable réserve du juge envers l'administration, instrument et support du pouvoir. Il ne peut qu'en résulter un affaiblissement de l'efficacité attendue du contrôle juridictionnel de l'administration (7) et, à travers elle, des relations du juge et de l'exécutif, et donc une fragilité corrélative de l'État légal du fait de l'altération conséquente, faute de leur respect et de sa sanction, de

(7) A. MARION, « Du mauvais fonctionnement de la justice administrative et de quelques moyens d'y remédier », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 22.

la qualité et de l'effectivité des règles et des principes qui devraient en constituer les fondements.

Pour l'individu de base, l'homme de la rue, l'administré, les conséquences s'ex-priment en termes, objectivement, de déni de justice, et, subjectivement, de sentiment d'inféodation du juge au pouvoir et donc de quasi inutilité de celui-là, à travers aussi bien les hypothèses les plus manifestes dans lesquelles cette carence lui est opposée, que les formes plus insidieuses et pernicieuses qu'elle peut revêtir. La conséquence la plus apparente et négative réside alors dans l'impunité dont jouit (ou est réputée jouir, mais l'idée que l'on s'en fait prend souvent le pas sur la réalité des choses comme moteur des comportements individuels et collectifs) l'administration, du fait de la violation de la règle de droit, traduisant par là une capitulation chronique du droit devant le fait accompli (8), voire la force et le bon vouloir du « prince ».

On peut à cet égard affirmer sans grand risque d'erreur, au vu de la pratique aussi bien que de la jurisprudence, que, malgré d'incontestables avancées, si l'on se situe sur la longue période, sous l'effet d'une démocratisation « rampante », les difficultés accrues auxquelles se trouve paradoxalement de plus en plus fréquemment confronté le contrôle juridictionnel de la légalité, en même temps que la dévalorisation qui en résulte inévitablement (et dans certains cas limites quasi irréversiblement) pour les administrés, affectent à la fois sa valeur technique et sa portée « politique », tout au moins dans les secteurs classiques (autres que les interventions économiques de la puissance publique) de la fonction et de l'action administratives.

Il peut dès lors difficilement ne pas en résulter une crise aiguë endémique de la légalité et de l'État de droit, dès lors que l'amplification de ces difficultés et des blocages fonctionnels, voire institutionnels, qui en sont issus trouve sa source dans les conséquences qui tiennent à l'absence de véritable séparation, en fait sinon en droit, du juge et d'une administration au service d'un pouvoir d'essence monopolistique ou obéissant, malgré les progrès de la démocratisation, à une dynamique « essentielle » de cette nature.

C. – *La signification et les perspectives du contrôle juridictionnel*

La « loi », envisagée sous un angle formel, demeure certes prééminente. Mais, faute d'un contrôle et d'une sanction effectifs et efficaces de la positivité et de l'impérativité de son respect de la part du juge, elle tend quasi inévitablement à se cantonner dans un cadre normatif chroniquement

(8) D. LOSCHAK, « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 63.

dépourvu de force réellement contraignante (9), dès lors vidée de tout ce qui fait sa force et validité intrinsèques.

1. *Le bilan et l'impact de la fonction du juge de l'administration*

Si, l'on s'en tient, comme c'est le cas dans la présente analyse, au seul volet du contrôle de légalité qu'il revient au juge de l'administration de mettre en œuvre (à côté du plein contentieux, qui en est plus ou moins largement dissociable), la sanction du juge apparaît singulièrement laxiste, dans la réalité des choses, à l'endroit des fonctions traditionnelles de l'administrations inhérentes aux missions régaliennes de l'État. *A fortiori* en sera-t-il de même, mais de manière plus accentuée encore, au point de friser le vide juridique, des interventions économiques de la puissance publique, tant l'analyse de la jurisprudence montre, pour des raisons que l'on ne peut reprendre ici, la quasi absence des entrepreneurs et des partenaires économiques du domaine de ce contentieux.

La problématique en cause, somme toute assez complexe, se ramène finalement à celle d'un bilan du contrôle démocratique de régimes entendant se réclamer, de façon souvent abusivement incantatoire, d'un processus de démocratisation et de libéralisation, alors que leur système économique reste encore largement sous l'emprise de l'État et relève aujourd'hui encore de modèles sinon socialistes ou marxistes, tout au moins largement interventionnistes, centralisés et encadrés. Un tel contrôle voit les difficultés de sa mise en œuvre directement liées à l'étendue d'un pouvoir discrétionnaire jamais véritablement mis en cause (et qui n'a de ce fait aucune chance d'être limité ou lié en quoi que ce soit par un juge « défaillant ») dont continue la plupart du temps à disposer l'administration dans de très nombreux domaines.

Ces difficultés sont manifestement accrues, on l'a dit, par les obstacles aussi manifestes que classiques auxquels se heurte l'exécution matérielle de la chose jugée (le serait-elle), exécution imparfaite ou inexécution (10) qui n'a jusqu'à présent jamais pu être palliée (contrairement aux avancées récentes et positives de la loi française du 4 février 1995). Sans en mésestimer l'importance, on les mentionnera ici pour mémoire, ad referendum.

(9) J. CHEVALLIER, « L'État de droit », *RDP*, 1988. Sur cette question, voir les références mentionnées dans J.M. BRETON, *loc. cit.*, *supra*, note 4, notes 1 et 2.

(10) Sans parler des conditions d'exécution de la loi elle-même, qui posent un autre problème, bien réel, largement exacerbé dans le contexte africain, dans les relations d'un exécutif omnipotent et d'une assemblée souvent impuissante (voir J.M. BRETON, « L'obligation pour l'administration de mettre en œuvre son pouvoir d'exécution des lois », *R.D.P.*, 1993, p. 1749).

2. *Le juge entre raison d'État et conflits d'intérêts*

La référence à la légalité n'est certes pas une panacée, car tout dépend du contenu de la loi et de ce qu'elle peut « couvrir », ce qui demeure en tout état de cause extérieur à l'intervention du juge, qui n'a pas en principe à en apprécier la légitimité. La loi peut être injuste, inopportune, voire abusivement discriminatoire ou asservie à un pouvoir totalitaire. L'État de droit ne préjuge à cet égard que de la suprématie de la *summa lex*, non de sa valeur sociétale.

Mais la légalité ne saurait se limiter à la seule loi « législative » stricto sensu. Aujourd'hui, des sources externes, régionales ou internationales, viennent s'y superposer dans la hiérarchie des normes dont il revient au juge d'imposer le respect. Il n'est plus dès lors le seul agent d'application d'une loi qui le soumettrait aveuglément, mais de plus en plus le gardien d'un système juridique dont les principes sont d'essence supranationale, et peuvent conduire à écarter l'application de la loi contraire. Au sens de l'État de droit, le droit excède désormais la loi, le juge n'étant soumis qu'au premier et n'ayant de « comptes à rendre » qu'à celui-ci, et non au seul législateur.

L'analyse marxiste (11) a parfaitement mis en évidence en ce sens que la légalité, dès lors qu'elle remplit pour l'exécutif une fonction essentiellement gouvernementale, peut difficilement ne pas constituer la couverture idéologique de la domination d'une minorité sur l'ensemble des individus. Mais ceci ne saurait être imputé au juge, qui, pour autant qu'il entend à tout le moins ouvertement revendiquer son indépendance (serait-elle en réalité purement formelle) au regard du pouvoir, se trouve par essence disqualifié pour empêcher que le respect de la légalité, *in se*, indépendamment de son contenu, soit en fait un instrument de domination de classe, ou de rapports de forces factuels, par la caution contentieuse qu'elle apporte ainsi au pouvoir. La confusion qui en résulte dans l'esprit des citoyens, qu'elle soit ou non justifiée, ne peut toutefois qu'accentuer le désarroi et la perte de crédibilité de ceux-ci vis-à-vis d'un juge déjà largement – et souvent à juste titre – décrié.

Face aux hésitations, à la pusillanimité ou même à l'impuissance du juge, le souci du pouvoir d'État est alors de faire avaliser par l'organe législatif à sa disposition le droit qu'il entend secréter, et d'abriter sa politique à l'ombre d'une norme mythique au nom de la suprématie de laquelle il entend échapper à la censure, serait-elle purement technique, du juge.

Comme nous avons eu l'occasion de le souligner à propos de l'exemple français (12), à travers des conclusions qui ne peuvent qu'être amplifiées, sur ce point tout au moins, dans le cas africain le défi et l'enjeu sont en fin

(11) Par exemple, A. DEMICHEL, *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, LGDJ, 1978.

(12) J.M. BRETON, *loc. cit.*, *supra* note 4, p. 212

de compte ceux de la conception et de l'élaboration, dans le champ politico-juridique, de mécanismes, contentieux notamment, aptes à permettre à l'État, en tant que système aussi bien que pouvoir, de réaliser, à travers l'intervention voire la médiation régulatrices et légalistes du juge, un syncrétisme humaniste et social aussi volontaire qu'actif.

Le juge, et à travers lui la loi, ne peuvent y occuper la place privilégiée qui doivent être la leur, à l'aune des exigences démocratiques, que pour autant que la fonction du premier soit dûment revalorisée, et son intervention effectivement crédibilisée. Bien que fondamentalement d'essence juridique, la démarche qu'appelle un tel processus reste tributaire d'une volonté politique seule à même d'assurer la nécessaire et préalable redistribution des compétences entre les « pouvoirs » constitutionnels. Le juge ne saurait pour cette raison se voir imputer des carences qui ne sont pas de son fait, son emprise sur cette démarche, dès lors qu'il ne compte pas au nombre de ces pouvoirs, demeurant par essence limitée, même si les conditions et les modalités d'exercice des fonctions qui lui sont (résiduellement parfois) imparties peuvent parallèlement contribuer à en accentuer les effets négatifs.

II. – Le juge et le politique : les incertitudes de la situation et des relations du juge avec le pouvoir

Vaste question que celle à laquelle renvoie ce paragraphe, qui ne saurait être épuisée par les quelques remarques à venir. L'autoritarisme des régimes africains, et la centralisation comme la personnalisation du pouvoir dont ils sont les supports et les prétextes, lui confèrent une connotation particulière, et ajoutent à la complexité naturelle des relations de ses détenteurs et de ceux qui sont institutionnellement investis de la responsabilité d'en maintenir l'exercice dans des limites compatibles avec les droits individuels et les valeurs sociétales fondamentaux.

La justice est le reflet de la société, comme de ses problèmes et de ses carences. En renversant la proposition, on serait tenté d'écrire que toute société a (ou secrète) la justice qu'elle mérite, qui en reflète les contradictions, les incertitudes, les questionnements et les maux, « source illusoire d'équilibre général » ou « source nouvelle de valeurs communes » (13). Les mêmes auteurs rappellent que la justice, dans les sociétés occidentales modernes, a longtemps été cantonnée dans le jeu social et politique à n'être qu'une sorte d'administration, bénéficiant d'un statut d'indépendance en contrepartie de l'application courante des lois à l'encontre ou au bénéfice des personnes ordinaires, même si elle entend aujourd'hui se saisir plus déli-

(13) H. Haenel et M.F. Frison-Roche, *Le juge et le politique*, PUF, Paris, 1998, pp. 8 et 10.

bérément d'agissements financiers et politiques dont elle avait jusqu'alors été exclue (14).

La situation du juge vis-à-vis du pouvoir est à cet égard tributaire aussi bien du statut légal qui est le sien dans l'ordonnancement des pouvoirs de l'État, que de l'ambiguïté de son « statut » à l'endroit du politique, l'un et l'autre exigeant une clarification seule à même d'en rééquilibrer la place dans le système institutionnel et, partant, d'en revaloriser la perception par le justiciable.

A. – *Le juge et le pouvoir*

1. *La problématique de la dualité et de l'unité*

Il est inutile de revenir sur la problématique et sur le débat, en partie dépassés aujourd'hui, de l'unité et de la dualité de juridictions, s'agissant du contrôle contentieux de l'administration, qui a prévalu à l'époque des indépendances africaines, au moment où les nouveaux États ont dû opter pour un système juridictionnel qui fût l'expression de leur souveraineté nouvellement acquise. Beaucoup a été dit et écrit à ce propos (15), fort opportunément souvent, même si la balance des avantages et des inconvénients respectifs des deux systèmes n'a pas conduit à des solutions unanimement partagées.

Il semblerait toutefois que celle-ci penche plutôt en faveur d'un contentieux de type dualiste, à la fois parce que plus nombreux ont été dans les années 60 les États qui se sont prononcés en sa faveur, et parce qu'aujourd'hui tous ou presque, y compris les tenants de l'unité de juridiction, ont introduit depuis peu dans leur ordonnancement contentieux des éléments de dualité non seulement fonctionnelle mais également en large partie organique (16).

Les incertitudes et les ambiguïtés persistantes, ici ou là, ne sont sans doute cependant pas étrangères au peu de « lisibilité » de l'institution judiciaire pour l'administré, qui s'en trouve d'autant plus dérouté qu'il est surtout et légitimement préoccupé par des problèmes élémentaires et concrets de solution des litiges qui l'opposent à l'administration, au-delà de toute conceptualisation polémique sur les orientations sous-jacentes du système contentieux. L'une et l'autre options font au demeurant l'objet d'un même rejet implicite, dès lors que c'est l'institution judiciaire elle-même, à travers son inaptitude à contrôler efficacement l'administration, qui est en cause, et non celle de tels juge ou technique juridictionnelle particuliers.

(14) *Ibid.*, p. 3.

(15) Cf. certaines des références citées *infra*, note 27.

(16) Cela a par exemple été le cas au Gabon et, surtout, au Congo (Brazzaville) dans la première moitié des années 90.

Le débat sur la dualité et l'unicité est donc, de ce point de vue, c'est-à-dire quant au « statut » du juge tel qu'il peut être appréhendé par le justiciable, un faux débat, même si l'on ne doit pas perdre de vue que la perception d'un juge de, et pour, l'administration, proprement administratif, peut être souvent compris à tort comme un juge au service de l'administration, plus enclin à la servir qu'à la sanctionner, à en réaliser les objectifs contre le justiciable qu'à protéger les intérêts et les droits de ce dernier face aux abus potentiels de celle-ci. Comme on le verra plus loin, les paramètres psychologiques ne sont pas négligeables, à ce niveau, en ce qu'ils peuvent contribuer à renforcer une perception par ailleurs objectivement (et à juste titre négative) des dysfonctionnements et des carences de l'institution judiciaire.

On doit également rappeler que la dualité des contentieux ne trouve fondamentalement sa justification que pour autant qu'elle s'appuie réellement sur une dualité de régimes juridiques quant au fond, sauf à être dans le cas inverse vidée de toute signification et justification, et à ajouter à la désarticulation et à l'artificialité du système juridictionnel. De la même façon, un schéma dualiste qui ne s'appuierait pas sur une formation et un statut spécifiques des magistrats intervenant à l'endroit du contentieux proprement administratif relèverait de l'incohérence, privant par là l'institution des paramètres qui sont seuls à même d'en fonder l'intérêt et d'en asseoir l'autorité.

On sait que c'est malheureusement loin d'être toujours le cas, et qu'un tel défaut de cohérence, et partant d'adéquation, entre les données de fond de l'ordonnancement juridique et le statut organique de l'institution judiciaire aboutissent à dépouiller la dualité des vertus qui peuvent être les siennes à l'endroit du justiciable, en termes de bonne administration de la justice, et sont alors à l'origines de dysfonctionnements qui contribuent à totalement la décrédibiliser.

Non seulement la compétence, mais également et surtout le statut du juge doivent suivre le fond, c'est-à-dire répondre, à travers les divers éléments de celui-ci, à des exigences minimales de cohérence organique et fonctionnelle.

2. *La dialectique de la séparation et de l'enracinement*

Indépendance de principe et rigoureuse vis-à-vis du politique, dûment aménagée et sanctionnée comme telle ? Ou bien « enracinement » inévitable, latent ou manifeste, apparent ou insidieux, dans un pouvoir dont le juge, bon gré malgré, devient le bras séculier aussi bien que l'allié objectif le plus performant, au détriment de l'administré justiciable ? La dialectique en est complexe, dans le contexte africain, car elle ne peut ignorer les données d'une problématique qui ne saurait être réduite à ses seules dimensions de technique juridique. Dès lors que l'on se place sur un terrain politique, c'est en termes de principe que l'institution judiciaire doit être appréciée, à tra-

vers la détermination de ses missions comme l'ancrage de la légitimité de ses pouvoirs.

Du fait du faible impact, *de facto* sinon même *de jure*, du droit extranational, la société se veut encore celle de la loi, d'autant plus paradoxalement mythifiée, à travers un légicentrisme formellement révéré comme tel, qu'elle entend être l'expression de la volonté générale enfin parvenue à un statut de souveraineté avec le processus de démocratisation et de libéralisation esquissé depuis quelques années. Est ainsi privilégiée une définition du droit inséré dans un rapport étroit avec le politique représenté par le bipôle du législatif et de l'exécutif, lui-même exprimant un rapport assez largement déséquilibré.

Comme on l'a déjà souligné (on y reviendra plus loin), c'est parce que la Constitution ne fait finalement du juge qu'un agent d'exécution du souverain réputé incarner la légitimité que le judiciaire se trouve inévitablement et fonctionnellement ravalé au rang d'autorité, la dynamique politique excluant qu'il puisse revendiquer le statut de pouvoir. L'administré, de façon plus générale comme le justiciable, entend voir prendre en compte ses problèmes par le juge, juridicisation implicitement appelée à reconstituer le social dans le procès. Mais, dans les sociétés africaines en forte mutation, voire pour certaines en décomposition avancée, le hiatus découle d'une rupture radicale entre justice et société, générant des comportement de refus et des attitudes de rejet.

Là où, en effet, en France par exemple, plus grands sont les maux des individus et de la société et plus l'institution judiciaire monte en puissance, à la mesure de la dispersion de son centre de gravité et de ses valeurs, c'est le phénomène inverse qui peut être constaté en Afrique, où la déliquescence de la société et du pouvoir entraîne une dévalorisation et une déstructuration corrélative d'une justice qui n'a plus vocation à offrir d'alternative de sécurisation et de stabilisation.

En tout état de cause, entendrait-on lui faire jouer en de telles circonstances un rôle politique « thérapeutique » que le juge ne saurait être légitimement capable, pour les raisons susdites, de servir d'autres fins que celles du droit, ne tenant par essence de quiconque de statut et de compétences ouvertement politiques. Techniquement aussi bien que socialement, les juges qui entendraient « gouverner » ont toujours eu mauvaise presse, et ont vu leur velléités étouffées dans l'œuf, ce qui a d'ailleurs longtemps freiné le développement du contrôle de constitutionnalité, voire la fonction « interpellatrice » du juge constitutionnel (17).

Le lien implicite de dépendance du judiciaire au politique est tantôt de droit, à travers la sanction des lois et règlements, tantôt de fait, dans la

(17) J.M. GARRIGOU-LAGRANGE, « Les partenaires du juge constitutionnel ou de la fonction interpellatrice des juges », *RDP*, 1986, p. 660.

mesure où le statut, les moyens et le sort du juge dépendent du politique. Le droit ne saurait être la simple expression d'un pouvoir politique, car le pouvoir du droit et celui du politique ne sont pas de même nature, ne procédant pas de relations croisées de commandement et ne devant pas céder une tentation mutuelle d'inféodation. Démocratie et justice doivent s'épauler, plutôt que chercher à se concurrencer ou à s'asservir.

B. – *L'ambiguïté du statut politique du juge vis-à-vis du pouvoir*

Indépendance purement *formelle*, pour répondre à des exigences de pseudo-légitimation, ou indépendance *réelle* fondée sur une vision objective des exigences de l'État de droit ? Véritable *pouvoir* judiciaire, apte à occuper une place déterminante dans le processus de régulation du fonctionnement de l'État et des relations de celui-ci et de ses citoyens, ou simple *autorité*, exposée à une instrumentalisation d'autant plus équivoque et dangereuse qu'elle s'inscrit dans un régime issu d'un pouvoir intrinsèquement marqué par sa propension à l'extension et à l'affranchissement de tout contrôle ?

Là encore, le justiciable est trop souvent réduit à n'être que le témoin passif et impuissant d'une dialectique dont il ne retiendra, concrètement, que les aspects purement négatifs, voire sera enclin à les accentuer subjectivement.

1. *Indépendance formelle et/ou réelle*

L'indépendance de la fonction juridictionnelle procède directement de la théorie de la séparation des pouvoirs, aussi bien de la distinction ternaire et organique de ceux-ci dans sa formulation originaire systématisée par la philosophie politique du XVIII^e^ siècle, que dans son expression plus moderne, procédant de l'approche quaternaire et fonctionnelle due aux politistes nord-américains de la seconde moitié du XX^e^. Présentée par Locke et Montesquieu comme le moyen le plus efficace de protection contre le despotisme, elle constitue aujourd'hui encore la meilleure des garanties contre les abus de l'exécutif et du pouvoir politique (bien que celui-ci ne soit à l'évidence pas concentré *a priori* dans celui-là, lors même que l'asservissement du parlement au gouvernement, par l'effet de la concentration et de l'unanimisme imposé du pouvoir, comme donnée objective, est une constante des régimes politiques africains).

D'aucuns estiment toutefois, non sans raison, que la portée susceptible de s'attacher à un tel principe n'est pas absolument décisive pour la protection des droits et libertés fondamentaux (18). Elle ne l'est en effet que pour autant qu'elle s'entend de l'indépendance nécessaire du pouvoir judiciaire.

(18) Ph. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, Paris, 1998, p. 131.

La « puissance de juger » n'est en ce sens concevable, quant aux effets qui en sont attendus en termes de régulation des rapports de l'État et des citoyens, que si elle trouve son fondement et sa réalité dans la séparation effective de la fonction juridictionnelle et du pouvoir.

En réaction contre ce statut, la loi des 16-24 août 1790 cantonne le juge dans une fonction contentieuse qui ne saurait « troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs », le ravalant par là du statut de pouvoir (même s'il en gardera encore pendant un siècle et demi la qualification), à celui d'autorité, la protection de l'administration contre le juge prévalant ainsi sur celle que le juge pourrait apporter au citoyen contre l'administration.

Si, en France, le statut du juge administratif a largement évolué dès lors que celui-ci a acquis de haute lutte son autonomie vis-à-vis de son homologue judiciaire, et imposé son indépendance et sa souveraineté à l'administration qu'il entend rigoureusement contrôler sans pour autant la priver des moyens de son action, l'essence et la pratique des États africains s'inspirent largement encore pour leur part de l'esprit et de la lettre de la formulation du principe de séparation retenu en 1790, particulièrement favorable à l'administration et, à travers elle, à l'exécutif. On peut à cet égard estimer que les États africains ne seront de véritables démocraties que pour autant qu'ils parviendront à assurer non seulement en droit mais surtout en fait l'indépendance réelle de la fonction juridictionnelle, a fortiori lorsque celle-ci s'exerce envers le pouvoir par administration interposée, et ceci qu'il y ait pluralité ou unité des ordres juridictionnels.

Au-delà des seuls textes, c'est l'effectivité des libertés publiques et des droits fondamentaux qui sont en cause, et c'est ceci, d'abord et principalement, qui intéresse le citoyen dans sa perception du rôle du juge face au pouvoir politique et à « l'impérialisme » administratif. Peuvent alors, et alors seulement, être réalisées les exigences basiques de l'État de droit, par l'effectivité de la soumission de l'État et des personnes publiques au droit au même titre que les individus, et de la sanction de son respect par le juge.

L'enracinement de la justice dans l'État (19) peut dès lors s'exprimer à travers les visions croisées et complémentaires qu'en donne, à partir du statut juridique qui est le sien, son appréhension comme service public et comme administration, à même d'assurer la liaison entre État administratif et État de droit.

2. *Autorité et/ou pouvoir judiciaire*

La dialectique en cause est plutôt, en réalité, au-delà de la distinction terminologique accréditée par l'évolution de la qualification retenue par le

(19) H. HAENEL et M.A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 125.

constitutionnalisme français, celle de la justice conçue soit comme pouvoir/autorité, soit comme simple service public partie intégrante de l'« État administratif ». C'est tout au moins sous cette forme que le débat semble devoir être circonscrit dans la problématique africaine contemporaine.

La nature, l'exigence et la pérennité du lien spécifique de la justice et de l'État est évidente, et ne saurait être contestée ni conceptuellement ni fonctionnellement. Elle est avant tout, en effet, service et administration de l'État, figurant au nombre de ses prérogatives régaliennes les plus anciennes et les moins contestées, et obéissant à ce titre à des principes d'organisation dépourvus d'originalité véritablement significative.

Il n'en demeure pas moins que la mission du juge, pour l'État comme pour le citoyen, au profit de l'État (pour autant qu'il incarne l'intérêt général) comme du peuple – au niveau duquel s'exprime ce même intérêt général –, est de dire le droit, en l'occurrence un droit qui existe légitimement en dehors de celui-là et lui impose son respect, susceptible d'asservir l'État administratif aux exigences de l'État de droit. Service public, c'est-à-dire « au service du peuple », la justice a pour mission de circonscrire l'action de l'État dans le champ de la satisfaction des besoins des citoyens et du respect de leurs droits, car c'est d'eux qu'il tient sa souveraineté. À ce titre, elle se situe au-dessus de l'État.

Mais la justice ne saurait pour autant être exclusivement ou de manière univoque assujettie à l'autorité hiérarchique de l'exécutif, car il est de l'essence de la justice et de la satisfaction optimale de ses missions d'être soustraite à la dépendance de l'État, et ce même si les missions qu'il lui revient d'assurer au profit des citoyens y laissent subsister une forte connotation de service public. C'est d'ailleurs précisément lorsqu'elle s'écarte de la satisfaction (minimale ou optimale, selon la vision plus ou moins optimiste ou idéaliste que l'on peut en avoir) de ces missions qu'elle est le plus décriée et remise en cause, au nom des difficultés ou de l'incapacité à remplir à cet égard son office.

Comme on le verra plus loin, ces dysfonctionnements s'expriment, pour le citoyen, par l'imperfection ou même l'absence du « service » assuré, en termes de difficultés d'accès, de coût et de longueur de la procédure, d'absence d'indépendance ou de manque de courage dans le prononcé des sanctions, d'incapacité ou d'absence de volonté d'en poursuivre et d'en garantir l'exécution, contre l'administration en particulier.

3. *Les présupposés et les implications*

En tant qu'administration, la justice ne peut faire l'économie d'une organisation rationnelle et d'une saine gestion. Mais, simultanément, parce qu'il est « hors la hiérarchie » de l'État, le juge ne saurait avoir de compte à rendre qu'au regard de l'État de droit, et non de l'État puissance. Bien au

contraire, comme le rappellent les auteurs précités, c'est au juge qui représente l'État de droit que l'État administratif doit rendre des comptes (20).

Mais, lors que les magistrats, que ce soit pour des raisons de situation statutaire, de moyens matériels, voire de compétences *ad hoc*, restent demandeurs (pour ne pas employer une expression plus forte) vis-à-vis du pouvoir, l'institution judiciaire se trouve placée de facto dans une situation de dépendance critique à l'égard du politique, situation qui vide de toute signification les proclamations formelles d'indépendance émanant de ce dernier. La satisfaction de ces attentes et demandes constitue à n'en pas douter une exigence minimale et préalable du passage progressif, dans ce domaine, de l'État administratif à l'État de droit, c'est-à-dire de la conciliation de la dimension de service public avec les exigences inhérentes au statut et à l'effectivité des compétences d'une véritable autorité supérieure de contrôle.

Traditionnellement, et quel qu'en soit le statut constitutionnel, l'indépendance d' un véritable « pouvoir » judiciaire tient à un certain nombre de présupposés techniques, tels que l'institution d'un conseil supérieur de la magistrature lui-même indépendant du pouvoir, l'octroi d'un statut des juges établissant et garantissant leur autonomie, la protection légale de leur inamovibilité, etc. L'analyse des différents dispositifs constitutionnels et législatifs actuellement en vigueur dans les États africains concernés fait apparaître à cet égard un certain nombre de clivages, selon que la lecture et l'interprétation qu'en donnent les spécialistes aboutissent soit à la reconnaissance d'un pouvoir judiciaire, soit à la considération de la justice comme service public, soit à la fois comme pouvoir et autorité ou pouvoir et service public.

4. *Les différentes approches*

Les partisans du pouvoir judiciaire s'inspirent largement pour leur part des techniques occidentales d'organisation des pouvoirs publics, quittes à donner aux organes constitutionnels des qualificatifs autres que ceux par lesquels les désigne la loi fondamentale elle-même. A l'inverse, les « adversaires » du pouvoir judiciaire se réfèrent à la fois à la réalité constitutionnelle et à la pratique judiciaire des États en cause pour n'y voir qu'un service public. Dans d'autres cas, les positions apparaissent plus imprécises quant à la détermination de la place du juge parmi les autres institutions de l'État, dans la mesure où, qualifiée tantôt d'autorité tantôt de pouvoir judiciaire, sans argumentaire véritablement déterminant dans l'un et l'autre cas, la justice ne peut être correctement située au sein des institutions nationales.

On réservera toutefois la situation particulière, peu fréquente au demeurant aujourd'hui, mais qu'ont connue il n'y a guère des États comme le

(20) *Ibid.*, p. 130.

Congo (Brazzaville) ou le Bénin, à l'époque du triomphe des thèses marxistes, dans laquelle la réforme judiciaire avait instauré un système de justice « populaire », confiée à des magistrats non professionnels directement élus par le peuple et par les pouvoirs populaires par le canal des instances partisanes et des organisations de masse, qui en faisait incontestablement un pouvoir expression directe de la souveraineté populaire, schéma significatif de l'exercice par la composante populaire du pouvoir dans le domaine de la justice.

Nombreuses sont donc les ambiguïtés dans la détermination et la qualification précises du statut institutionnel du juge, au-delà de la seule notion, fédérative et en partie incontournable, mais insuffisante parce que trop réductrice, de service public (difficile à cerner, on le sait, même si l'on s'accorde à y voir l'ensemble des activités exercées dans un secteur de l'administration en vue de donner satisfaction à un besoin d'intérêt général) (21).

C. – *Les paramètres d'une nécessaire clarification*

Ce n'est qu'à partir de la fixation des missions du juge que l'on peut tenter de réfléchir aux moyens à mettre à sa disposition pour qu'il soit en situation de les remplir de manière satisfaisante; puis, dans un second temps, de chercher les voies d'une nécessaire réforme des instruments en cause, afin de les rendre plus performants en vue de la réalisation des fins poursuivies.

C'est à l'aune de ces offices que l'état de la justice et la situation du juge pourront être situés, évalués, appréciés, voire contestés.

1. *L'état du droit*

Différents paramètres (22) doivent être pris en compte, si l'on entend affiner quelque peu l'analyse. Ils affectent directement la nature et la qualification de l'institution judiciaire, quant à son statut constitutionnel aussi bien que législatif, à travers la mise en œuvre ou non des dispositions et garanties constitutionnelles par le relais du législateur, dans ses relations avec l'exécutif en particulier. Pour ne prendre qu'un exemple, au-delà de ce qu'exigerait une étude détaillée État par État, on soulignera qu'est tout à fait révélatrice en ce sens l'univocité patente parfois constatée de la volonté du gouvernement, serait-elle implicite, de laisser tomber en désuétude les dispositions des textes conformes aux règles statutaires du corps judiciaire au profit de l'application de celles qui s'inscrivent dans la ligne du statut

(21) A. Iloki, « La justice au Congo . pouvoir ou service public ? », *Rev. des Sciences Sociales*, Brazzaville, 1986, n° 6, p. 151.

(22) On les a rappelés plus haut : existence d'un conseil supérieur de la magistrature lui-même indépendant, indépendance et inamovibilité des magistrats du siège, bénéfice d'un véritable statut autonome à caractère législatif aménageant des garanties spécifiques.

général des fonctionnaires, traduisant par là une politique d'assimilation totale des magistrats à ces derniers, et les privant inévitablement par là des garanties d'indépendance inhérentes au bon exercice de leur fonction.

On constatera donc, *globalement*, que dans la plupart des cas l'expression de « pouvoir judiciaire » apparaît largement surannée et inappropiée, parce que sa consécration constitutionnelle n'a que rarement été assurée ; mais aussi parce que les cadres juridiques qui pourraient permettre de soutenir son existence sont souvent devenus caducs au fil du temps, théorie du pouvoir judiciaire qui ne relèverait plus de ce fait que d'une « mythologie » libérale dépassée, la justice étant ravalée au rang de simple appendice du pouvoir exécutif. L'institution judiciaire, dotée d'une autonomie purement relative et fonctionnelle, se bornerait en ce sens à posséder des pouvoirs, sans constituer pour autant en elle-même un pouvoir (23).

La « crise », aussi bien pragmatique qu'idéologique, de l'institution judiciaire et du juge, dans les États africains, tient en partie à cet égard à ce que la justice (pouvoir, autorité ou fonction) y est de moins en moins considérée comme une entité privilégiée au regard des autres services de l'État, dans la ligne de la conception occidentale, mais plutôt comme un service public à la disposition de la satisfaction des intérêts des masses populaires. L'autonomie, a fortiori l'indépendance, vis-à-vis du pouvoir politique serait alors dans un tel contexte largement illusoire et vide de sens concret.

Les facteurs partisans ne sont à l'évidence pas étrangers à une telle situation, quand on sait que l'on a trop souvent eu tendance, depuis le discours de Cancun et les péripéties et atermoiements des différentes conférences nationales, à confondre démocratisation et pluripartisme, dans des cas de figure dans lesquels les partis sont ou bien largement contrôlés par le pouvoir (voire suscités par celui-ci pour les besoins de sa politique), ou bien le reflet de clivages essentiellement ethniques, régionaux ou clientélistes. La dépendance fonctionnelle, de fait, ou même organique (bien que plus rarement) en droits, d'une justice demeurant sous le « contrôle » du ou des partis, qui rend difficile sinon impossible son extraction de la sphère d'influence d'une autorité autre que celle que lui reconnaît le législateur, la loi en l'occurrence, ne peut à cet égard ajouter qu'à l'ambiguïté du statut du juge et, partant, au désarroi du justiciable.

(23) R. BOURE et P. MIGNARD, *La crise de l'institution judiciaire*, Ch. Bourgeois, Paris, 1977, p. 9. Le Gl de Gaulle avait pour sa part affirmé explicitement en 1963 la subordination de la justice au pouvoir et le droit pour ce dernier d'exercer son autorité envers elle, au détriment des déclarations « hypocrites » sur l'indépendance des juges et au nom de l'autorité indivisible de l'État confiée au Président de la République par le peuple souverain (in *Discours et Messages*, T.IV, pp. 163-169).

2. *Les objectifs*

Ils résident, d'abord, dans les missions mêmes qui sont imparties à l'institution judiciaire et notamment au juge de l'administration, aisément identifiables et revêtent une portée générale indépendamment du contexte de référence : appliquer et faire respecter le droit par la puissance publique, apporter des solutions juridiques aux difficultés concrètes rencontrées par les citoyens dans leurs relations avec l'administration, réaliser les vertus de la justice comme fondement légitime d'un droit porteur d'éthique.

Pour autant que les conditions soient objectivement réunies pour une évolution de l'institution judiciaire et du statut du juge, rendues indispensables à la fois par les perturbations du système juridique, par les bouleversements du droit, lui-même expression des mutations socio-politiques, et par les aspirations nouvelles des citoyens face au discrédit de la fonction judiciaire (24), il convient d'identifier les buts *a priori* du changement attendu dans l'organisation de la justice et dans ses rapports avec le politique, au regard de l'analyse de la demande sociale, latente ou manifeste.

Ils résident, d'abord, dans le maintien du droit comme moyen premier de régulation des relations sociales, à la fois comme contrepoids de l'arbitraire et de la force, et comme processus de règlement humain des conflits. Ils s'expriment, ensuite, dans la conception et la promotion d'un nouveau juge, aussi compétent que reconnu, qui minimalise l'abstraction de l'institution judiciaire.

Restituer l'autorité du juge, en faire le contrepoids de la puissance et de la force, humaniser l'application d'un droit égal pour tous, pouvoir y compris : voilà autant d'objectifs fondamentaux, dont on peut légitimement penser qu'ils conditionnent en large partie la revalorisation du statut du juge dans la société africaine, et par là sa recrédibilisation du juge aux yeux du justiciable, en particulier lorsque ce dernier entend contester la toute puissance de l'État à travers les manifestations des irrégularités et des excès de pouvoir imputables à l'administration.

La préservation de l'autorité de l'État passe, paradoxalement en apparence, par la restauration de l'efficacité et de l'autorité du juge, car la puissance de l'État ne saurait se concevoir sans la reconnaissance par le peuple de sa légitimité et de son pouvoir. Ceci suppose en large partie une réforme de l'organisation de la justice administrative, assise sur le renforcement de

(24) Selon H. HAENEL et M.A. FRISON-ROCHE, dès lors que sont réunies les conditions d'un changement du système juridictionnel, à raison des « bouleversements venus du droit lui-même mais aussi issus des aspirations nouvelles du peuple à l'égard de l'institution, la question de leur légitimité ne se pose même plus dans la mesure où une inertie, une volonté de conserver des anciennes règles, ne peut conduire qu'à un implosion du système juridique, voire du système social, sans qu'ils soient remplacés par rien d'autre que par la force et l'ordre pur » (*op. cit.*, p. 175).

ses moyens, afin que l'institution y gagne en respect et donc en crédibilité. Autorité envers l'État et les hommes politiques, certes, à travers sa capacité à en sanctionner les errements et les abus; mais également à l'endroit des justiciables, en termes de respect et de prestige recouvrés, par la remise en cause, au nom de l'effectivité du droit objectif, de tout ce qui accentue négativement (lorsque c'est le cas) l'éloignement, la solennité, voire la « sacralisation », et par voie de conséquence l'incompréhension de l'office du juge.

Cette « restauration », c'est le droit qui l'exige dans la mesure où le juge a pour vocation première d'en être le serviteur en vue de sa réalisation concrète, et ce a fortiori dans des sociétés encore largement dominées sinon régies par la force et la violence, en lieu et place de la régulation attendue du droit et du pouvoir. C'est au juge qu'il appartient, d'abord, d'y rétablir puis d'y imposer le droit.

Indispensable redéploiement de l'institution judiciaire, donc, pour assurer en toutes circonstances et en tous lieux, à partir de critères purement objectifs et sans discrimination aucune, sans non plus de restriction de quelque nature ou pour quelque raison que ce soit, la protection du citoyen face au pouvoir, à travers l'égalité des personnes publiques comme des personnes privées devant le droit, quelles qu'en soient la puissance et/ou la faiblesse respectives, sans rester en deçà de ce que tend à lui imposer naturellement le politique dans sa répugnance intrinsèque à toute forme de contrôle.

3. *L'ambiguïté institutionnelle et statutaire*

Si le statut du juge, ès qualité, peut être à cet égard déterminant, le dysfonctionnement perçu est avant tout celui de l'institution, raison pour laquelle, quelqu'importance que revête ce statut en tant que support de l'indépendance et de la crédibilité du juge, la personne de celui-ci doit dans une large mesure « disparaître dans l'opacité institutionnelle de la justice » (25), afin que la réforme projetée ou souhaitée ne se trompe pas de cible et ne passe pas à côté des résultats attendus.

Les comportements personnels du juge peuvent certes contribuer au discrédit de la fonction juridictionnelle. Mais il ne s'agit là, la plupart du temps, que d'épiphénomènes circonstanciels qui, même s'ils peuvent revêtir une certaine ampleur, ne doivent pas détourner l'attention de la « thérapie » en profondeur qu'exige, d'abord, l'institution elle-même, parce qu'élément essentiel du système politico-administratif et garante de la cohésion et du devenir social.

La confiance démocratique est en effet plus tournée vers l'institution que vers ceux qui en sont les acteurs, et sa restauration ne saurait pour cette

(25) *Ibid*., p. 183.

raison se satisfaire ni d'interventions ponctuelles et personnalisées envers tel ou tel de ceux-ci, ni de déclarations de principe purement incantatoires et formelles à l'endroit de celle-là.

Le contentieux de l'administration, même si l'on peut penser qu'il ne doit pas être traité, dans cette perspective, de façon autonome ou dissociée de l'ensemble du système judiciaire et juridique, n'en reflète pas moins des tensions et des problématiques particulières, dans la mesure où il met en cause le pouvoir, et donc le politique, dans ses relations avec l'administré et le citoyen, et se situe donc d'emblée en termes de rapports de force sans équivalent dans les relations conflictuelles purement privées. Il appelle donc un traitement en partie spécifique, nonobstant la connexion nécessaire avec d'autres techniques contentieuses.

Mais l'initiative et la responsabilité de la restauration de la justice et du droit incombent d'abord au politique ; c'est ce qui en fait toute l'équivoque et la difficulté, dans la mesure où celui-ci répugne naturellement à réformer un système qui fonctionne (même mal) au profit de sa toute puissance sans partage, sans comprendre qu'au-delà de cette approche à courte vue il court le risque de s'y perdre lui-même à terme, faute d'avoir pu aménager et pérenniser les conditions institutionnelles de sa propre légitimité et donc de sa survie, parce que n'ayant pu s'ériger en État de droit en se privant des vertus de l'indispensable office du juge à cet effet.

4. *Les moyens*

On n'y fera allusion ici que pour mémoire, car il conviendrait là encore de pouvoir procéder à une étude exhaustive, à la fois circonstanciée et détaillée, des situations rencontrées dans les différents États et régimes, ce qui excèderait à l'évidence les limites de la présente étude. L'objet n'en est pas non plus de proposer *a priori* des « recettes miracles », dont la généralité et donc l'inopportunité n'auraient d'égales que la prétention et l'artificialité. Il appartient aux chercheurs et spécialistes compétents de s'y atteler, dans chacun des États en cause.

Mais il convient d'être convaincu que la réforme du système juridique passe, d'abord et en grande partie, pour les raisons que l'on a tenté de mettre en relief ci-dessus, par celle de l'institution judiciaire, des processus contentieux, et donc, à cet effet, du statut du juge.

On peut à tout le moins estimer en ce sens qu'une telle réforme, si l'on entend reprendre à ce niveau également (à la mesure de leur transposabilité, *mutatis mutandis*, mais c'est précisément ce qu'il conviendra d'analyser et d'apprécier au cas par cas) des propositions, d'autant plus pertinentes qu'elles sont largement d'évidence, telles que celles avancées par les auteurs

précités (26), doit s'inscrire dans une quadruple direction, mettant conjointement en cause le temps, les lieux, le cadre et les acteurs de l'exercice de la fonction de contrôle juridictionnel du politique : raccourcissement raisonnable de la durée des procédures, rapprochement du juge et du justiciable à travers un accès facilité par une justice de proximité, précision des fonctions juridictionnelles, renforcement et/ou rétablissement statutaires de l'indépendance, de l'impartialité et de l'expertise incontestables du juge.

La démarche doit permettre, menée à son terme logique (par la conciliation parfois complexe et difficile d'exigences antagonismes, dès lors qu'à travers le contrôle du pouvoir c'est le statut du politique qui est en cause), d'accentuer la spécialisation et la professionnalisation du juge de l'administration, tout en préservant la puissance du droit. Le respect de la justice (c'est-à-dire de l'institution judiciaire comme de la démarche contentieuse), et donc la crédibilité du juge, sont à ce prix pour le citoyen.

III. – Le juge et le citoyen-administré : la crise de la perception socio-culturelle du juge par le justiciable

Dans l'approche essentiellement analytique et formelle retenue ici, il s'agit plus d'établir et d'évaluer un phénomène et une situation de fait, dans le domaine de recherche en cause, que d'envisager les raisons profondes de comportements, d'attitudes et de variables diverses susceptibles d'affecter la conception comme le fonctionnement de l'institution judiciaire en tant que médiatrice des relations du citoyen et de l'administration, donc d'engendrer un décalage fondamental entre la norme organique et fonctionnelle et sa portée réelle.

Il conviendrait de la compléter à cet effet par une réflexion en profondeur de nature socio-politique, à but heuristique. Il faudrait dans ce propos se pencher à la fois sur la pratique des recours contentieux et sur le contenu de la jurisprudence qu'elle a pu susciter lorsque cela a été le cas.

Le contrôle juridictionnel de l'administration encore relativement restreint et assez imparfait, dans les États africains francophones, s'avère, en ce sens, avec bien sûr des différences importantes selon ceux-ci, même si des progrès importants et significatifs ont été réalisés, quantitativement aussi bien que qualitativement, au cours de la dernière décennie, sous l'empire de la dynamique de « démocratisation ».

Ceci n'exclut pas pour autant certaines régressions, dans tel ou tel exemple précis, que traduisent sans équivoque le rejet par le justiciable de l'institution judiciaire, dans ses rapports avec l'administration (pour le volet qui nous intéresse ici), et sa déconsidération accentuée pour un juge chroni-

(26) *Ibid.*, pp. 195 et s.

quement quasi exclu, de fait, du jeu de relations conflictuelles de pouvoir. Et ce qu'il s'agisse du contrôle de la régularité de l'action administrative, de la protection des droits des administrés, ou, plus accessoirement, de la participation à l'élaboration d'un droit spécifique applicable à l'exercice de la fonction administrative, notamment aux relations des personnes publiques et des destinataires de leurs interventions.

L'inefficacité chronique de l'intervention du juge et la marginalisation conséquente de la démarche contentieuse rendent d'évidence souhaitable, si l'on ne veut pas que se pérennise une situation souvent bloquée, une revalorisation de la fonction et donc du statut du juge africain de l'administration, dont il importe alors d'identifier les enjeux comme les perspectives.

A. – *Le constat d'inefficacité de l'intervention du juge*

Il tient autant au caractère largement aléatoire de la sanction par le juge des comportements ouvertement illégaux de l'administration, portant atteinte au droits des administrés par la violation du droit régissant leurs rapports, qu'à l'inexécution corrélative de la mission dont il demeure statutairement investi, nonobstant un support constitutionnel et légal souvent ambigu et imparfait.

1. *La sanction aléatoire*

Là encore, les études nationales existantes, anciennes ou récentes et à venir, peuvent sans difficulté, seraient-elles parfois fragmentaires ou superficielles, illustrer le propos. Il serait aussi fastidieux qu'inutile de les reprendre dans le détail, tout en soulignant que certaines ont, malgré le décalage du temps et l'évolution des régimes comme des sociétés, conservé une pertinence que n'a paradoxalement pas altéré leur ancienneté, ce qui est au demeurant aussi révélateur qu'inquiétant (27).

Qu'il s'agisse du nombre des recours, de leur nature, des personnes en cause, des secteurs d'activités impliqués, des suites des procédures, du contenu des sanctions, des conditions et modalités de leur application (ou non-application), tout porte à constater que le contrôle contentieux de l'administration est loin d'avoir toujours bien fonctionné jusqu'à présent, et

(27) Entre autres . Cameroun (A. Mescheriakoff, « Le déclin de la fonction administrative contentieuse au Cameroun », *RJPIC*, 1980, n° 4, p. 825); Centrafrique (J.M. Breton, « L'organisation du contentieux administratif en République Centrafricaine », *Penant*, 1980, n° 770, p. 357); Congo (J.M. Breton, « La jurisprudence administrative de la Cour suprême au Congo », in *Les Cours Suprêmes en Afrique*, vol. III, Economica, Paris, 1988, p. 68); Mali (*Le développement institutionnel du secteur public*, Atelier de Ségou, Présidence de la République, 10-1994, pp. 63 et 113); Madagascar (A.R. Rajaona, « La jurisprudence de la Chambre administrative de la Cour Suprême », *Penant*, 1989, p. 65); etc.

connaît encore dans certains États de graves lacunes et insuffisances, qui atteignent directement la crédibilité envers le juge et, à travers lui, l'ensemble de l'institution judiciaire.

On renverra sur ce point aux études visées, ou dont la présente recherche partagée peut être le prétexte heureux pour les chercheurs africains *in situ*, tant il serait hasardeux d'asseoir des conclusions péremptoires sur des informations encore trop souvent incomplètes ou insuffisantes, en raison d'un accès assez peu aisé, à distance, à une jurisprudence qui n'a pratiquement jamais fait l'objet d'une publication régulière. Il serait alors aussi risqué qu'aléatoire de prétendre en fournir un aperçu synthétique signifiant, au-delà des tendances déjà valablement dégagées par les spécialistes du contentieux. administratif.

2. *L'inexécution de la mission*

Parmi les « obstacles » qui sont de nature à fournir des éléments d'explication des carences ainsi dénoncées, qui résident dans l'efficacité toute relative du contrôle juridictionnel de l'administration dans la faiblesse et donc figure d'abord et surtout, aujourd'hui comme il y a de cela déjà un quart de siècle, « l'inadéquation » (28) de l'institution judiciaire au milieu dans lequel elle s'insère et qu'elle a pour mission de réguler.

La conception du contentieux de l'administration généralement héritée de la tradition juridique française ne répond en effet pas toujours parfaitement à la nature des rapports qui, en Afrique, s'établissent, objectivement, entre l'État et l'individu, et surtout, subjectivement, à la perception que ce dernier peut en avoir.

La conception de fond du statut et du rôle du juge, les modalités de sa saisine, les paramètres de l'organisation juridictionnelle, la spécificité de la démarche procédurale, constituent autant d'obstacles dans le difficile processus de vulgarisation et d'adaptation de la voie contentieuse, (tel qu'il résulte du juridisme « moderne »), dans les relations conflictuelles entre un État puissant, centralisé, omniprésent, et un justiciable dont les droits sont trop souvent méconnus sinon laminés par celui-ci, en raison d'une perception minimale par le pouvoir comme par l'administré du rôle protecteur du juge à leur endroit.

Parmi les éléments « négatifs », d'ordre matériel et technique, qui comptent au nombre des causes de l'inadaptation du système et de la pratique contentieux au domaine des relations de l'individu et de la puissance publique, figurent notamment : l'excessive centralisation organique, le coût souvent relativement trop élevé de la procédure, la spécificité voire l'ésotérisme des règles applicables, ainsi que, bien souvent, l'absence de spécialisation

(28) A. BOCKEL, *loc. cit.*, p. 28

véritable, au-delà d'affectations fréquemment précaires et/ou polyvalentes, d'un juge peu enclin à appliquer dans son esprit, au-delà de sa seule lettre, un droit auquel il n'a pas été – ou imparfaitement – formé, qu'il ne connaît que de façon fragmentaire, et qu'il n'est conduit à appliquer que de manière irrégulière et épisodique.

Sans doute s'agit-il, lorsque l'on évoque la formation, le statut et l'affectation des juges chargés de connaître du contentieux de l'administration, de facteurs qui, par leur volet négatif ou les carences qu'ils illustrent, sont de nature à accentuer la remise en cause et le déclin de la portée qui s'attache, quant au fond, au régime administratif (dont le juge proprement « administratif » est, on le sait, l'une des composantes essentielles) dans la tradition française. Ils s'ajoutent, qui plus est, à une autonomie de plus en plus réduite et précaire de ce régime, en raison même de la conception de fond du contentieux accréditée par les options constitutionnelles (29).

Faute de spécialisation effective et suffisante du juge conduit à connaître des rapports de l'administration et des administrés, on se prive inévitablement de l'une des vertus essentielles de la dualité de juridictions, qui est de fournir au justiciable un juge parfaitement au fait des problèmes sous-jacents aux litiges qui lui sont déférés, et, on l'a dit, de la lettre, mais également et surtout, dans le cadre d'une démarche jurisprudentielle par essence fortement volontariste, de l'esprit des règles spécifiques destinées à en assurer la régulation.

Des conséquences déterminantes en résultent, aussi bien quant à la recherche par le justiciable du juge compétent, que dans l'interprétation inéluctable des problématiques inhérentes au contentieux de l'administration par des juges qui sont encore trop souvent des magistrats de l'ordre judiciaire, partiellement et insuffisamment formés au droit et au contentieux administratifs.

La solution passe manifestement (si tant est que s'exprime une volonté en ce sens du législateur et de l'exécutif fondée sur la conscience de l'utilité d'une telle orientation, et que celle-ci s'avère concrètement réalisable), par la mise à la disposition du justiciable d'un juge mieux spécialisé (30), plus proche de lui, apte à être saisi dans des conditions moins complexes et moins

(29) Dans les États qui ont opté pour un système dualiste, l'uniformisation organique du contentieux se trouve paradoxalement accentuée par l'absence de spécialisation des magistrats qui ont à connaître des litiges de l'administration. Ceci en renforce la tendance spontanée, pour des raisons de simplification et de cohérence technique, au glissement vers la « privatisation » explicite (du fait du régime formellement applicable) ou implicite (résultant des solutions jurisprudentielles formulées dans un esprit privatiste ou à la lumière du droit privé) du régime de fond applicable à l'administration.

(30) Tous les États qui ont retenu un schéma de dualité de juridiction n'ont regrettablement pas fait bénéficier les juges en cause d'un statut légal spécifique, comme il en va au Mali depuis la loi n° 94-007, du 18 mars 1994, portant statut des juges administratifs.

onéreuses, en mesure de rendre une décision plus rapide, et dont l'autorité soit dûment restaurée dans ses relations avec les l'État et les personnes publiques.

L'immédiateté des relations entre le juge et le justiciable qui en résulterait alors, assise sur un statut du premier nommé dûment remodelé et adapté à cet effet, aurait à n'en pas douter un impact positif sur la crédibilité et donc sur l'efficacité de l'intervention du juge, c'est-à-dire de la voie contentieuse comme moyen de règlement des différends qui opposent les administrés à l'administration.

B. – *La marginalisation de la démarche contentieuse*

Si l'institution judiciaire a perdu aujourd'hui en Afrique l'essentiel de la crédibilité et de la confiance des individus, c'est à la fois parce que la vision que ceux-ci en ont – à tort ou à raison – ne correspond pas à ce qu'ils en attendent, et parce que les effets et les suites de l'intervention du juge se situent très en deçà des résultats escomptés dans la soumission de l'administration et de l'État au respect d'un droit égal pour tous.

En découlent inévitablement des comportements de refus latent ou de rejet ouvert, engendrant un contournement du droit et des processus contentieux légaux au profit de pratiques contestables, certes compréhensibles dans un souci d'efficacité, mais peu compatibles avec les exigences « essentielles » d'un État de droit.

1. *L'absence de crédibilité*

L'un des aspects du problème rencontré à ce niveau tient à l'approche subjective qui est celle du justiciable, potentiel ou effectif, envers la démarche contentieuse et l'intervention du juge. Dans des sociétés ouvertes depuis peu, au sens historique, à la « modernité », à celle du système juridique en particulier, un paramètre essentiel et incontournable tient à l'intériorisation usuelle de l'ordre juridique et du légalisme dont il est porteur en tant que guide des comportements au nom de la suprématie et de l'impérativité conséquente de la loi.

Aujourd'hui, comme cela a été pertinemment noté à travers une remarque parfaitement transposable au contexte africain, même si les raisons en sont par définition assez différentes, « la loi, l'ordre et l'autorité sont non seulement contestés mais encore reçoivent des contours variés suivant la culture et l'échelle des valeurs que revendique chacun des citoyens » (31). Les réformes attendues, pour être crédibles et efficaces, et donc acceptables et acceptées, doivent alors non seulement correspondre aux attentes, mais

(31) H. HAENEL et M.A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 192.

encore à ce que l'on peut considérer comme le mode d' « analyse » plus ou moins intuitif du citoyen, en termes de perception de la justice comme du juge.

La portée de l'intervention de ce dernier se heurte en effet à des facteurs inhérents à l'attitude du justiciable face à la démarche contentieuse, indépendamment de ses paramètres techniques organiques et fonctionnels. Les « blocages » ont un contenu structurel, au sens socio-culturel, car ils procèdent de la nature même des rapports qui s'établissent entre l'État et les individus, qui marquent en profondeur les institutions comme les normes. La distance est en effet grande, dans les pays en développement ou soumis à des mutations rapides, entre le droit et la manière dont il est concrètement appliqué et, surtout, vécu et intégré. Elle aboutit souvent, paradoxalement, au nom du réalisme, à en paralyser voire à en annihiler les effets.

La signification « culturellement » limitée tenant aux effets escomptés du contrôle contentieux de l'administration, qui n'obéit pas à une tradition des sociétés concernées, explique sans doute le peu d'empressement dont certaines autorités, mais aussi la grande majorité des justiciables potentiels, font preuve à son endroit. Son développement et sa portée restent logiquement à la mesure de l'intérêt qu'ils y attachent ou non. On peut alors se demander si le contentieux de l'administration ne correspondrait pas en réalité à un schéma institutionnel et fonctionnel superfétatoire, parce qu'artificiel et inopérant, dont pourraient à la limite se passer l'État aussi bien que les citoyens.

La dynamique du développement, restée largement marquée par la rémanence de valeurs et de références coutumières, n'aurait-elle pas ainsi pour conséquence, par un effet d'entropie, de marginaliser et de renvoyer à la périphérie des exigences dont on peut néanmoins considérer que, du point de vue de l'État de droit, elles ne sont ni inopportunes ni inutiles ?

La question soulève des problèmes complexes, et les réponses ne peuvent être que contingentes et, par la force des choses, prudentes et nuancées (32). Il semble néanmoins peu contestable que la portée qui devrait logiquement s'attacher au contrôle juridictionnel de l'administration n'est pas toujours à la mesure du rôle qui est actuellement le sien dans l'État, lors même que l'objet en subirait normalement une inflexion due à une réception nécessairement (mais pas toujours suffisamment) critique au regard de modèles exogènes.

(32) A. Bockel, *loc. cit.* ; F. Bénoit, « Les conditions du développement d'un droit administratif autonome dans les États nouvellement indépendants », *Annales Africaines*, 1962, p. 129 ; J. Bipoun-Woum, « Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les États d'Afrique Noire : le cas du Cameroun », *RJPIC*, 1972, n° 3, p. 359 ; etc.

2. *Les raisons de fond*

Les raisons de ces carences sont en grande partie d'ordre psycho-sociologique, à côté des critiques que peut parallèlement susciter la conception organique et formelle du contentieux. Des éléments d'explication peuvent être trouvés dans les structures diffuses et fondamentales des sociétés sur lesquelles celle-ci a été plus ou moins artificiellement greffée, par une démarche essentiellement volontariste, au moment des indépendances et au cours des années qui les ont suivies, ce que permettrait de mettre plus nettement en lumière, à titre complémentaire, une double analyse ethnologique et sociopolitique. Certains des obstacles en cause tiennent au système politico-administratif lui-même, alors que d'autres résultent de l'environnement socioculturel dans lequel s'établissent les relations administration-administré et s'exprime leur pathologie (33).

Ainsi, dans les pays et sociétés concernés, le choc brutal et déstructurant, voire « a-culturant », de la modernité (juridique en particulier) n'a pas toujours permis d'effacer les solidarités traditionnelles, qui continuent dans une certaine mesure – au demeurant variable selon le lieu, le moment, et les acteurs – à influencer dans un sens irrationnel nombre de comportements aussi bien individuels que collectifs (par référence à une « rationalité » juridique moderne, de type occidental, considérée comme un donné purement objectif, et sur lequel pour cette raison on ne portera bien entendu pas de jugement de valeur).

De la persistance de ces comportements fortement marqués par la tradition des relations sociales, avec le pouvoir (le souverain) en particulier, résulte alors une for-me de syncrétisme psycho-sociologique qui a des répercussions en profondeur à la fois sur la fonction sociale du système administratif, et sur la façon dont ceux qui en sont les principaux destinataires, les justiciables potentiels en l'occurrence, le perçoivent, le reçoivent, l'évaluent et réagissent à son égard. Elle détermine alors, selon les cas, soit leur capacité à l'assimiler, à des degrés ou de façons diverses, soit au contraire leur propension à le rejeter plus ou moins consciemment et ouvertement.

3. *Le contournement du droit*

Le contrôle exercé par le juge sur l'administration met en œuvre des méthodes et des techniques empruntées à un modèle étatique caractérisé par des relations sociales de type moderne (toujours dans le même sens), et par une intégration collective libérale des rapports entre l'État et les gouvernés, tendant à la limitation du premier par les seconds. Il se trouve alors partiellement mais inévitablement placé en porte-à-faux dans des pays où les soli-

(33) J.M. BRETON, *Le contrôle d'État sur le continent africain. Contribution à une théorie des contrôles administratifs et financiers dans les pays en voie de développement*, LGDJ, Paris, 1978, pp. 417 et s.

darités traditionnelles marquent encore et profondément les comportements individuels et collectifs, et où l' « impérialisme » administratif hérité de la colonisation, allié à l'autoritarisme politique endémique, excluent que les rapports entre la puissance publique et les administrés engendrent des attitudes conflictuelles susceptibles d'être interprétées en termes essentiellement juridiques, et, partant, de voir lesdits conflits résolus sur ces mêmes bases. La signification comme la portée du contrôle s'en trouvent alors inévitablement altérées au cours de l'une et l'autre phase.

On retiendra surtout, sur le second point, que la dévalorisation voire la disqualification du contrôle juridictionnel de l'activité administrative tient pour une bonne partie aux attitudes individuelles à l'égard du fait administratif, appréhendé en termes de modernisation, sinon de « sécularisation », du sous-système juridique. On peut y voir la traduction d'une assimilation limitée, ou d'une intégration imparfaite et inachevée, du fait administratif dans le vécu empirique de l'individu ; ou, seulement et plus simplement, une passivité à son endroit tenant au désintérêt qui s'y attache de ce fait.

Ces comportements traduisent soit une méconnaissance profonde ou une compréhension erronée des fonctions du système administratif dans la société ; soit une réaction inconsciente de rejet d'un système exogène ; soit, enfin, une absence de vulgarisation du système contentieux dans les rapports publics, parce qu'insuffisamment intégré par les attitudes individuelles et collectives envers l'État et la puissance publique.

Ceci tient, selon les cas, à des raisons elles-mêmes diverses, alternatives ou cumulatives : parce que, pour le citoyen, l'État, incarnation de la toute puissance unilatérale et de la souveraineté n'est pas « attaquable » au contentieux ; parce que, si tant est qu'il pourrait l'être, le justiciable n'a pas connaissance des instances et procédures existantes ou appropriées, pour autant qu'elles le soient, ce qui est loin d'être toujours le cas ; parce qu'enfin, s'il l'était effectivement, il n'existe aucune crédibilité quant au suite de la démarche contentieuse, soit en raison de l'absence d'indépendance réelle du juge, soit du fait de la quasi impossibilité d'obtenir l'exécution de ses décisions

Le contrôle juridictionnel de l'administration, et donc l'office du juge à son endroit, reste alors en pratique inévitablement « extérieur » aux relations de l'administré et de l'administration, dont certains facteurs évoqués ci-dessus excluent, entre autres, qu'elles puissent être de type ouvertement et juridiquement conflictuelles.

Il en résulte conjointement des comportements qui, pour obtenir la solution des litiges en cause, se développent essentiellement, sur la base de relations personnalisées de nature ethnique ou clientéliste, *praeter* voire au pire contra *legem*, contribuant par là à marginaliser plus encore la démarche proprement contentieuse.

C. – *Les perspectives d'une revalorisation souhaitable*

Elles seront très brièvement évoquées ci-après, ad referendum, en guise de conclusion de la présente étude, car elles en constituent plus un prolongement qu'un aspect spécifique.

Eu égard aux dysfonctionnements et carences du contrôle de l'administration par un juge dont le statut reste aussi ambigu qu'imparfait ou même inadapté, on est enclin à penser qu'elles passent à la fois par la médiation non juridictionnelle des relations conflictuelles de l'administration et de l'administré, et par le rapprochement du juge du justiciable, d'une part; et par le recadrage conceptuel et institutionnel du processus « contentieux », au sens large, faisant plus largement appel à des modes alternatifs spécifiques de règlement des litiges concernés (dont la médiation n'est que l'une parmi d'autres des options possibles), d'autre part.

1. *La médiation et le rapprochement du juge du justiciable*

Différentes pistes et directions de réflexion peuvent être suggérées ici (34). Sans les reprendre en détails, on peut se demander si, au stade actuel de développement et des « performances » du contrôle juridictionnel de l'administration dans les États africains francophones, et dans l'approche dominante qui en est mise en œuvre de facto, le rôle du juge ne gagnerait pas en efficacité et donc en crédibilité, par l'évolution et l'adaptation de son statut, à être en partie réorienté vers une fonction tutrice, voire médiatrice, tout au moins pour la part de son activité attachée à la défense des intérêts subjectifs des administrés, face à une administration où, dans son esprit tout au moins, avec plus d'un siècle de décalage avec la pratique française, l'idée de service n'a pas encore réussi à asservir celle de puissance.

Dans certains États, les plus hauts responsables de la hiérarchie juridictionnel le reconnaissent ainsi ouvertement en ce sens qu'il leur revient surtout d'exercer en pratique un rôle de conseil et de médiateur, plus qu'une véritable fonction contentieuse, demeurée relativement embryonnaire en matière administrative au regard du contentieux judiciaire, et ce en particulier dans des litiges qui, dans leur majorité, intéressent principalement la gestion de la fonction publique.

Cette conception tend à prévaloir aussi bien au sein des juridictions suprêmes, que des sections contentieuses qui ont pu être instaurées auprès de certains gouvernements afin de suivre les litiges mettant en cause l'exécutif. Dans les différentes hypothèses, la démarche vise à mettre en place de véritables procédures de « pré-contentieux », serait-elles pour certaines informelles, niveau auquel bon nombre de litiges peuvent probablement

(34) Cf., entre autres, les auteurs précités.

trouver une solution plus satisfaisante pour les parties, évitant par là au justiciable la saisine, toujours aléatoire dans son esprit, d'un juge imparfaitement adapté à sa fonction et peu en situation de l'exercer avec la sérénité et l'efficacité voulues.

Mais, si le plaideur peut à l'évidence y gagner quant à la reconnaissance de ses droits, le développement parallèle de telles procédures, quand bien même elles apporteraient la preuve de leur efficacité, est paradoxalement de nature à accentuer le déclin du contentieux proprement dit, voire a minima du rôle contentieux du juge, dès lors que la procédure juridictionnelle manifeste à l'inverse ses insuffisances.

Ceci explique à n'en pas douter l'extension et la montée en puissance du rôle des « médiateurs » mis en place depuis une dizaine d'années dans certains États africains (35), sur le modèle français, institution juridiquement novatrice généralement bien reçue, sans doute parce que, au-delà d'un succès variable, elle rappelle et reproduit en partie, *mutatis mutandis*, les modes traditionnels de règlements des litiges inhérents à un droit coutumier qui est plus celui de la parole que de l'écrit, et des relations directes que des procédures formalistes.

2. *Le recadrage et les modes alternatifs de règlement*

Ces quelques remarques, on l'aura compris, ne se veulent et ne sont qu'une contribution partielle et introductive à une réflexion plus large et transversale sur la rénovation du statut et partant du rôle du juge en Afrique, juge de l'administration en l'occurrence. Le débat est loin d'être épuisé, et sera enrichi des contributions spécifiques attendues de la recherche collective dans laquelle elle s'insère.

Il s'agit là au demeurant d'une question récurrente, qui a depuis l'origine interpellé et continue à mobiliser juristes et universitaires, juges et praticiens du contentieux, à partir du thème de la rénovation de la justice en Afrique, au nom le plus souvent, aujourd'hui, de la construction de l'État de droit (36). La problématique en cause est fondamentalement d'essence dialectique, au carrefour de l'héritage et de l'innovation.

Le juge africain, administratif y compris, serait-il ainsi la « victime expiatoire de la justice légaliste libérale », qui prendrait le contre-pied du communautarisme juridique africain ou le « garant potentiel de l'ordre constitutionnel et démocratique », en partie assise sur la modernisation des outils du

(35) Madagascar, Sénégal, Burkina-Faso, notamment.

(36) A.A. COULIBALY, « La rénovation de la justice en Afrique : le rôle du juge dans la construction de l'État de droit », *RJPIC*, 1999, n° 1, p. 50.

contrôle juridictionnel, et notamment sur le recours des procédures de conciliation balisées par le droit étatique (37) ?

Sans aller jusqu'à affirmer à cet égard que le vent de l'histoire soufflerait plutôt aujourd'hui, en doctrine comme dans la pratique, en faveur des « modes alternatifs de règlement des litiges » (38), il est incontestable qu'il y a là un domaine d'analyse intéressant qui ne saurait être négligé, tout en en appréciant les potentialités comme les limites.

Le contexte africain actuel s'y prête particulièrement, et lui offre semble-t-il, pour diverses des raisons évoquées, un champ privilégié, encore insuffisamment exploré, qu'il s'agisse de médiation, de conciliation, d'arbitrage, ou de toute autre forme de « palabre » (sans connotation péjorative aucune, de loin s'en faut) modernisée et efficiente, apte à pallier en partie les insuffisances tenant autant à la conception de l'institution judiciaire qu'au statut du juge de l'administration tels qu'ils sont perçus par le justiciable.

* *
*

Nous laisserons (temporairement) le mot de la fin, en guise de synthèse, aux conclusions respectivement formulées sur cette même question, à vingt-sept ans de distance (et dont la mise en parallèle est lourde de signification), par A. Bockel, qui estimait qu' « il serait regrettable », au vu des carences relevées dans l'office du juge de l'administration, « que la justice administrative qui est à même de réaliser une transformation progressive des mœurs administratives ne consistât essentiellement qu'en un énoncé de règles, si séduisantes soient-elles » (39); et A.A. Coulibaly, pour qui « l'affirmation d'un État de droit ne doit pas se faire au détriment de la recherche réelle d'une adéquation entre les normes induites par la justice légale libérale et les pratiques coutumières dans lesquelles baigne l'entendement du droit, au sens africain du terme. C'est le prix à payer pour voir naître une justice de proximité qui épouse son temps et ses valeurs » (40).

* *
*

(37) *Ibid.*, pp. 51 et 57. Ce même auteur estime que « dans le cadre de l'Afrique contemporaine, la mission du juge, qui consiste à rendre la justice, est indissociable de son rôle social et politique. Il peut contribuer à en réduire les effets pervers » (p. 66).

(38) Entre autres, voir in *AJDA*, 1997, n° 1, l'ensemble d'études réunies dans le dossier y consacré, pp. 3 à 63.

(39) *Loc .cit.*, p. 30.

(40) *Loc .cit.*, p 66. De façon générale, sur l'évolution politique et institutionnelle des régimes africains, depuis les indépendances, voir J.M. Breton, « L'évolution des constitutions et des régimes », dans *Manuel de droit constitutionnel et régimes politiques africains*, sous la dir. de M. Kamto et K. Mbaye (à paraître).

Enseigner sans reproduire – Innover sans tout détruire : Propos hétérodoxes au départ de quelques constats élémentaires (1)

PAR

JACQUES P. VANDERLINDEN

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE MONCTION

Au seuil de ce que les Européens et, bien entendu, leurs descendants ayant peuplé ce que, dans leur européocentrisme, ils ont appelé le Nouveau Monde, conviennent d'appeler le Troisième Millénaire (2), il est tentant, pour ceux qui ont vécu, adultes, le dernier demi-siècle, d'y attacher une importance particulière par référence à ce pseudo-événement. Les constats qui vont suivre devraient, au contraire, à mes yeux, se replacer nécessairement dans un cadre historique qui se situerait – paradoxe suprême – hors du temps, dans cette longue durée qui n'appartient pas seulement au passé, mais aussi à l'avenir. C'est dire à suffisance la relativité et, sans doute, la vanité de mon propos.

Dans ces conditions, pourquoi s'y prêter ? Parce que je crois profondément qu'il convient de témoigner (en espérant ne pas être, pour autant, un martyr de la cause que l'on entend ainsi servir) lorsqu'on le croit opportun, voire nécessaire. Un peu plus de quarante ans de ma vie ont été consacrés à m'imaginer que je « formais » des juristes et je crois pouvoir dire que du sérail j'ai connu les détours dans les innombrables fonctions que j'ai exercées dans de nombreux pays d'Amérique du nord, d'Afrique et d'Europe.

(1) Bien que la formation du juge africain fasse l'objet de mes préoccupations depuis de nombreuses années, ce texte a d'une part été conçu comme le point de départ d'un débat au sein du CERDRADI et d'autre part dans un délai anormalement bref résultant de contraintes propres aux conditions dans lesquelles il sera éventuellement rendu public pour la première fois. Ceci explique son caractère provisoire et relativement bref par comparaison avec le sujet dont il traite. En outre, le lecteur lui trouvera peut-être, par endroits, un caractère provocateur, voire pamphlétaire. Qu'il veuille bien me le pardonner; pour des raisons obscures, les choses de l'Afrique me passionnent au point que je m'en abandonne à la passion; ceci n'ôte rien au sérieux avec lequel j'aborde mon propos. J'en assume en outre l'entière responsabilité, bien que j'ai bénéficié des précieux avis à son sujet de collègues congolais réunis au sein du Groupe de Recherches et documentations juridiques africaines qui publie depuis trois ans déjà la Revue de droit africain; étant donné qu'ils ont conservé l'anonymat, je me référerai à leurs contributions en citant « un collègue congolais ».

(2) Personne ne s'est jamais demandé le Troisième Millénaire de quoi, alors que pour l'écrasante majorité de l'humanité, le 1er janvier 2000 ne représente strictement rien que ce soit dans son passé, son présent et son futur.

Cependant si former est, au sens premier que lui donne le *Petit Robert*, « donner l'être et la forme », je ne suis pas convaincu, au terme de cette carrière, que j'ai eu souvent l'occasion de donner aux quelque vingt mille étudiants qui ont dû passer entre mes mains grand chose d'autre que la forme. Mais n'était-ce pas orgueil démesuré que prétendre leur donner l'être ? Particulièrement en ce qui concerne le plus grand nombre des Africains auxquels j'ai enseigné. Sans doute. Alors que c'est certainement ce dont ils avaient le plus besoin. Des formes, ils n'ont d'ailleurs pas manqué d'en conserver, pour leur plus grand mal. Je dois donc admettre que j'ai, pendant longtemps, avec beaucoup d'autres de mes collègues, peut-être effectué les mauvais choix. Ou qu'ayant fait les bons, je n'ai pas eu la force de conviction ou utilisé les moyens susceptibles de les imposer. Mais qu'importe. L'essentiel est que j'en sois conscient et comme l'astronome sommé de se renier, je persiste et signe. Mais, sachant pertinemment que plus d'autres sont enclins à croire que je sais, plus je sais que je ne sais rien, je me garderai bien d'essayer d'imposer aux Africains (ou du moins ceux qui se seront reconnus dans les pages qui précèdent au point de ne plus vouloir même accepter de lire mon témoignage) dans la solution d'un problème qui les concerne au premier chef. Je l'ai écrit ailleurs : la réinvention des droits africains sera, avant toutes choses, l'œuvre des Africains. Mais j'ai aussi écrit que je ne pouvais accepter l'argument qui m'interdirait en raison de mes origines (je préfère écrire cela que « la couleur de ma peau ») de témoigner au sujet d'un questionnement qui, à tort ou à raison, me tient à cœur et, en l'occurrence, constitue la trame de ma vie depuis bientôt quarante ans : *comment enseigner sans reproduire – innover sans tout détruire.*

Ceci dit tout enseignement se définit par rapport à son objectif, en l'occurrence une certaine idée de ce que doit être l'administration de la justice dans un contexte déterminé, dans ce cas celui de l'État africain post-moderne. Tout est donc bien affaire de choix de formation, de droit et d'État, puisqu'aussi bien, même dans une perspective post-moderne, il n'est pas nécessairement indispensable de détruire l'État, mais bien d'en redéfinir la place au sein des multiples sociétés cohabitant dans un espace géographique déterminé. Vouloir détruire l'État serait se placer d'emblée dans le domaine de l'irréel, particulièrement au plan international. Mon titre est donc sans ambiguïté sur ce point : il n'est pas question de tout détruire.

Ceci clairement posé, mon point de départ est que la formation (3) du juge africain me paraît s'inscrire dans un triple constat. Celui-ci concerne, *mutatis mutandis*, aussi bien l'Europe que l'Afrique dans la mesure où la première (4), à travers ce que je serais tenté d'appeler une forme de néo-coloni-

(3) A-t-on jamais mesuré la prétention enfermée dans ces trois syllabes dont le sens premier (selon le Petit Robert), je le rappelle, recouvre le fait de « donner l'être et la forme ».

(4) Et ses prolongements nord-américains, bien entendu.

sation (5) intellectuelle, continue, près d'un demi-siècle après les décolonisations formelles, à projeter sur la seconde ses modes (pour ne pas dire ses modèles) de pensée. Il se situe, en ce qui concerne l'État, le droit et la reproduction de l'un et de l'autre, au niveau de l'enseignement.

Au premier chef, donc, qui oserait dire, de manière générale, que l'État, que l'on appelait encore moderne (6), il y a un demi-siècle n'est pas menacé de disparition à l'heure actuelle, sur le continent africain ?

Si nous nous tournons vers l'Afrique intertropicale (7), foyer géographique de notre réflexion, la situation y est particulièrement grave. L'État, que l'on appelait encore moderne, il y a un demi-siècle et que les nations colonisatrices ont légué à leurs anciens territoires situés sur le continent africain, n'existe plus aujourd'hui, dans nombre de cas, autrement que comme une coquille vide. Il y a un an, Dominique DARBON, à l'occasion d'un colloque consacré à *La création du droit en Afrique* (8) et, apparemment sans être sérieusement contredit par les participants, mettait dans une lumière crue l'effondrement de l'État africain intertropical contemporain. Sans qu'il faille aller jusqu'aux extrêmes qu'ont représenté ou représentent le Burundi, les deux Congo, la Guinée, le Libéria, le Rwanda, le Tchad ou la Sierra Leone, le constat est général et sans appel. Que ce soit sur les plans économiques, politiques ou sociaux, l'Afrique sub-saharienne dérive inexorablement vers un horizon sans avenir. Plus personne n'ose y parler aujourd'hui de pays en voie de développement et si le vocable sous-développé n'est pas encore revenu à la mode, l'emploi de celui de pays en voie de sous-développement semble déjà dépassé dans la bouche de ceux qui manient une autre langue que celle de bois.

Certes, la dimension économique est celle qui frappe le plus. Après avoir permis sans vergogne à ces pays de s'endetter au delà du supportable, les pays industrialisés, par l'intermédiaire commode de la Banque mondiale ou du Fonds monétaire international, leur imposent des politiques d'ajustement dont jamais ils n'oseraient infliger les conséquences à leurs propres citoyens, en même temps qu'ils continuent à permettre à leurs nationaux d'en saigner à blanc les ressources naturelles, d'y installer leurs poubelles et, pour faire bonne mesure, de leur vendre les armes qui leur permettront de

(5) Je ne suis pas le seul à parler ainsi, encore que j'aie une tendance naturelle à préférer les mots en- *ion* à ceux en- *isme*, qu'utilise, par exemple, P. NKOU MVONDO, « La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone », *Penant*, (24) 1997, 208.

(6) En Afrique, la modernité était le privilège du colonisateur important son droit « moderne » représentant le « progrès » et l'« avenir » face à la tradition incarnée, chez le colonisé, par son droit « traditionnel » symbolisant sinon la régression, au moins l'« immobilisme » et le « passé ». Jupiter aveugle ceux qu'ils veut perdre.

(7) J'exclus donc de mon propos l'Afrique dite du Nord et celle dite australe que je ramènerais à la seule Afrique du Sud et aux trois États gravitant directement dans son orbite, le Botswana, le Lesotho et le Swaziland.

(8) Paris, Harmattan, 1998.

s'entre-tuer. Lorsque l'Europe et ses prolongements nord-américains apparaîtront un jour au tribunal de l'Histoire et que l'on pèsera, en conscience, ce deuxième demi-siècle par rapport au précédent, il est permis d'avoir des doutes sur l'identité de celui qui pèsera le plus lourd dans la balance du remords. En pareille situation, quel est encore le sens des constitutions, cadres formels de l'organisation étatique, au sujet desquelles les juristes aiment tant gloser et que signifient encore ces pauvres cinq lettres qui nous sont chères et qui composent le mot droit? Et puisqu'il en est question, venons-y.

Que dire, par rapport à ce triple constat, qui soit relatif aux droits africains? Empreints le plus souvent du positivisme moderne qui dominait encore la production des droits coloniaux à la veille des indépendances, ils semblent être demeurés au temps des colonies. Nombre d'entre eux se caractérisent même par une accentuation du processus réputé « civilisateur » de la période précédente à travers une série de réformes législatives radicales tendant à faire disparaître la pluralité des droits existant sur le territoire; le cas d'école en la matière fut la législation ivoirienne relative au mariage, mais il en est bien d'autres. Il en est résulté, d'emblée, dans des États venant d'accéder l'indépendance, un écart croissant entre le droit étatique et ceux que sécrétait la société civile. Ce distanciement s'est accentué dramatiquement dans certains pays à travers l'effondrement de l'État auquel il a été fait allusion. La justice étatique, appliquant le droit que l'on appelait, sans ironie, moderne, s'est effondrée au même titre que le système dont elle était l'un des éléments constitutifs. Sans doute les apparences étaient-elles et sont-elles encore souvent sauves pour ceux qui arrêtent leurs regards sur le droit au niveau de la source formelle, du papier servant de support matériel à la loi, à la jurisprudence ou à la doctrine.

Mais quiconque se soucie d'en déchirer le voile fragile constate la faiblesse des moyens qui lui sont consentis, les délais qui en résultent dans les procédures et son inadaptation à traiter des problèmes nouveaux et graves de société qui sont le lot des pays africains contemporains. Il y aura bientôt dix ans, que Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, Gérard CONAC et Maurice GLÉLÉ AHANHANZO, que certains considèrent, à tort ou à raison, comme des orfèvres en la matière et dont les noms sont associés aux droits africains depuis quelques décennies, entreprenaient, dans un numéro spécial d'*Afrique contemporaine,* de nous en offrir un échantillon avec l'aide d'une quarantaine de collaborateurs. Ouvrant les contributions et se penchant sur l'Afrique francophone, le premier nommé dressait un triste tableau de ce qu'il appelait pudiquement « un service public en crises » (9). Il est relayé plus

(9) Afrique contemporaine, numéro spécial, (156) 1990, 10. Bien que mon propos soit centré sur l'Afrique francophone, le constat est valable, *mutatis mutandis*, pour l'Afrique anglophone. Voir notamment les réflexions de S. COLDHAM, dans le même numéro d'Afrique contemporaine, 27-37. Celui-ci conclut sa présentation,plutôt formelle, par cet « understatement » typiquement

récemment, entre autres, par Prosper NKOU MVONDO (10) qui n'hésite pas à conclure que « la justice africaine doit cesser d'apparaître aux eux des citoyens comme une affaire des 'autres', une affaire de ceux qui ont été à l'école des Blancs, de ceux qui ont de l'argent ». Et ce n'est pas la création d'un système judiciaire autonome au bénéfice des « opérateurs économiques », tel qu'il est conçu par l'OHADA, qui comblera le déficit de justice qui est le lot du sujet de (non-)droit qu'est devenu l'Africain ordinaire, celui qui n'a pas été à l'école des Blancs, qui n'a pas d'argent et n'est donc pas un « opérateur économique » (11).

La situation désastreuse de la justice étatique est sans doute la plus grave dans certaines mégalopoles africaines où se manifeste une justice que certains pudiquement appelleront « populaire », mais qui n'est en fait souvent qu'une « justice sauvage » où la loi du lynch tient lieu à la fois de seul principe directeur et de seul mode de mise en œuvre du principe (12). Ces multiples facettes d'une même réalité peuvent enfin atteindre au cauchemar lorsqu'on se trouve dans des situations extrêmes comme en ont connues un certain nombre d'États. J'ai eu l'occasion de l'écrire dans un texte récent traitant des droits du Burundi, du Congo (13) et du Rwanda : « Une présentation des droits du Congo, du Rwanda et du Burundi peut apparaître, au mieux, comme un exercice futile, au pire, comme une insulte aux habitants de ces pays, compte tenu de l'état complet de non-droit qui y prévalut au milieu des années 1990 » (14).

Ce sombre tableau ne veut cependant pas dire que l'Afrique contemporaine vive sans droit. Chacun, à son niveau, se réfugie dans ce qu'il est capable de trouver (ou retrouver) comme structure sociale capable de lui restituer un certain État de droit, alors que, en certains cas, le droit étatique a conservé une partie de sa vigueur. Ainsi le fonctionnaire retrouve-t-il dans l'action de la juridiction administrative le sentiment que les règles présidant à son statut sont plus ou moins respectées (15) ; ainsi l'islamisé se confie-t-il

britannique et qu'il convient de décrypter pour en percevoir la juste valeur : « ... parfois, un manque de confiance dans le fonctionnement de la justice amène les gens à régler leurs différends... sans faire appel à la justice.. ».

(10) « La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone », *Penant*, (24) 1997, 208.

(11) Voir mon commentaire chagrin sur ce point dans « Quo vaditis iura africana », *Jahrbuch fur afrikanisches Recht*, (8) 1997, 145-161.

(12) On ne peut confondre cet état de fait avec la situation, que je considère comme de droit et dont il sera question dans un instant, dans laquelle les habitants de certains quartiers, face à la défaillance de l'État, réorganisent à leur convenance l'administration de la justice.

(13) Au moment de la rédaction de ce texte, il s'appelait encore le Zaire.

(14) *Encyclopedia of Africa*, 4 vol., New York, Charles Scribner's Sons, 1997, in vol. 2, vo Law : Congo, Zaïre, Rwanda and Burundi, 551-553.

(15) Voir mes considérations sur cette partie, en apparence hyperdévelopée du droit étatique si on en juge par la littérature qui lui est consacrée, dans mon « À propos de la création du droit en Afrique — Regards d'un absent », *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, 12-40.

à une autorité plus ou moins traditionnelle reproduisant, en ville, les structures du milieu rural (16); ainsi, les habitants de certains quartiers de Nairobi créent-ils un ordre juridique nouveau, possédant tous les rouages, non institutionnalisés, qui lui sont indispensables pour fonctionner (17); ainsi les enfants complètement abandonnés des rues de Kinshasa créent-ils, entre eux, un ordre qui leur permet de vivre en véritable société; ceci pour les villes. Mais des travaux récents montrent qu'il en va de même dans les campagnes, dont il serait illusoire qu'elles en sont demeurées à l'époque précoloniale, hors du temps. KEBA MBAYE le confirme – mais il est vrai que la démonstration de départ était éclatante – dans sa post-face à l'ouvrage de Maryse RAYNAL (18) traitant de la République centrafricaine, lorsqu'il écrit qu'on peut se demander « si véritablement il y a en Afrique une différence entre le devin, le juge et le sorcier » (19). Et l'un de mes collègues congolais de renchérir : « Un juge qui ne serait pas sorcier ne saura pas juger les sorciers ». De même Abdourahaman CHAÏBOU, dans une remarquable thèse portant sur « Le transfert des concepts du droit processuel français au Niger » (20), montre combien interagissent modes de preuve dits modernes et dits traditionnels. Enfin, et ce ne sont là que quelques exemples puisés dans la littérature des cinq dernières années parmi des dizaines qui pourraient être cités, dans un numéro récent du *Jahrbuch für afrikanisches Recht* (21) Kafui ADJAMAGBO-JOHNSON et H.J.A.N. MENSA-BONSU mettent en évidence, que ce soit en matière de transferts de terres au Togo ou de succession *ab intestat* au Ghana, le pluralisme (22) fondamental des systèmes juridiques de l'Afrique contemporaine qui voit cohabiter les vestiges de l'ordre juridique étatique en ruines et d'autres droits issus d'une véritable production populaire.

Nous en arrivons ainsi au troisième volet de ce triptyque de constats devant servir de base à une interrogation relative à la formation du juge africain. Qu'en est-il de cette formation ?

Dans la dernière phase de la colonisation, qui va se perpétuer pendant quelque temps encore malgré certains étonnements (23), le mot d'ordre est

(16) Voir la contribution de F.A. SALAMONE, relative à la ville d'Ibadan dans *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 42 (1988), 139-156. Ce numéro est consacré aux « Villes africaines et pluralisme juridique »

(17) Voir *idem*, 179-198, le texte de Rodriguez-Torres

(18) *Justice traditionnelle, justice moderne — Le devin, le juge et le sorcier*, Paris, L'Harmattan, 1994.

(19) *Idem*, 312.

(20) Thèse de doctorat défendue à l'Université d'Orléans en 1997.

(21) (8) 1994 (paru en 1996).

(22) Mes observations à son sujet figurent dans la synthèse du volume du *Journal of Legal Pluralism* qui vient d'être cité et dans *Quo vaditis iura africana*, précité.

(23) Je pense à ce titre, hautement symbolique, du doyen DECOTTIGNIES, dans un article traitant du droit lui-même · « Nos ancêtres les Gaulois... » Voir aussi son « Reports on Legal

à la reproduction des programmes des métropoles coloniales. Rarement le souci de former l'Africain à notre image n'aura été aussi manifeste. Et, paradoxe des paradoxes, le premier pays à se détacher radicalement du modèle métropolitain sera le Congo (Kinshasa) dès 1962, à un moment où l'université Lovanium n'a pas encore produit son premier diplômé en droit ayant suivi le programme inspiré directement du droit belge. Qu'il s'agisse de la durée des études, du contenu du programme ou de l'intitulé du diplôme final, la rupture est sensible; au plan du contenu, la grande nouveauté, qui demeurera pendant quelque temps exceptionnelle en Afrique, tient en l'introduction dans chacune des trois années de licence d'un enseignement de droit dit coutumier (24). Pendant quelques années, chaque pays africain cherche ainsi sa voie, les facultés se créant au fil du temps aux quatre coins de l'Afrique intertropicale, le plus souvent en fonction de la disponibilité des moyens *importants indispensables* à l'entreprise.

Si le bilan sommaire dressé dans le *Journal of African Law* en 1962 relève du descriptif, l'heure de la réflexion sonne un peu plus de cinq ans plus tard, lorsque se réunit la première conférence internationale consacrée au sujet (25). Elle se tient en 1968 et a pour cadre le Centre pour le développement juridique africain de l'Université Haïlé Selassié I[er] (comme on l'appelait alors) d'Addis Abeba (26). Les pays de l'Afrique francophone y apparaissaient à la portion congrue, puisque seules étaient représentés l'École nationale d'administration et la Faculté de droit de Kinshasa et la Faculté de droit de l'Université nationale du Cameroun, représentée par un Européen anglophone. Par contraste, pas moins de treize facultés de droit ou écoles d'administration anglophones étaient présentes. D'emblée, le créateur et premier doyen de la Faculté locale, J.C.N. PAUL, mit l'accent sur la nécessité, pour les facultés de droit africaines, de former d'autres juristes que ceux « efficaces dans les techniques traditionnelles de la pratique du droit, sans que celles-ci reçoivent une orientation plus large » (27). Et de citer, parmi les disciplines susceptibles d'orienter la pensée des futurs juristes africains, « le droit comparé, l'histoire du droit, les sciences du com-

Education in Africa-Sénégal », *Journal of African Law*, 6 (1962), 129 et celui de G. TIXIER, sous un titre identique, à la référence près du pays, dans le même périodique, 95.

(24) Ayant été le premier à l'assumer pendant trois ans, j'en possède encore, sauf accident, les notes de cours. Voir aussi mes « L'heure du droit africain », *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1962, 1-13 et « Problèmes de l'enseignement du droit en République du Congo », *Revue de l'Institut de Sociologie*, Bruxelles, 1965, 69-89

(25) Par la force des choses, il n'est pas possible d'envisager ici toutes les manifestations d'intérêt pour la formation du juriste africain qui se sont manifestées au cours du dernier demi-siècle. Au delà de celles qui avaient pour ambition de poser le problème au niveau de lAfrique intertropicale et que je citerai, je renvoie le lecteur à la bibliographie jointe au présent texte.

(26) Compte-rendu de la Conférence sur l'enseignement du droit en Afrique (sous la direction de J. VANDERLINDEN), *Addis Abeba*, Centre pour le développement juridique africain, 1968.

(27) *Idem*, 14.

portement, l'économie du développement, l'analyse des problèmes de main-d'œuvre et la programmation en matière d'éducation » (28), pour constater d'ailleurs que la plupart des enseignants présents étaient, dans leur ensemble, bien mal équipés pour intégrer ces disciplines à leur enseignement du droit. Et il poursuivait en insistant qu'avant toutes choses le juriste africain devait être un « agent de développement », donc de changement (29). Qu'il s'agisse de développement, économique, politique ou social, le juriste devra avoir une juste perception des problèmes qu'il pose, des résultats auxquels il mènera et des difficultés immenses que le déclenchement de cette dynamique risque d'entraîner. Cette « vision », dans tous les sens du terme fut rapidement démentie lorsque le contenu des enseignements dispensés à l'époque en Afrique fut examiné au cours d'une session ultérieure. À l'évidence, les programmes existants (nous sommes en 1968) ont pour seule fonction d'enseigner en reproduisant des contenus et des méthodes classiques. Une chose apparaît en pleine clarté à ce moment : l'un des obstacles majeurs à une vision nouvelle de l'enseignement du droit gît dans la préparation à leur tâche de ceux chargés de la dispenser. La révolution doit d'abord se faire dans l'esprit des maîtres!

Puis suit le volume consacré, un peu plus de cinq ans plus tard (30), par l'Association internationale des sciences juridiques à *La formation juridique en Afrique noire* (31). Cette fois-ci, l'Afrique francophone tient le haut du pavé, encore qu'on retrouve dans ce volume deux des contributeurs au *Compte-rendu* précédent. Dans son introduction synthétique générale, M. PÉDAMON souligne notamment que « les pays africains sont à la recherche de leur voie propre en ce qui concerne la formation des juristes dont ils ont besoin » (32), mais aussi que « ce mouvement de décolonisation est loin d'être achevé et, comme le souligne le Professeur VANDERLINDEN, doit être complété par une remise en cause constante du système éducatif » (33). Plus loin, il constate l'existence généralisée d'une introduction « poussée » (34) à l'économie politique dans les programmes de première année des facultés francophones d'Afrique et « parfois aussi » (35) celle de la sociologie; j'y reviendrai. Il cite également Jean IMBERT, participant au volume, pour souligner l'importance, dès la première année, d'enseignements d'histoire du droit des

(28) *Idem*, 15.

(29) Dans cet Empire, dont on ne dira jamais assez combien, sur le plan de l'enseignement universitaire, il était libéral (voir mon *L'Éthiopie et ses populations*, Bruxelles, Complexe, 1977), J.C.N. Paul n'hésitait pas à parler de « révolutions » auxquelles devait participer le juriste.

(30) Bien qu'il soit publié en 1979, les études et données qu'il contient ne dépassent pas 1974.

(31) (Sous la direction de M. PÉDAMON), Bruxelles, Bruylant, 1979.

(32) *Idem*, 3.

(33) *Ibidem*.

(34) *Idem*, 10.

(35) *Ibidem*.

pays africains en cause, de sociologie juridique et politique s'appuyant sur des données ethnographiques et linguistiques, et enfin d'une formation économique insistant sur les ressources, les circuits commerciaux et la géographie de ces mêmes pays (36). Enfin, le responsable de la publication met en évidence les différences de conceptions existant entre « développementalistes », dont James C.N. PAUL s'était fait le chantre à Addis Abeba, ralliant autour de ses conceptions nombre (mais pas l'ensemble) des enseignants anglophones, et « traditionalistes » qui se retrouveraient davantage, malgré une vocation à un aggiornamento minimal, dans les facultés africaines francophones. Il cite, à cette occasion, la vocation pluraliste des premiers et celle unitariste des seconds, qui disposent dans le champ francophone d'un champion hors-pair en la personne de Keba M'BAYE, Premier Président de la Cour suprême du Sénégal, membre du conseil de l'Association internationale des sciences juridiques, Président de l'Association internationale de droit africain, avant de devenir juge à la Cour internationale de Justice, mais aussi auteur de nombreux travaux remarquables et remarqués qui en font un oracle en la matière. Aussi ne faut-il pas s'étonner que les conclusions de M. PÉDAMON soient très nuancées dès qu'il s'agit de faire du juriste un « agent du développement » (37).

Dix ans plus tard, l'Académie royale des sciences d'outre-mer de Belgique publie les actes de son symposium, tenu à Bruxelles, sur le thème *La connaissance du droit en Afrique* (38). C'est l'occasion pour de nombreux participants, africains et européens, d'apporter aux débats leur expérience de l'enseignement du droit en Afrique et pour F. REYNTJENS d'en dresser un tableau d'ensemble (39). Celui-ci se conclut par un constat : « Il est tout aussi clair que l'état actuel des choses [i.e. de l'enseignement du droit en Afrique], dans une large mesure, ne conduit qu'à un semblant de connaissance d'un semblant de droit. Semblant de connaissance parce que cette connaissance n'est souvent que formelle et manque de tout lien avec la réalité; semblant de droit parce que beaucoup trop peu d'efforts sont entrepris pour connaître le droit et les problèmes juridiques de la grande majorité de la population » (40). Que dit d'autre, au même symposium, P.-L. AGONDJO-OKAWE, lorsqu'il conclut que « une meilleure approche de la connaissance du droit en Afrique réside, pensons-nous, dans la complémentarité entre une droit légiféré, dit moderne, souvent théorique parce que non vécu, du moins par la majorité des sujets de ce droit, et un droit vécu, dit réel, sociologique,

(36) *Ibidem*.

(37) *Idem*, 25-26.

(38) (Sous la direction de Jacques Vanderlinden) Bruxelles, Académie royale des sciences d'outre-mer, 1984.

(39) « De juridische opleiding in zwart Afrika », *idem*, 16-37.

(40) *Idem*, 35-36.

plus près du droit endogène, plus conforme aux réalités du moment » (41). Or qui est mieux placé que les établissements d'enseignement du droit pour, à travers les travaux des enseignants et – je le souligne – des étudiants, réaliser cette connaissance des droits, préalable indispensable à l'enseignement, et remédier aux deux semblants que met en évidence F. REYNTJENS ?

Depuis quinze ans maintenant, l'enseignement du droit en Afrique n'a plus fait que l'objet de travaux particuliers; j'ai cité le texte relativement récent de NKOU MVONDO, qui est un résumé de sa thèse de doctorat. Que nous dit-il du juge africain ? La citation semblera longue à certains, mais elle vaut son pesant de patience :

> « Détenteur d'un savoir exogène, le magistrat africain ignore les réalités de son milieu ou alors fait semblant de les ignorer. N'ayant reçu aucune formation relative aux us et coutumes, il apparaît comme un étranger par rapport à l'Afrique, aussi bien sur le plan juridique que sur le plan plus large de la culture.
>
> Le magistrat africain a du mal à exercer son métier Il n'aborde le justiciable que dans la langue officielle, ce qui rend difficile toute communication dans des pays où la majorité des justiciables ne maîtrise pas la dite langue
>
> Le juge apparaît, en effet, comme un prêtre inaccessible respecté, vénéré... Il est imbu d'une supériorité morale et intellectuelle. On ne peut l'approcher que par l'intermédiaire d''initiés' qui parlent son langage et qui seuls sont capables de scruter sa pensée. On appelle alors 'maîtres' ces intercesseurs. Des maîtres qui ne sont pas payés, mais 'honorés' par de l'argent Ils se regroupent en cercles très fermés appelés 'ordres'. Il s'agit ici des avocats, autres personnages rejetés par les justiciables » (42).

En termes plus nuancés, Demba SY, dans le présent volume (43), parle de « sentiment de méfiance, voire de suspicion » (44) des justiciables à l'égard des juges, de leur « mauvaise presse » (45), d'un « excès d'indignité » (46) et nous dépeint une situation dont le moins qu'on puisse dire avec lui qu'elle est caractéristique d'une crise profonde. De même, au même endroit, Boubacar Issa ABDOURHAMANE (47) analyse les causes du « regard sévère » (48) que porte parfois sur le juge le justiciable nigérien et aboutit à un constat identique de « crainte et de manque de confiance » (49). Et qu'ajouter enfin à cette phrase de Jean-Marie BRETON, toujours dans ce volume : « la déliquescence de la société et du pouvoir entraîne une dévalorisation et une déstructuration corrélatives d'une justice qui n'a plus vocation à offrir d'alternative de sécurisation et de stabilisation » (50).

(41) *Idem*, « L'enseignement du droit au Gabon », 342-343.
(42) *Supra*, note 5, 215.
(43) Voir *supra* la communication de D. SY.
(44) *Ibidem*, p. 347.
(45) *Ibidem*.
(46) *Ibidem*.
(47) Voir *supra* la communication de cet auteur.
(48) *Ibidem*, p. 347.
(49) *Ibidem*.
(50) *Ibidem*, p. 347.

Le tableau est sombre. Et quiconque n'aurait pas suivi, au jour le jour, le lent naufrage de l'Afrique dans un sous-développement sans fin apparente, comprendrait difficilement qu'à pareille situation il n'aie pas encore été porté remède. Sans doute peut-on espérer que le projet de recherche du CERDRADI, en posant un diagnostic en profondeur sur les maux qui affectent le statut (51) du juge africain, le permettra enfin. Point n'est besoin d'espérer pour entreprendre...

Tout ceci étant posé, j'ai conscience du caractère relativement accessoire de mon propos dans une éventuelle recherche collective portant sur le statut du juge en Afrique. Les textes présentés par le CERDRADI dans ce volume démontrent à suffisance la complexité du problème qui n'est qu'un aspect de la situation dramatique d'un continent à la dérive sur tous les plans, sauf peut-être celui de la renaissance des réseaux de solidarité communautaires quel qu'en soit le fondement (52). J'ai parfaitement conscience de ce que les efforts des enseignants africains œuvrant dans un contexte pédagogique renouvelé demeureront vains aussi longtemps que les maux fondamentaux dont souffrent les juges et qu'ils dénoncent si éloquemment n'auront pas reçu ne serait-ce qu'un début de solution. Mais je crois aussi qu'il est important de préparer (je préfère décidément ce terme à celui de former (53)) les futurs magistrats à jeter sur leurs sociétés et les droits qu'elles sécrètent un nouveau regard les rapprochant de ceux qu'ils déçoivent à l'heure actuelle dans leur aspiration à davantage de justice. Je ne crois donc pas mon propos inutile, mais j'en mesure la très relative importance.

Enfin, avant d'aborder une nouvelle réflexion sur un bien vieux sujet, un dernier caveat. Mon propos ne peut être abordé, comme tant de beaux esprits l'aimeraient, de manière « neutre » ou encore « objective ». Chacun d'entre nous, consciemment ou au tréfonds de l'impensé de son discours, développe une certaine idée des trois termes qui forment le cœur de mon argument : l'État, le droit et la formation du juriste, donc du juge. Je voudrais toutefois, avant d'aborder ce cœur, préciser la portée de ce dernier syllogisme que je pourrais reformuler plus explicitement en posant : qui dit juge dit droit, qui dit droit dit juriste, donc qui dit juge dit juriste. Il ne me paraît en effet aucunement convaincant. Car, de nouveau, lorsque nous

(51) Pas tellement du point de vue juridique — car se contenter d'une modification des textes l'organisant serait poser un emplâtre sur une jambe de bois — que du point de vie de son vécu quotidien. C'est pourquoi j'aurais personnellement préféré, comme intitulé du projet, « L'état du juge en Afrique » en pensant à l'état d'un grand malade, quelles que soient les garanties juridiques d'être bien traité que lui fournissent les textes des règlements de la Sécurité sociale.

(52) L'exemple fourni en séance par Alioune Fall au sujet des confréries mourides du Sénégal ou celui, précité, des quartiers de Nairobi sont éloquents à cet égard; ils pourraient être multipliés.

(53) Il évoque irrésistiblement le temps — que j'ai connu — où, à l'armée, on « dressait » les recrues

parlons de juriste, nous nous référons implicitement au modèle qui est familier à l'Occident qu'il soit européen ou américain, c'est-à-dire à un professionnel ayant reçu une formation dont le niveau est variable et bénéficiant le plus souvent d'une expérience qui le qualifie pour la fonction judiciaire. Mais que dirions-nous si, comme dans l'Afrique pré-coloniale, mais aussi, des exemples récents le montrent (54), dans le cadre de l'État post-colonial (55), des « anciens », des « notables », des « sages » (56) jouent un rôle capital dans l'administration de la justice. À l'évidence, ce n'est pas d'eux qu'il est question sous le titre de cet essai. D'eux, qui appartiennent indiscutablement à la catégorie des juges, on pourrait dire, parodiant PORTALIS lorsqu'il parlait des codes (57) : « Les juges des peuples se forment avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les forme pas ». Ce qui ne veut pas dire qu'on ne pourrait concevoir des moyens d'améliorer la qualité de leur action (58). Mais là, je l'ai dit, ne me semble (59) pas être mon propos. Celui-ci se centre donc sur le juge professionnel « à l'occidentale » dont je souhaiterais qu'il soit à même de fonctionner au sein des tribunaux et cours d'État dans le cadre d'un État africain renouvelé acceptant une conception également neuve et donc pluraliste du droit.

Est-il besoin d'aller plus loin dans les préliminaires ? Je ne le pense pas et j'articulerais ma réflexion relative à la préparation du juge africain autour de deux propositions en forme de questions.

(54) Voir, pour ne prendre qu'un exemple, le rôle que jouent, au Burundi, les bashingantahe dans la production du droit (G GATUNANGE, « Les sources du droit au Burundi », *Mode de production des droits africains et common law*, Moncton, Centre international de la common law en français, 1995, 51-64.

(55) Je passe évidemment sur le rôle que jouaient les instances dites « coutumières », « indigènes » ou « traditionnelles » pendant la période coloniale. Il est à la fois fort bien connu dans ses principes et plutôt mal connu dans sa pratique. Voir, à titre d'exemple, mon « Aspects de la justice indigène en pays zande en 1956, 1957 et 1958 », *La Justice en Afrique noire*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, 1969, 143-202

(56) Dans un jugement récent du Tribunal de Grande Instance de Kinshasa, il est question des « sages du quartier », lesquels décident et font exécuter un emprisonnement dans une maison privée, lesquels faits sont, à l'évidence une « séquestration arbitraire » aux yeux du droit de l'État. Voir la *Revue de droit africain*, (7) 1998, 360.

(57) Celui qui apparaît comme le principal auteur du Code civil déclarait, dans le *Discours préliminaire*, que « les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas » (LOCRÉ, *Traité de législation civile et commerciale*, Bruxelles 1836, vol. I, 160, n° 18.

(58) Des collègues congolais à qui j'ai soumis ce texte, m'encouragent à l'usage de ce dernier terme. En effet, ils mettent en lumière que les juges non juristes sont davantage des sages que des juges. Et est-il possible de former à la sagesse ?

(59) Il s'agit là d'un choix personnel qui n'est aucunement lié à la perspective dans laquelle s'inscrivent les travaux du CERDRADI tels que ses responsables en ont défini le programme.

I. – De quel savoir aura besoin le futur juge africain ?

Serais-je audacieux en disant : d'abord de savoir être, puis de savoir comprendre, ensuite de savoir écouter, enfin de savoir juger. Comme on le voit, c'est là tâche autrement complexe que celle que lui attribuait le « moraliste, penseur et philosophe » (60) éponyme de l'Université au sein de laquelle opère le CERDRADI ; rappelons à ceux qui l'auraient oublié qu'il lui demandait seulement d'être « la bouche de la loi », en un temps de lumières. Autres temps, autres idées.

D'abord *savoir être*. Il n'est plus possible, selon moi, aujourd'hui de considérer le juge comme une mécanique de très haute qualité, mais une mécanique quand même, appliquant les principes de la logique formelle (61) au droit. Le juge est devenu, même dans les systèmes romano-germaniques et n'en déplaise au dernier carré des positivistes de choc, un producteur de droit à part entière. Dans cette tâche, il se retrouve nécessairement face au législateur, bouche devenue autonome par rapport au cerveau qu'elle est censée servir, et il lui arrive en conséquence, pour toutes espèces de raisons, dont la moindre n'est pas de considérer qu'il participe de l'administration de la justice et pas seulement de celle du droit, d'altérer, voire de détruire le propos du législateur. Mais plus importante sans doute que ces deux aspects, souvent perçus de manière négative par les tenants du monopole législatif de production du droit, est la tâche reconnue au juge de construire le droit tel qu'il s'applique concrètement au justiciable au départ de grands principes, souvent inclus dans les constitutions et plus souvent encore dans leurs préambules (62) ou dans les grandes « déclarations », le plus souvent internationales, mais aussi nationales, qui fondent le statut et la dignité de ceux que l'on ne peut plus considérer comme de simples « sujets » de ou, plutôt, du droit. Le législateur a sans doute formulé ou ratifié ces principes, mais il l'a fait de manière floue et les a, sagement serais-je tenté de dire, laissés vides de contenu concret, laissant au juge le soin de décider ce qu'est une société libre et démocratique, l'égalité entre citoyens, un traitement inhumain, etc. C'est dire l'importance de sa tâche.

Dans chacun de ces aspects de sa fonction de producteur du droit, le juge africain sera appelé à naviguer de Charybde en Scylla et il lui faudra une prescience aiguë des limites dont il vaudra mieux qu'il ne les franchisse pas. S'il s'y aventurait, il serait vite rappelé à l'ordre et éprouverait les effets de

(60) Tel le définit mon Petit Robert 2.

(61) Qui constituait encore l'essentiel d'un enseignement de première année que me dispensait il y a près d'un demi-siècle un jeune philosophe, doublé d'un juriste, qui terminait cet enseignement quelque peu austère par les balbutiements d'une théorie à laquelle il allait attacher son nom : j'ai nommé Chaïm Perelman et sa théorie de l'argumentation.

(62) À condition qu'on s'accorde pour dire qu'ils en font partie.

ce constat du « patron » du CERDRADI, Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, selon qui « au-delà des principes proclamés, la justice est dans la réalité de ses relations avec le pouvoir politique (63) un service subordonné et étroitement dépendant. Le juge africain doit en être conscient et connaître les limites d'une action judiciaire efficace sans que pour autant elle devienne servile. Tous les principes proclamés de 'bonne gouvernance' auxquels ils souscriront – et il faut continuer à les proclamer avec la volonté de les voir un jour aboutir – ne modifieront pas, du jour au lendemain, la mentalité des gouvernants africains » (64); les premiers textes issus de la mise en œuvre du programme du Centre et contenus dans ce volume ne le contredisent pas. Il est donc essentiel que le juge africain sache exactement qui il est face à ceux qui le gouvernent autant qu'ils gouvernent leurs peuples, qu'il sache où se situe exactement sa dignité afin de garantir celle des populations qu'il sert.

Sans doute, me dira-t-on, cela ne s'apprend pas. Je n'en suis pas convaincu. Un enseignement comparatif et historique des rapports entre pouvoir judiciaire d'une part et pouvoirs législatif et exécutif de l'autre, enseignement comprenant, mais débordant, les textes pour aller vers la pratique, permettrait, aussi valablement que bien d'autres enseignements dispensés actuellement, d'introduire le juge africain à la problématique de son rôle en tant que producteur de droit.

Le rapport aux gouvernés est tout aussi essentiel. Le juge africain n'est-il pas, comme l'Arlequin de GOLDONI, le serviteur de deux maîtres ? Le lecteur attentif connaît déjà le sens de ma réponse, puisque je viens de l'écrire en conclusion du pénultième paragraphe précédant celui-ci. Je crois en effet que toute réforme du statut du juge sera sans effet si celui-ci continue à se conformer au portrait qu'en trace NKOU MVONDO (65). Il y a là également une éducation réciproque à faire, mais, au départ de la situation actuelle, c'est évidemment d'une réforme du comportement du juge qu'il faut partir. Et cette réforme ne peut que trouver son origine dans une meilleure perception par le juge de la nature profonde des sociétés auxquelles il s'adresse, des problèmes essentiels qui sont les leurs lorsque leurs membres comparaissent devant lui, de la manière dont il peut contribuer à les régler avec ou... sans le droit, dans un processus collectif dont, dans toute la mesure du possible, l'objectif final doit peut-être tenir davantage compte de la justice que du droit. Initier le juge africain à la justice, mais aussi au fait que toute action en faveur de la première peut être source d'injustice parfois plus grave que celle à laquelle on entendait remédier, voilà également qui me paraît fondamental et parfaitement réalisable par un enseignement de cas

(63) Donc avec le législateur, producteur de droit, ajouterais-je

(64) La question est ainsi posée de l'éducation à long terme des gouvernants de demain aux principes fondamentaux qui se heurtent aujourd'hui à certaines exceptions culturelles.

(65) *Supra*.

concrets centrés sur la réalité africaine, mais n'excluant pas le recours à la comparaison (66).

Tel devrait, selon moi, se concevoir le *savoir être* du futur juge africain. Son rôle est fondamental à l'interface des gouvernants et des peuples et il se situe ainsi au cœur du développement du droit (67). Face à pareille responsabilité, on ne pourra jamais insister sur l'importance de la prise de conscience de leur être, sur leur connaissance d'eux-mêmes (68) par ceux que l'on a l'ambition de préparer à leur métier.

Venons-en donc à un second point déjà entrevu dans les lignes qui précèdent : *savoir comprendre*. Et, bien entendu, *que* et *qui* comprendre ?

Il est banal d'écrire que l'Afrique est en mutation au sein d'un monde en mutation (69). Et tout aussi banal de constater que cette double mutation ne peut être sans influences sur la vie du droit. Cependant, peut-on dire que ce phénomène soit né hier et que la crise de la société moderne, ainsi que l'importance pour le juriste de la comprendre pour y tenir efficacement la place qui est la sienne n'aient pas déjà retenu l'attention ? À l'évidence. Au moment où les décolonisations pointaient à l'horizon, mais où peu de personnes les imaginaient à distance d'un quinquennat, certains, en Europe, étaient conscients de la nécessité de réformer les conceptions en matière de formation du juriste. Je n'en prendrai qu'un exemple. Dès 1956 (70), André TUNC écrivait son article dont le titre est tout un programme : « Sortir du néolithique », tandis que, Jean CARBONNIER entreprenait de donner à la sociologie juridique ses lettres de noblesse et que Paul DURAND s'interrogeait sur « la connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doc-

(66) Au moment où j'écris ces lignes, j'achève l'expérience d'un enseignement dispensé sous l'intitulé « Droit, justice et société » dans lequel je crois avoir pu faire réfléchir des jeunes Canadiens sur ce thème au départ d'exemples empruntés aux droits belges et français, au droit de la colonisation belge en Afrique et, pour faire bonne mesure, à l'ajustement du droit canadien aux droits et aux conceptions de la justice des Amérindiens et des Inuit.

(67) Ceci ne veut pas dire que je le perçoive comme un agent de développement au sens où l'entendait J.C.N. Paul ou tous ceux qui ont cultivé le droit du développement au cours des dernières décennies Voir, dans le contexte spécifique de la connaissance du droit, mon « Droit du développement, droit au développement et développement du droit », *Bulletin des séances de l'ARSOM*, Bruxelles 1982, 423-433. Je suis, en outre, enclin à considérer que le développement du droit fasse partie intégrante d'un développement — au sens d'un épanouissement — général des sociétés. Mais c'est là un autre sujet.

(68) Voilà que je deviens socratique.

(69) Chacun des membres de l'équipe du CERDRADI a travaillé de manière indépendante dans la mise au point finale de sa contribution à cette réunion; il est intéressant de voir comment leurs analyses convergent et peuvent donc entraîner un certain sentiment de répétition, non voulu par les auteurs, chez le lecteur.

(70) *Revue de l'enseignement supérieur*, 1956, n° 4, *L'Université dans la vie sociale et économique et Recueil Dalloz*, 1957, Ch. XIII, 71-78. Texte repris dans Jalons-Dits et écrits d'André TUNC, Paris, Société de législation comparée, 1991, 65-81.

trine moderne de droit privé »! De la réflexion du premier, je retiendrai deux phrases qui me paraissent particulièrement pertinentes pour mon propos.

La première : « Quand les problèmes politiques et sociaux menacent le monde et la France, nous ne pouvons plus cantonner nos étudiants dans 'le droit des juristes'. Si un doute était possible d'ailleurs, il serait de notre devoir d'éducateurs de donner à nos étudiants une formation trop large plutôt que trop étroite ». Et, si cette formation passe nécessairement, pour l'auteur, par la connaissance de l'Autre et de son droit à travers la comparaison des droits, dès qu'il s'agit des rapports entre les peuples, sa démarche postule, au plan national, une appréhension identique des problèmes de la société. « Il faut que [nos étudiants] le sachent et qu'ils cherchent à les résoudre, qu'ils n'ignorent plus les taudis qui sont à la porte de nos Facultés, qu'ils voient les drames de la misère, de l'enfance délinquante, de la famille dissociée » (71). Quel juriste, épris, comme André TUNC, de ce bien et de cette justice qui constituent l'essence même de son art, ne souscrirait pas à cette vision de la formation juridique ? Et quel enseignant ne le rejoindrais pas pour appliquer, *mutatis mutandis*, ce constat à la situation contemporaine de l'Afrique, en soulignant qu'entre les maux que discerne André TUNC dans la société française de ce temps et ceux dont souffre l'Afrique aujourd'hui, il n'y a *aucune* commune mesure. Comprendre donc, au premier chef, le contexte culturel, économique, politique et social dans lequel le juge sera appelé à opérer.

Mais qu'est-ce que le paysage sans les hommes ? Le droit n'est rien sans titulaires de droits et d'obligations. Et ici également, la complexité de l'Afrique est infinie. Il y a ces Africains que l'on rencontre principalement hors d'Afrique, dans les conférences et organisations internationales. Leur forme est celle de l'Américain ou de l'Européen qu'ils côtoient. Mais leur être ? Et qu'en est-il, lorsqu'ils se retrouvent au pays ? Combien de fois certains d'entre eux ne donnent-ils pas l'impression de s'être détachés de l'Afrique au-delà de la forme au point de donner, un instant, l'impression de la séparer de leur être. Il est vrai aussi que, dans la mesure où ils ont parfois été élevés à l'étranger, dans des langues étrangères, il n'est pas certain qu'ils soient à même de comprendre leurs compatriotes ne pratiquant que des langues locales. Leur culture nationale leur est ainsi devenue étrangère et aller à la rencontre de celui qui est devenu pour eux un Autre est parfois une tâche bien difficile. Comme me l'écrit un collègue congolais : « Il n'est pas rare, même dans d'autres domaines [que ceux du droit vécu et des réalités sociales de l'Afrique contemporaine] l'histoire ou la géographie, par exemple, de rencontrer des Congolais qui connaissent mieux celles de la Belgique, de la France ou de l'Europe que celles du Congo ». Et, je n'envisage même pas,

(71) Je passe, par souci de brièveté, sur les différentes suggestions qu'avance ce maître à penser pour réaliser cet idéal.

bien que je les ai rencontrés, les cas où, imbus de ce que l'Europe leur a apporté sur divers plans, ils en épousent les préjugés à l'égard de ceux qu'ils ne seraient pas loin, en certains cas, de considérer comme des « sauvages ». Cette compréhension de l'Autre, ambition de tout anthropologue (72), est très difficilement réalisable et la méfiance s'impose à l'égard de celui qui dit trop facilement, parlant de l'être de l'Autre, qu'il l'a « compris ». C'est dire que le défi posé au juge est considérable.

Mais, comme l'a écrit l'humoriste SEMPÉ, si, dans la vie, « rien n'est simple », il arrive que « tout se complique ». En effet, l'Afrique, même dans les limites d'un pays, est infiniment multiple : gens des villes et gens des campagnes, agriculteurs et pasteurs, gens d'eau et gens des forêts, « animistes » et musulmans ou chrétiens, jeunes et vieux, femmes et hommes ne constituent que quelques-uns des contrastes susceptibles de se cumuler et de s'entrecroiser sur le continent. D'autant plus que chacun de ces Africains et de ces Africaines sont susceptibles d'avoir chacun et chacune leur propre idée du droit et de la justice. Pas plus que l'Autre, l'Africain (73) n'est un. D'où une augmentation exponentielle de la difficulté. Point n'est besoin d'espérer pour entreprendre...

À supposer que l'on puisse s'approcher de la compréhension de l'Autre, encore faut-il *savoir l'écouter*. Aussi avancée que soit en effet la compréhension que l'on puisse acquérir des hommes et des mondes, ceux-ci ne cessent d'évoluer. Comme évoluent d'ailleurs leurs droits dans un ajustement constant aux conditions de la vie juridique. L'un des plus célèbres rédacteurs de code l'avait compris lorsqu'il écrivait : « Les hommes... ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et ce mouvement dont les effets sont si diversement par les circonstances produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau » (74). D'où la nécessité pour le juge de se mettre à l'écoute de la vie du droit. D'où la nécessité pour lui d'oublier les fallacieuses certitudes que lui donne le code qui enferme le droit dans un linceul de papier. Au principe qui veut que son intervention active se limite *in dubiis*, il doit considérer que, comme l'a écrit Miguel de UNAMUNO, *la vida es duda*, la vie est doute.

L'Afrique est en outre terre de parole et de patience, ce que les colonisateurs appelaient péjorativement la palabre, souvent sans se rendre compte que le terme lui-même était issu d'une de leurs langues, le portugais, et y désignait précisément le « verbe ». Ce point est sans doute l'un de ceux sur lesquels la conception africaine du droit est le plus en désaccord avec et

(72) Voir mon *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1996.

(73) Il en va de même pour l'Américain, l'Asiatique ou l'Européen.

(74) Jean ÉTIENNE, Marie PORTALIS, « Discours préliminaire » au Code civil des Français, LOCRÉ J.G., *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, 31 vol., Paris, 1827-1832, I, 258.

aussi, dans une certaine mesure, précède l'Europe sur la voie que celle-ci suit de plus en plus et que certains considéreront comme un progrès : celle du retour d'un dialogue, utile sinon nécessaire, que ce soit entre les parties ou entre les parties et le juge (75). Dans l'art du bien et du juste que devrait et pourrait être le droit (dont chacun sait que lorsqu'il atteint son apogée technique en cessant d'être un art il se transforme en la plus grande injustice), il n'y a pas, comme en tout art, de vérité absolue. Le juriste qui prétend qu'à un litige qui se présente à lui, il n'y a qu'une solution possible – la sienne évidemment – n'est pas un artiste, mais un mathématicien s'illusionnant sur la complexité des rapports qui existent ou se nouent en société. En un sens, et malgré les vœux pieux qui se formulent fréquemment en la matière, tout se plaide et tout se discute, si précisément la palabre n'est pas pseudo-rationnalisation et accumulation de pseudo-justifications, comme hélas la pratique tend à nous en montrer abondamment.

Le juge africain devrait donc apprendre à écouter, ce qui se fait, au premier chef, en apprenant à douter du droit, en tant que fournissant une réponse objective et unique aux problèmes qu'il entend résoudre. C'est là le contraire de ce que font, de manière générale, la plupart des enseignements universitaires dans les systèmes se réclamant de la modernité; c'est ce que préconisent, au contraire, les pluralistes de l'ère post-moderne. Certes ce n'est pas là nécessairement une position confortable et, si le rire l'est, le doute n'est pas le propre de l'homme. Mais, face à la complexité de la scène et des acteurs qui l'occupent en Afrique aujourd'hui, les certitudes sont le propre des autruches qui enfouissent leurs têtes dans des textes dont ils osent croire qu'ils changeront le monde.

Ainsi, je ne puis penser un instant – je l'ai écrit (76) – que l'intérêt porté au sein de l'OHADA à la formation des juges de la future Cour commune de Justice et d'Arbitrage et donc à l'amélioration de la justice au sein des États membres de l'organisation contribuera, même très indirectement, à la création d'emplois (sauf bien entendu pour les juristes qui trouveront un refuge rémunérateur dans les rouages de l'Organisation). Pareille affirmation repose sur des postulats que tout dément depuis un demi-siècle. Pendant celui-ci, les codes d'investissement se sont multipliés (77), les marchés dits communs et surtout les organisations, refuges d'universitaires aux motivations diverses, se sont multipliés (78), leurs homologues au plan interna-

(75) Sur l'oralité nécessaire du processus judiciaire, voir, notamment, les textes réunis récemment en Belgique sous la direction de B. FRYDMAN sur le thème La plaidoirie, Bruxelles, Bruylant, 1998. Frydman, dans son introduction, parle d'« un retour en force de l'art de la discussion ».

(76) *Quo vaditis iura africana, Jahrbuch fur afrikanisches Recht*, 9, 161-177.

(77) J'ai personnellement été actif dans la rédaction du premier de ces codes dont s'est doté le Congo-Kinshasa en 1962-1963.

(78) Je ne compte plus mes anciens étudiants africains qui y occupent des fonctions à tous les niveaux y compris les sommets.

tional ont englouti des milliards dans de grands travaux d'infrastructure (les fameux éléphants blancs) (79), dont seules les ruines témoignent encore aujourd'hui de l'existence, les États africains se sont endettés corrélativement au-delà de leurs moyens et nombre d'hommes politiques et d'opérateurs économiques ont contribué au pillage du continent en se construisant résidences et châteaux à proximité de leurs comptes bien fournis en devises. Peut-on raisonnablement croire que, par la grâce du Troisième Millénaire et surtout par l'adoption de textes internationaux, ces conditions de base vont se modifier du jour au lendemain ? Je me permets d'en douter, quitte à faire de la peine à mes amis africains qui s'apprêtent à vivre de l'OHADA en perdant de vue que, pendant ce temps, des millions de leurs compatriotes – qui n'ont pas le privilège d'être des opérateurs économiques – continueront à vivre dans la misère et dépourvus de justice.

Qu'on me comprenne bien. Je ne refuse pas l'éventuelle contribution du capitalisme au développement de l'Afrique. Au contraire. Fils de capitaliste, je suis convaincu de certaines vertus du système. Je sais dès lors que les opérateurs économiques internationaux utiliseront les textes constitutifs de l'OHADA au mieux de leur intérêt (et pas de celui des Africains) et qu'ils auront raison de le faire, leurs actionnaires les payant à cette fin et à celle-là seulement. C'est la loi du Village global. Il est donc essentiel que l'Afrique s'arme pour se défendre (80) dans toute la mesure du possible. Qu'à cette fin, elle doive disposer de juristes et notamment de juges supérieurement qualifiés, est l'évidence même. Les structures mises en place et notamment la Cour commune de Justice et d'Arbitrage et l'École régionale supérieure de la Magistrature m'intéressent au premier chef (ne s'agit-il pas de juges et de leur formation ?) et entraînent, sous bénéfice d'inventaire, mon adhésion. Mais j'insiste pour que l'on ne se fasse aucune illusion sur l'intérêt que suscitera pareilles créations auprès de la grande masse des Africains ; elle constituera, au contraire, à leurs yeux, le paroxysme de ce que décrivais précédemment NKOU MVONDO. Pas davantage qu'elle ne contribuera à améliorer pour eux les conditions de l'administration de la justice.

C'est, à mes yeux, d'abord ceux-ci, dans leur diversité et leur complexité ainsi que dans la diversité et la complexité du monde dans lequel ils vivent que le juge devra écouter de manière à mettre à jour – au sens strict du terme – et à développer son indispensable compréhension des hommes et de leur milieu.

Il ne lui restera alors qu'à *savoir juger*. Exercice délicat s'il en fût, mais qui est un impératif voulu par la fonction. Mais qu'est-ce que juger ? Est-ce dire laquelle de deux lectures du droit obtenue au prix de contorsions intel-

(79) Le plus souvent au seul bénéfice des entreprises venues de l'extérieur pour la circonstance puisqu'elles étaient les seules qualifiées pour entreprendre pareils travaux.

(80) Encore que je persiste à croire que les lois du marché se révéleront plus fortes que celles élaborées par les législateurs africains.

lectuelles revêtant les apparences de la rationalité, est « la bonne » ou plutôt, particulièrement dans les sociétés africaines, entraîner l'adhésion de différents auditoires impliqués à un titre ou à un autre dans le processus judiciaire. On pourrait croire en effet, à première vue, que seules sont en cause les parties au procès. La tradition judiciaire africaine (81), pour des raisons qui lui sont propres et que les difficultés de l'heure rendent sans doute plus vivaces, est faite de construction collective des remèdes à des déséquilibres sociaux et d'adhésion tout aussi collective au résultat du procès. Elle préfigure, longtemps avant que les Européens l'aient découverte, la médiation qui est tellement à la mode aujourd'hui. En outre, dans une situation de pluralisme juridique, telle que la connaît l'Afrique, chacune des sociétés dont le droit est en jeu doit être convaincue que la décision du juge est effectivement celle qui convient. Enfin, le juge ne peut jamais ignorer que l'une des sociétés en cause est susceptible d'être l'État dans le cadre duquel s'inscrit son action. Celui-ci constitue donc également un auditoire, parfois composite lui-même, qui attend du juge une réponse satisfaisante aux problèmes qui lui sont posés, notamment dans celui qui l'oppose éventuellement au citoyen. Concilier les intérêts et les conceptions, souvent divergentes, du droit de chacune de ces parties est, dans ce cas, particulièrement délicat.

Il ne peut en effet être question d'imaginer un seul instant la disparition de l'État africain; ce serait en effet innover en détruisant. Comme ceux du positivisme étatique, les temps où l'on pouvait « du passé faire table rase » sont révolus. Les régimes qui ont cru pouvoir y parvenir et qui étaient d'ailleurs les premiers thuriféraires du positivisme moderne ont disparu ou sont en voie de disparition. L'État est un fait et, en tant que tel, comme diraient les Anglais, plus fort qu'un lord-maire. En outre, et jusqu'à preuve du contraire (82), l'État dispose du monopole de la représentation internationale des populations qui vivent dans ses frontières. Enfin ce n'est souvent qu'à travers lui que des décisions capitales en matière économique et financière sont susceptibles d'être prises que ce soit au niveau national ou international. Mais, à ces divers titres, il ne représente pas une fin en soi. Il est un outil de gouvernement au service de ces mêmes populations. C'est d'ailleurs ce que s'évertuent à promettre les préambules, voire des chapitres spécifiques, des constitutions africaines à ceux auxquels elles proposent une certaine forme d'État. C'est aussi ce que revendiquent, au titre de droits fondamentaux, les populations lassées de voir bafouer ces mêmes pétitions de principe. C'est également ce que réclament, de la pratique cette fois des

(81) Comme celle d'ailleurs des Amérindiens.

(82) Il est vrai que les compétences internationales reconnues à certaines composantes des États fédéraux (états aux États-unis, provinces au Canada, communautés ou régions en Belgique, pour ne prendre que quelques exemples) leur permettent d'avoir pignon sur rue, drapeau sur façade et capacité de passer des accords internationaux.

mêmes États et sous le vocable de bonne gouvernance, certains pays ou institutions internationales sollicités par eux pour leur apporter une assistance économique ou technique. C'est donc bien d'une rénovation de l'État qu'il s'agit et il va de soi que la redéfinition de la place et du rôle du juge fait partie de cette rénovation de l'État africain du Troisième Millénaire. Et, de ce point de vue, mais le lieu n'est pas de l'aborder ici, une redéfinition de l'indépendance de la magistrature s'impose. En attendant qu'elle se réalise, mais aussi après qu'elle l'aura été, le juge aura à prendre en compte, comme partout à travers le monde, la nécessité de convaincre l'auditoire d'État du bien-fondé de ses choix.

Il s'agit donc d'acquérir, sur ces divers plans, un savoir nouveau dont les juristes de l'âge moderne n'avaient que faire dans leur conception mécaniste du droit. Il sera peut-être nécessaire de les convaincre que cette conception, si elle n'appartient pas entièrement au passé, notamment lorsqu'il s'agira d'affronter certains éléments du monde extérieur, doit peut-être s'effacer au plan national. Ce savoir nouveau préparera le juge à dire le droit (et pas simplement à l'appliquer) et à rendre la justice (qui depuis longtemps n'est plus qu'administrée aux justiciables, comme une potion amère).

II. – Comment fournir ce savoir être, comprendre, écouter et juger au futur juge africain ?

Ne nous faisons pas d'illusion. La phrase de Portalis adaptée par moi aux juges que sécrètent naturellement les sociétés (83) s'applique tout autant aux juges étatiques auxquels nous nous intéressons. Ils se font avec le temps ; à proprement parler, on ne les fait pas. Mais ce n'est pas une raison pour essayer de poser, à l'occasion de l'enseignement à travers lequel ils passent, les bases sur lesquelles le temps construira peut-être plus efficacement et en réduisant, autant que possible, les inconvénients pour les justiciables des inévitables lacunes de l'enseignement.

Dans les limites qui sont celles de cet essai, je voudrais, comme dans le cas précédent, ouvrir la discussion sur deux points : ceux du *contenu* et de la *structure* de la préparation du juge à sa tâche.

Mais, avant de les aborder, un préalable doit être abordé, celui de la correspondance entre cette préparation et celle du juriste en général. Si nous admettons que les savoir décrits précédemment relèvent davantage d'une perspective dans laquelle inscrire le droit, son administration et son développement, il n'y a aucune raison de distinguer le juge des autres juristes ; tôt ou tard, tous concourront à un nouveau mode d'administration de la justice. La distinction entre les différentes orientations au plan des carrières pourra toujours se situer au stade final de la formation.

(83) *Supra*, p. 439.

La *structure* d'abord, et très rapidement. Je la verrais s'étager sur trois niveaux comprenant respectivement deux, trois et un an de scolarité; cela porterait à cinq ans la durée normale des études de droit, la sixième année, située au troisième niveau étant une année de spécialisation et donc celle où le juge recevrait sa préparation spécifique.

Le premier niveau serait celui de la formation de base aux quatre savoir dont il a été question précédemment. Il s'adresserait à tous ceux qui se sont donnés pour vocation de consacrer leur vie au droit. En effet, même si, parmi eux, les juges constitueront, au terme du processus, une minorité, il n'en demeure pas moins que tout juriste qu'il soit avocat ou conseiller juridique, fonctionnaire, devra être pénétré du sens à donner désormais au mot sous la bannière duquel ils ont entendu s'enrôler. Le projet de préparation des juges, en ce qu'il les place au centre du processus de création du droit, implique nécessairement que la manière dont ce dernier est perçu par tous les acteurs de la vie juridique soit, comme l'État, radicalement transformée.

Le deuxième niveau sera celui des droits proprement dits. Ce sera celui qui, par son contenu, correspondra le mieux au contenu actuel des programmes de licence tel qu'il est conçu actuellement dans les universités africaines francophones. J'insiste cependant immédiatement sur le pluriel qui caractérise la description de ce contenu : les droits et non le droit. L'approche à ce deuxième niveau se doit d'être pluraliste.

Au dernier niveau se situeraient les écoles de préparation spécifiques dans lesquelles la durée des enseignements ne dépasserait pas un an. C'est dans celle-ci que je placerais, par exemple, l'École supérieure de la magistrature prévue dans l'organisation de l'OHADA. La formation y serait tout à fait spécialisée et aux côtés de celle qui vient d'être citée, il serait possible d'en prévoir d'autres se consacrant à la préparation à d'autres orientations dans la préparation des juristes à d'autres fonctions judiciaires ou professions qu'elles soient publiques ou privées, et mises sur pied dans la mesure où le besoin s'en ferait sentir.

Le *contenu* ensuite.

Au premier cycle, figureraient essentiellement des matières relevant de l'anthropologie (84), de la culture, de l'économie, de la politique, de la psychologie et de la sociologie envisagées du point de vue de leur articulation sur le droit considéré dans une perspective pluraliste, historique et comparatiste. Je reprends brièvement chacun de ces termes. Cela n'a apparemment en soi rien de bien neuf. Ce ne serait pas la première fois que des sciences humaines ou sociales apparaîtraient dans des programmes de droit. Encore faut-il savoir de quelle anthropologie culturelle, de quelle économie, de quelle politique, de quelle psychologie ou de quelle sociologie il s'agit. Ayant eu le privilège de suivre des enseignements de certaines de ces disciplines

(84) J'entends par là l'anthropologie sociale.

dispensés par de grands noms à l'échelle de mon pays ou de l'Europe, force m'est bien de constater que je n'ai jamais perçu le rapport qui pouvait exister entre elles et le droit que l'on m'enseignait d'autre part; il me fallut attendre d'être à six mois de la fin de mes études pour entendre Jean CARBONNIER et... comprendre l'articulation nécessaire du droit sur certaines d'entre elles. Mais peut-être n'étais-je pas doué. Enfin – mais je crains d'exprimer une fois encore un truisme – ces disciplines doivent être abordées dans un contexte essentiellement africain et, de préférence, local. Il ne servirait pas à grand chose de pénétrer les futurs magistrats de l'importance du contexte culturel, économique, politique ou social de l'Amérique, de l'Asie, de l'Europe ou de l'Océanie contemporaines. C'est là une tâche redoutable compte tenu de l'état de notre documentation, mais surtout de son accessibilité. Mon expérience dans l'élaboration de la *Bibliographie de droit africain* (85) m'a toutefois montré qu'il existait dans ces domaines des trésors enfouis dans des publications peu ou mal connues. D'où la nécessité d'un effort sur le plan documentaire qui doit se faire simultanément aux niveaux local et international (86).

L'approche doit en être résolument comparative, historique et pluraliste. Pour citer quelques exemples empruntés aux disciplines précitées, je dirais que :

– l'étude des structures lignagères à travers l'anthropologie nous conduit directement à certains aspects du droit de la famille, mais aussi, dans une approche comparative, au droit du nom, dernier signe de la linéarité dans certaines sociétés européennes, dont nombre demeurent patrilinéaires et certaines deviennent – ainsi s'introduit la dynamique, caractéristique de la dimension historique – bilinéaires en laissant le choix du nom de famille des enfants aux parents;

– l'étude de la culture à travers les proverbes conduit aux adages et maximes, aux contradictions qu'ils renferment et à l'ajustement nécessaire entre eux qui en résulte, ainsi qu'à leur utilisation en droit sous l'influence à la fois d'une culture populaire et d'une culture savante, tandis que celle des mythes fondateurs (y compris dans une perspective historique et comparative, ceux qui, comme ceux de la faute originelle, de l'expiation ou du rachat sous-tendent les droits de l'Occident chrétien ou de l'Orient judéo-arabe) ouvre sur le droit des perspectives qui permettent d'en mieux comprendre les mécanismes profonds, souvent inexprimés;

(85) Plus de 22.000 titres pour la période séparant 1967 de 1992 et un volume complémentaire pour la période 1947-1966. La Bibliographie devrait bientôt être accessible dans sa plus grande partie sur le web.

(86) Il est inutile de souligner ici la grande misère et la grande pitié des bibliothèques des facultés de droit et autres centres de documentation africains.

– l'étude de l'économie, qu'elle soit de subsistance ou de marché, libérale ou planifiée, opérant au plan national ou international (87), telle qu'elle s'impose dans le vécu quotidien des populations africaines met en lumière les choix fondamentaux qui peuvent s'imposer aux gouvernants et être mis en œuvre par eux soit d'initiative, soit sous la pression d'agents extérieurs; que fait en effet le juge appelé à juger en droit et en justice les pillards arrêtés à l'occasion d'émeutes de la faim, effets indirects de programmes d'ajustement structurel? Que fait le juge africain confronté à un litige de droit international privé dans lequel le principe du libre choix du droit et du for par les parties est complètement faussé par l'inégalité des parties devant le contrat? Seule la compréhension de certains mécanismes économiques lui permettra d'assumer pleinement la redoutable fonction de juger;

– l'étude de la politique permet d'entrer dans les arcanes du pouvoir, dans les rapports étroits qu'il entretient – ou non – avec le droit, dans les enjeux de toute nature – richesse, prestige, auto-satisfaction etc... qui sont les siens, dans cet aspect particulier du pouvoir qui se définit à travers le savoir, ou encore dans les rivalités internes qui opposent producteurs du droit les uns aux autres afin de s'assurer, sinon le monopole, du moins la prééminence en ce qui concerne la production de celui-ci etc...

– l'étude de la psychologie, qu'elle soit celle de l'individu ou du groupe doit permettre de pénétrer les comportements de l'un comme de l'autre, à travers la compréhension de certains mécanismes qui poussent l'homme à l'action ou à l'inaction. Besoin de sécurité, instinct de survie, volonté de puissance, esprit de corps, pulsions sexuelles, volonté d'autodestruction et autres, sont autant d'explications des comportements que le juge rencontrera, particulièrement peut-être dans le champ pénal, mais aussi en d'autres;

– enfin la sociologie expérimentale doit introduire le futur juge à des notions essentielles comme celle de groupe social ou de société. L'articulation avec le droit est ici essentielle dans la mesure où le celui-ci est souvent considéré comme le phénomène social par excellence. De même qu'il n'y aurait pas de société sans droit, il n'y aurait pas de droit sans société. De même le pluralisme s'articule étroitement sur la pluralité des sociétés. Mais ce n'est, à l'évidence, pas tout. La sociologie met souvent en jeu la statistique et sans doute sera-t-il indispensable d'en enseigner des rudiments au futur juge.

Mais chacun d'entre nous sait ce que représente un intitulé, voire le bref descriptif que contiennent nombre de programmes de cours et qui se répètent d'année en année, à croire que la seule fonction de l'université est de

(87) On retrouve dans ces variations les dimensions comparative, historique et pluraliste qui me sont chères.

reproduire sans fin le même savoir extrait des mêmes livres sans que jamais les regards jetés sur la matière ni les méthodes d'enseignement changent. En outre la distraction ou le manque d'imagination (je préfère leur donner le bénéfice du doute et ne pas écrire la paresse) de certains professeurs ne les encouragent pas au changement et rien ne vaut, pour eux, un enseignement une fois « mis au point » et se répétant d'année en année en priant que le législateur et le juge ne fassent pas d'excès de zèle. Ce n'est évidemment pas semblable approche, éminemment statique, de l'enseignement que j'envisage.

L'approche de ces matières (dont je ne prétends pas que la liste soit exhaustive ni que certaines d'entre elles ne puissent faire l'objet de divisions pour assurer l'efficacité de leur appréhension dans leurs rapports avec le droit), qui s'effectuera au cours des deux premières années, doit être essentiellement empirique. La méthodologie classique – et si commode pour l'enseignant – de la théorie illustrée par l'un ou l'autre exemple doit être résolument retournée, de même qu'à l'explication privilégiant une théorie, quelle qu'elle soit, doit se substituer la pluralité des explications et le caractère relatif de leur pertinence. En certains cas, mieux vaut mieux mettre à nu l'inadéquation totale d'une explication théorique, que de vouloir se convaincre qu'elle constitue à tout prix la clef unique susceptible de permettre la compréhension des phénomènes sociaux et donc du droit. Bien qu'il soit doté lui-même d'une terminaison en- isme, le pluralisme, comme le libre-examinisme, récuse par définition tous les autres -ismes en tant que panacées au plan de l'explication ou de l'orientation de l'action.

L'approche doit être empirique en ce qu'elle doit partir du cas concret. La première année devrait se passer essentiellement sur le terrain, au contact des populations dans des explorations guidées de leurs comportements quotidiens dont la synthèse, effectuée en groupes, conduira, pas à pas, à leur explication et donc aux théories qui se sont élaborées dans les diverses disciplines qui feraient l'objet de l'enseignement. Un lieu privilégié de ces explorations serait constitué par les différentes instances qui, à l'heure actuelle, exercent une fonction dans le cadre du règlement des litiges, qu'elle soit « officielle » ou « informelle » (88). Chaque période d'observation déboucherait sur une période, plus brève, de synthèse caractérisée par des discussions contradictoires entre étudiants ayant, si possible, vécu des expériences de même nature et ayant eu l'occasion de les confronter à des explications prétendant les éclairer. Dans pareilles sessions l'échange des constats établis au départ de l'expérimentation et leur explication éventuelle à travers l'une ou l'autre théorie s'effectuerait sous la direction de l'enseignant auquel les étudiants auraient régulièrement fait rapport au sujet de leurs

(88) L'opposition entre ces deux adjectifs ne se conçoit que dans une perspective moniste. Pour un pluraliste, cette distinction n'existe pas; les unes comme les autres, sont productrices de droit.

expériences afin qu'il puisse adéquatement préparer les sessions de synthèse et proposer aux étudiants les lectures théoriques permettant de les conduire sur le chemin de l'explication.

La deuxième année compléterait la première en élargissant éventuellement le champ des études empiriques et de leurs explications théoriques dans le sens de leur éventuelle validation. Mais aussi et surtout elle serait consacrée à un examen critique, en groupe, de procédures en cours et de décisions de jurisprudence pour voir dans quelle mesure elles laissent transparaître ces explications et dans quelle mesure elles apparaissent, de ce point de vue, pertinentes ou non. Je souligne qu'il ne s'agirait pas dans ce cas de se prononcer sur la validité de ces comportements et de leur résultat en droit. Se réaliserait ainsi une véritable critique du jugement tendant à en pénétrer les ressorts cachés et à préparer, à travers le regard porté sur ses aînés, le développement de sa propre personnalité par le futur juge.

Viendrait ensuite, le cycle, proprement juridique, de trois ans. Je n'en dirai pas grand chose; c'est celui qui se rapprochera le plus des contenus tels qu'ils sont connus et pratiqués aujourd'hui. Une remarque, capitale, cependant. Bien plus que technique l'approche devra, elle aussi, en être comparative, historique et pluraliste. Je me prononce ainsi de manière nette en faveur d'une approche intégrée par matières, plutôt qu'en faveur de l'inscription au programme d'enseignements séparés de comparaison des droits, d'histoire du droit, ou de systèmes informels (tels par exemple des cours portant sur les droits dits coutumiers). Ainsi que j'ai eu l'occasion de le dire ci-dessus, j'ai enseigné, dans chacune des trois années de la licence en droit du programme congolais, les matières dites coutumières. Après mon départ de Lovanium, Johan PAUWELS, qui avait repris ces enseignements, se vit également confier un enseignement de droit de la famille portant sur le droit codifié par le colonisateur belge. Il se résolut donc à intégrer ses cours de droits dit écrit et dit coutumier de manière à en faire un seul cours. J'adhérai sans réserve à cette solution, car, en l'occurrence, l'enseignant, qui avait travaillé sur le terrain, au sein des juridictions, le droit dit coutumier, ne risquait pas de se laisser entraîner à progressivement l'abandonner au profit du droit codifié. Mais il est évident que la plupart des enseignants de Lovanium ne possédait pas cette double formation et que, se sentant mal à l'aise face aux droits originellement africains, ils ne purent leur donner la place qu'ils méritaient et finalement les firent disparaître de leurs enseignements. Le nombre total d'heures consacrées aux droits originellement africains dans les trois enseignements dont j'étais chargé en vint ainsi à se réduire considérablement, cette diminution satisfaisant par ailleurs les tenants de la « modernisation » du système juridique national, voire de sa « codification » sur le modèle européen.

Pareille approche imposera toutefois nécessairement de choisir entre les deux branches d'une alternative : soit privilégier certaines matières par rap-

port à d'autres, soit en couvrir un maximum mais en se restreignant alors aux problèmes les plus significatifs.

Dans le premier cas, on pense immédiatement au modèle qu'offrent les pays de *common law* qui réduisent les matières essentielles à un petit noyau et laissent à l'étudiant un large éventail de choix personnels. Pareille solution semble particulièrement tentante à quiconque a connu l'encyclopédisme caractéristique d'un système d'enseignement « à la belge » et souhaite s'en éloigner en raison de l'accent qu'il met sur les connaissances au détriment de la méthode et malgré l'avantage qu'il offre d'une vaste culture juridique dont le bénéficiaire se retrouve immédiatement dans presque n'importe quelle branche classique du droit. Pareille conception sélective de la préparation du juge se heurte cependant à un obstacle majeur : comme me l'écrit un de mes collègues congolais, le juge africain – sauf s'il siège dans une juridiction spécialisée dans une matière (89) – « doit avoir une réponse à toute demande ». Nulle part ailleurs sans doute qu'en Afrique le déni de justice (pas nécessairement de droit) n'est toléré.

On en vient donc ainsi à la seconde branche de l'alternative. Le juge africain n'échappera pas, dans sa préparation, à la rencontre avec un large éventail de matières. Au vu de son programme il se rapprochera donc de l'étudiant belge. Mais la ressemblance s'arrêtera aux intitulés. Toute la différence résidera dans la manière et pas dans la matière. Son apparent vaste bagage de savoir portera davantage sur le savoir-comment (know-how, comme disent les Anglophones qui m'entourent au Canada) affronter les problèmes propres à chaque branche du droit que sur le fait de connaître les tours et les détours de chaque solution possible à un litige déterminé.

En tout cas, il semble bien que les temps de l'encyclopédisme qui remonte au moyen-âge et qui impose – comme en Belgique – que le futur juriste « connaissent de manière satisfaisante » de toutes les branches du droit indistinctement, soit révolu. Il est également possible qu'un embryon de spécialisation soit réalisé en troisième année. Bref, toutes espèces de remèdes remplaçant l'accumulation des connaissances par une véritable formation sont possibles. Aucune méthode ne présente aucun inconvénient. Et il n'est pas question d'en copier aucune. Comme sur chaque point de cet essai une réflexion sérieuse, dépassionnée et partant des réalités de chacune des Afriques contemporaines est indispensable. Comme me l'écrit, une fois encore, un collègue congolais : il doit être mis fin au « manque d'innovation magnifié par le mimétisme ».

(89) Celui-ci constitue l'exception et aura reçu une formation spécialisée; je pense personnellement, comme mon collègue, davantage au juge qui s'adresse à l'ensemble de la population et à la masse et à la diversité de ses problèmes quotidiens.

Au cours de ces années, il conviendra d'organiser, dans chaque matière, des sessions de rappel (90) de l'acquis précédent. Elles seront confiées aux enseignants du premier cycles dûment informés du contenu des enseignement dispensés dans le second; ceux-ci devraient d'ailleurs, en principe, leur être familiers, puisqu'ils les auront suivis pendant leurs études.

Quant au troisième cycle, celui de la spécialisation, dans une école *ad hoc*, je n'en dirai rien; en définir le contenu est affaire de spécialistes. J'espère seulement que ceux qui s'y retrouveront n'auront pas totalement perdu le souvenir de leurs deux premières années, celles dans lesquelles l'être leur aura, en principe, été donné.

*

J'ai intitulé cet essai « *Enseigner sans reproduire – Innover sans tout détruire : propos hétérodoxes au départ de quelques constats élémentaires* ». Reprenons brièvement chacun de ces termes dans leur ordre inverse.

Les constats élémentaires. Ils fondent toute la démarche et me paraissent difficilement contestables. Ils blessent tous ceux qui, à des titres divers, s'intéressent plus au sort des Africains qu'à celui de l'Afrique. Ils constituent un défi quotidien à tous qui se gargarisent de mots comme bonne gouvernance, démocratie, droits fondamentaux, égalité, liberté, etc... Je suis tenté de reprendre, en en modifiant le quatrième, les vers inscrits par Edmond Rostand en épigraphe à *L'Aiglon* :

« Mon Dieu, ce n'est pas une cause
Que j'attaque ou que je défends,
Et ceci n'est pas autre chose
Que l'agonie d'un continent ».

Dans la grande misère qui est celle de cette fin de millénaire, chacun est libre d'avoir les préoccupations qui lui conviennent. La mienne est celle de l'état quotidien des Africains.

Je ne pense pas en effet que les cinq recettes de gargarismes citées il y a un instant parmi d'autres aient une fin en elles-mêmes. La construction du droit, au contraire de celle des théories scientifiques, n'est pas un jeu de l'esprit. C'est, en fin de compte, d'enfants, de femmes et d'hommes, de leur naissance, de leur vie et de leur mort dans un minimum de confort au niveau physique et de dignité au niveau mental qu'il est question. Et le droit, l'évidence, n'est pas seul en cause. Tant s'en faut. L'échec des recettes de l'ingénierie juridique l'a montré. Mais au quotidien, banal, de la comparution devant un juge qui lui garantit le respect de ses droits les plus élé-

(90) Je choisis le terme volontairement en pensant à ce qui se fait pour les vaccins; en l'occurrence il s'agit de protéger les futurs juges contre la « juridicite », maladie qui attaque l'esprit le mieux formé pour le transformer en machine au service du droit et non de la société.

mentaires, il peut y contribuer. C'est là que les enseignants de facultés de droit devons jouer notre rôle, modeste, mais indispensable.

Les propos hétérodoxes – Utopiques diront d'autres. J'en conviens. Mais devant une inexorable dérive, devant l'échec complet de toutes les recettes héritées du colonisateur que les gouvernements reprennent comme ils lui rachètent à bon compte son armement des guerres d'hier, que faire sinon essayer de faire entendre une autre voix que celles qui ont conduit là où l'on se trouve. Ou bien alors mieux vaut garder le silence et conserver à tout jamais au plus profond de soi la honte de s'être tu; après tout, mais c'est là une bien maigre consolation, se taire est peut-être encore préférable à s'aligner sur les autruches ou les distraits.

Certes les propos hétérodoxes dérangent tous les conservatismes. Il est infiniment plus simple de continuer à former les juristes africains dans le rituel des examens et des concours qui sont ceux de l'Europe, « phare du monde intellectuel » à l'heure du Village global, à remplir leur tête d'articles de lois et d'arrêts de jurisprudence, de manière à ce que, comme l'écrivait Proudhon, leur tête soit « naturellement la plus vide d'idée sur les grands principes du droit » et qu'ils « ne pensent que par les autres » (91). Mais si vraiment, la post-modernité n'est pas un autre de ces gargarismes, si vraiment nous vivons un temps qui remet en question nombre de postulats qui étaient les nôtres hier, si vraiment nous croyons que nous serons les bâtisseurs d'un nouvel ordre social sur base du chaos dans lequel nous avons l'impression de vivre aujourd'hui, alors, que l'imagination prenne enfin le pouvoir.

Les grands desseins s'imposent contre l'orthodoxie, quelle qu'en soit la nature. J'écris ces lignes sur les rivages de la baie de Shédiac, en Acadie. À vingt-cinq kilomètres d'ici existe une École de droit qui n'existerait pas si, un jour, il y a vingt ans, contre toute rationalité des penseurs hétérodoxes n'avaient pas voulu qu'elle existe pour rendre à leur peuple le droit à être jugés dans leur langue (92). Malgré l'aspect nettement anti-économique de l'entreprise, malgré l'impossibilité proclamée d'enseigner la *common law* en français, malgré la tiédeur de ceux qui, même au sein de l'élite acadienne, préféraient le statu quo à l'aventure, l'École est née et vit. Ce n'est certes pas là le fruit de propos hétérodoxes dont les effets sont comparables à ceux dont il est question dans ce texte. Mais n'étaient pas nombreux ceux qui espéraient quand ils ont entrepris. Pourquoi n'en irait-il pas de même de la préparation du juge africain à sa tâche ?

(91) Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation, I, xviii.

(92) Voir mon Genèse et jeunesse d'une institution — L'École de droit de l'Université de Moncton, Moncton, École de droit, Université de Moncton, 1998.

Innover sans tout détruire. La déconstruction est à la mode. Le post-modernisme s'en est fait une spécialité, tous comptes faits de pratique facile tellement l'État moderne lui offre une cible confortable. Autrement complexe est de ne pas jeter le bébé avec l'eau du bain. J'insiste sur le verbe innover; il est étroitement associé dans mon esprit au verbe rénover, que l'on rencontre dans le texte. Révolution, « que de crimes on commet en ton nom ». Que reste-t-il des grandes révolutions de l'histoire ? Et ce qui en reste vaut-il le prix qui a été payé pour faire table rase du passé ? Les Africains ont assez souffert pour qu'on leur impose une révolution de plus.

C'est de la politique, je crois, qu'on a dit qu'elle était l'art du possible et il fut un temps ou les possibilistes étaient honnis par les révolutionnaires. Je ne fais pas de politique au sens où on l'entend habituellement, mais je suis fondamentalement un possibiliste. La plus grande difficulté sera d'ailleurs de rénover l'esprit des enseignants attachés à reproduire des étudiants à leur image. Entreprendre l'apprentissage des sciences humaines pour les mettre en rapport avec la vie du droit est une autre entreprise que de préparer une thèse selon les canons prescrits. J'ai écrit de la méthode comparative qu'elle exigeait en principe que l'on pénétrât jusqu'au cœur de l'artichaut des droits – leur essence même – bien au-delà de l'image forcément simpliste qu'en donne la loi, au-delà de ce qu'en dit la doctrine qui s'efforce de nous la rendre accessible, au-delà de la jurisprudence qui nous donne un reflet de ce que peut être la vie du droit pour pénétrer celle-ci même. En deçà de cette exigence, la comparaison ne peut être que superficielle. Et cependant, il est exceptionnel qu'en abordant un – et *a fortiori* plusieurs – droit étranger on puisse parvenir aussi loin. Il en ira nécessairement de même du professeur de droit qui sera en même temps un anthropologue, un « culturologue », un économiste, un politologue ou un sociologue. Mais quelles joies de l'esprit et quel bénéfice pour ses étudiants ne manqueront pas de lui procurer cette exploration de mondes nouveaux, dans les limites du possible..

Enseigner sans reproduire. Je n'ai jamais compris l'enseignant-phonographe. Je n'ai jamais compris ceux qui ne pensaient qu'à travers les autres. Notre honneur est de pouvoir penser librement et seule une crainte inspirée par le conformisme social ou un conservatisme profond peuvent nous pousser à enseigner pour reproduire. Notre métier est de sans cesse remettre en question les acquis que d'aucuns aimeraient considérer comme définitifs. Toute pensée est la semence d'une suivante qui, comme elle, ne peut se soumettre à quoi que ce soit, si ce n'est à elle-même. C'est dans cet esprit que ce texte a été écrit.

Le Cap de Shédiac, le 13 avril 1999

POSTFACE (93)

Quelques jours avant notre réunion de Québec, je m'assurais par téléphone que la documentaliste du CERDADI à Bordeaux avait bien reçu la bibliographie qui le complète et qui avait été expédiée après le texte. Elle me rassura : « Oui, Monsieur, nous avons bien reçu votre manifeste ». Vérifiant dans mon dictionnaire, j'y trouvai qu'il s'agissait d'une « déclaration écrite, publique et solennelle par laquelle un gouvernement, une personnalité ou un groupement politique expose son programme, justifie sa position ». Et je dus admettre qu'elle n'était pas loin de la vérité. Écrite certes, même si un condensé oral devait en être présenté; publique assurément, encore que limitée par le petit nombre des personnes présentes, solennelle enfin, en raison de l'importance du sujet à mes yeux, cette déclaration l'est, même si j'ai choisi d'essayer de lui donner une certaine légèreté lors de sa présentation. J'assume donc les caractères formels du manifeste. Je récuse par contre le fait que je puisse représenter un gouvernement ou un groupement politique et je sois une personnalité, même si j'ai une forte personnalité. Ce n'est pas davantage un programme que je présente et ma position n'a pas, à mes yeux, à être justifiée : les faits parlent d'eux-mêmes. Ceci dit je comprends mon interlocutrice bordelaise; elle a indiscutablement perçu le ton de mon propos.

Elle me donne ainsi l'occasion de préciser que la démarche que nous accomplissons et qui consiste à prôner le changement, que ce soit en ce qui concerne l'effectivité des droits fondamentaux ou la manière de préparer les juges à leur tâche en Afrique, ne peut être considérée comme relevant principalement de la science. Elle signifie un engagement au service de la cité et du citoyen ou de la citoyenne qui est essentiellement politique et au service duquel nous mettons notre expérience et notre réflexion en la matière. Sur une base scientifique, nous sommes tous des auteurs de manifestes, des manifestants.

À la veille de ma présentation, Jacques-Yvan MORIN me confia, avec sa gentillesse coutumière, qu'il m'avait lu, mais se demandait si ce que je proposais était bien réaliste. Je ne puis que lui donner raison et je crois en partie répondre à cette hésitation dans le corps du texte. Je pourrais d'ailleurs dire la même chose des efforts que nous faisons tous pour que les droits fondamentaux ainsi que l'indépendance et l'effectivité des juges deviennent réalité en Afrique. S'il nous faut attendre qu'elles soient réalisées pour repenser la préparation d'une action plus efficace du personnel judiciaire, je crains que nous attendions longtemps.

(93) Ce texte reproduit l'essentiel des éléments ajoutés en tête et en queue de sa présentation orale, condensée, effectuée en cours de colloque. Les changements de fond à mon propos central ont été insérés dans le texte lui-même.

Mais notre guide, en exprimant ce doute, m'avait fourni le point de départ de la chute de ma présentation orale et il n'est que justice de lui rendre ce qui lui est dû. Je reculai donc dans le temps et l'espace et me demandai ce qu'auraient fait, face à cet apparemment insurmontable défi, les Kongo parmi lesquels je suis né et dont le pays, comme disait un certain Joachim, m'est « une province et beaucoup davantage ».

Ils se seraient réunis sur une colline, dominant le grand fleuve avançant paisiblement vers l'Atlantique proche. En cercle, autour d'un feu dans la fraîcheur nocturne de la saison sèche, ils auraient écouté ce fils d'étrangers qui est aussi un enfant du pays. Lorsqu'il aurait conclu son propos par le constat de l'immensité de la tâche les attendant tous, un silence se serait fait et, comme le veut la coutume, un premier proverbe aurait jailli de la bouche de l'un des auditeurs amorçant l'échange des points de vue (94) :

- ALLIOUNE : nécessité fait loi;
- ANTOINE : les grands diseurs ne sont pas les grands faiseurs;
- BERNARD-RAYMOND : aux grands maux, les grands remèdes;
- DEMBA : le conseilleur n'est pas le payeur;
- FIDÈLE : qui ne risque rien n'a rien;
- FRANÇOIS : qui trop embrasse mal étreint;
- GHISLAIN : la fortune sourit aux audacieux;
- HASSAN : à l'impossible nul n'est tenu;
- HENRY : vouloir c'est pouvoir;
- MICHEL : le jeu ne vaut pas la chandelle;
- PAULO : trop de précaution nuit;
- STAMATIOS : une impossibilité plausible est toujours préférable à une possibilité non concluante;
- YADH : il n'y a que le premier pas qui coûte;
- GENEVIÈVE (95) : j'y crois parce que c'est impossible.

Et, comme le veut la coutume, celui qui a provoqué l'échange a le dernier mot. Un instant il oublie sa terre natale. Il se tourne vers ses ancêtres du côté de sa mère et reprend une dernière fois son *leit-motiv*, comme jadis Guillaume le Taciturne, stadhouder de Hollande : « Point n'est besoin d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer » et il se tait. Tous se tournent alors vers le chef de clan, leur guide en cas de difficultés, le sage entre les sages, leur « père », *tata* Jacques-Yvan et celui-ci répond à leur interroga-

(94) Toute ressemblance avec des propos éventuellement tenus par ou des opinions éventuellement attribuées à ces personnages sont purement fortuits et sans aucun support réel

(95) Chacun sait qu'elle doit s'exprimer car elle et ses sœurs sont sources de toute vie et donnent, dans la société matrilinéaire kongo, leur famille aux enfants; cette société sait aussi que matrilinéarité et matriarcat sont choses bien différentes, puisque « la sagesse entre dans le lit de l'oncle maternel avec la tresse et en sort avec la barbe ».

tion muette : « Vous avez tous bien parlé. Nous verrons demain ce qu'il faut faire. La nuit porte conseil ».

Le Cap de Shédiac, le 9 octobre 1999.

Bibliographie

Note liminaire : la présente bibliographie ne contient volontairement que des ouvrages et articles généraux en matière de formation du juriste et donc du juge africain et les ouvrages et articles traitant des mêmes sujets relatifs aux pays d'Afrique francophone Le lecteur se rendra compte que mon propos est nourri de travaux qui dépassent ce champ étroit. Il était cependant vain de vouloir les inclure dans cette bibliographie à peine de la rendre plus longue que le texte lui-même. Je le renvoie donc aux notes infrapaginales et, au-delà de celles-ci, à ma *Bibliographie de droit africain – African Law Bibliography* qui couvre les ouvrages et articles publiés dans le domaine des droits africains de 1947 à 1992 et compte, pour la période 1967-1992 quelque 22000 titres couvrant l'ensemble des branches du droit et la totalité du continent.

*

Accad L., « La formation des juristes en Afrique noire francophone », *Jahrbuch fur afrikanisches Recht*, 6, 1985-1986, 13-19.

« Actes de la Conférence des Ministres de la Justice des pays de droit d'expression française », *Penant*, 91(2), 1981, 5-172.

Agondjo-Okawe P.L., « L'enseignement du droit au Gabon », *La connaissance du droit en Afrique*, 328-346.

Bainbridge J.S., *The Study and Teaching of Law in Africa*, South Hackensack, Rothman, 1972.

Ballah Conte M., « Human Rights Teaching in Africa · The Socio-Economic and Cultural Context », *Bulletin of Peace Proposals, Special Issue : Research and Teaching of Human Rights*, (14), 53 et s.

Benedek W., « Knowledge and Teaching of Human Rights in Africa », *La connaissance du droit en Afrique*, 137-150.

Bipoun-Woum J.M., « Problèmes pratiques de l'enseignement du droit international en Afrique centrale », *Annales africaines*, 1986-1988, 49-56.

Compte-rendu de la Conférence sur l'enseignement du droit en Afrique (sous la direction de J. Vanderlinden), Addis Abeba, Centre pour le développement juridique africain, 1968.

Connaissance du droit en Afrique (La) (sous la direction de Jacques Vanderlinden) Bruxelles, Académie royale des sciences d'outre-mer, 1984.

Coulibaly A.A., « Larénovation de la justice en Afrique : le rôle du juge dans la construction de l'État de droit », *Revue juridique et politique* 1999, 50-66.

Crabb J.A., « Viewing Africa from Teaching Anglo-American Law at a Congolese University », *Journal of Legal Education*, 18, 1965-1966, 437-442.

Daloze A., « La formation du personnel judiciaire au Rwanda. Le Centre national de formation judiciaire », *Revue juridique et politique*, 26, 1972, 421-426.

Darge P., « L'École nationale de magistrature et d'administration de Yaounde », *Revue juridique et politique*, 25, 1971, 321-328.

David P., « Le Centre de formation et de perfectionnement administratifs et la formation des cadres intermédiaires », *Revue sénégalaise de droit*, (3), 1968, 124-128.

David P., « Le Centre de formation et de perfectionnement administratifs (C.F.P.A.) et les cadres intermédiaires de l'administration judiciaire », *Revue sénégalaise de droit*, (9), 1971, 37-52.

DECOTTIGNIES ?., « Reports on Legal Education in Africa-Sénégal », *Journal of African Law*, 6 (1962), 129.

DIABATÉ A. & BATHILY M., « Statut et formation des magistrats au Mali », *La justice en Afrique*, 128-134.

DJREKPO Ch. & TOUDONOU JOHANÈS A., « La formation des magistrats au Bénin », *La justice en Afrique*, 135-139

DU BOIS DE GAUDUSSON J., « Enseignement et connaissance du droit administratif ans les États d'Afrique noire francophone », *La connaissance du droit en Afrique*, 182-190.

« Fondation de l'École nationale de droit et d'administration (La) », *Études congolaises*, I(1), 1961, 3-5.

Formation juridique en Afrique noire (La) (sous la direction de M. PÉDAMON), Bruxelles, Bruylant, 1979.

FOURRÉ J., « L'École nationale de droit et d'administration du Congo-Léopoldville comparée aux Écoles d'Administration d'Afrique », *Revue juridique et politique*, 19, 1965, 464-480.

GEORGES P., « L'École nationale d'Administration du Sénégal », *Penant*, 74, 1964, 523-534.

GINTHER K., « Die volkerrechtswissenschaft angesichts des postkolonialen Staatenordnung Afrikas : Suche nach neuen Wegen der Forschung und Lehre », *Jahrbuch für afrikanisches Recht*, 6, 1985-1986, 69-80.

GINTHER K. & BENEDEK W , « New Perspectives and Conceptions of International Lawand the Teaching of International Law at African Universities », *Jahrbuch für afrikanisches Recht*, 1, 1980, 143-146.

GRANIER T., « Les problèmes de la formation des magistrats mauritaniens », *Revue mauritanienne de droit et d'économie*, (4), 1988, 27-28.

GUERC'H J.-F., « La formation des magistrats et des auxiliaires de la justice au Gabon », *Revue juridique et politique*, 28, 1974, 81-88.

GUTH J.-M., « Problèmes de méthode en vue de l'assistance technique et de la formation des juristes », *Revue internationale de droit pénal (numéro spécial)*, 39, 1968, 133-149.

HENRY H., « Die Funktion europaischer Institutionen bei der Aubildung afrikanischer Juristen : Das Studium am Institu des Sciences juridiques du Développement de l'Université René Descartes (Paris V) », *Jahrbuch für afrikanisches Recht*, 6, 1985-1986, 61-68.

Justice en Afrique (La) (sous la direction de G. CONAC et J. DU BOIS DE GAUDUSSON), *Afrique contemporaine*, numéro spécial, (156) 1990.

KALAMBAY LUMPUNGU, « Nécessité d'une formation spéciale des conservateurs des titres immobiliers », *Annales de la Faculté de droit* (Kinshasa), 4-7, 1975-1978, 77-92.

KALAMBAY LUMPUNGU & NDESHYO RURIHOSE, « L'enseignement du droit et le développement national au Zaire », *Annales de la Faculté de Droit de l'UNAZA*, (2), 1973, 5-27.

KIEPIN TOYE B., « Réflexion d'un auditeur africain à l'École nationale de la Magistrature », *La justice en Afrique*, 153-157.

KIWANUKA R.N., « Some Reflections on the Problem of Human Rights Education in Africa », *Verfassung une Recht in Ubersee*, 20, 1987, 81-97.

KONÉ I., « La formation et le statut des magistrats en Côte d'Ivoire », *La justice en Afrique*, 121-127.

LAYLAVOIX J., « La formation des magistrats africains en France », *La justice en Afrique*, 147-149.

LÉGIER H.J., « Reports on Legal Education in Africa – Afrique équatoriale française », *Journal of African Law*, 6 (1962), 91.

MANGIN G., « Les problèmes du droit africain : enseignement et recherche et l'Institut de droit d'expression française », *Comptes-rendus trimestriels de l'Académie des sciences d'outre-mer*, 36, 1976, 269-278.

MANGIN G., « Le recrutement et la formation des magistrats en Afrique noire et à Madagascar », *Revue sénégalaise de droit*, (14), 1973, 3-46.

MÜNKNER H.H., « Law and Development – A New Discipline of Scientific Research and Teaching », *Jahrbuch fur afrikanisches Recht*, 4, 1983, 99-109.

NDIAYE S., « L'expérience sénégalaise dans la formation des para-juristes », *Les services juridiques en milieu rural*, 1987, 135-138.

NIYONZIMA M., *La formation du juriste africain – La perméabilité des ordres juridiques*, 1992, 361-371.

OKIDI C.O., « Reflections on the Teaching of Environmental Law in African Universities », *Journal of Eastern African Research and Development*, (18), 1988, 128-144.

PAUL J.C N., « The Development of Legal Education in Developing African Countries », *Third World Conference on World Peace through Law*, 1969, 458-472

PEREIRA C., « Le développement de l'École nationale d'Administration », *Revue juridique et administrative du Burundi*, 1(1), 1967, 1-5.

RAJAOBELINA P., « L'École nationale d'Administration de Madagascar », *Penant*, 72, 1962, 372-375.

« Réforme des études à la Faculté des sciences juridiques et économiques de Dakar (La) », *Annales africaines*, 1971-1972,177-181.

REYNTJENS F., « De juridische opleiding in Zwart Afrika », *La connaissance du droit en Afrique*, 16-37.

« Reports on Legal Education in Africa – République du Congo (Léopoldville) », *Journal of African Law*, 6 (1962), 92-95.

RICHARDSON H.J., « Reflections on Education in International Law in Africa », Denver, *Journal of International Law*, 4, 1974-1975, 199-220.

RUBBENS A. & VERHAEGEN J., « Les tâches et les travaux sur les lieux d'action », *Revue internationale de droit pénal (numéro spécial)*, 39, 1968, 161-171.

SACHS A., « On the Problem of Taking Bold New Steps : The Teaching of International Law in a Newly Independent Country », *Annales africaines*, 1986-1988, 45-48.

SCHOLLER H. & Daniel HAILE, « Legal Education in Ethiopia », *La connaissance du droit en Afrique*, 163-181.

SECK M.M., « Éducation aux droits de l'homme · nouvelles idées et horizons », *Revue tunisienne des sciences sociales*, (108), 1992, 11-20.

SECK M.M., « A Plea for Human Rights Education in Africa », *Human Rights Law Journal*, 11, 1990, 283-299.

SOURANG M., « Enseignement et recherche en droit international : les vues africaines », *Annales africaines*, 1986-1988, 26-27.

THERES J , « Die Verwaltungshochschulen der frankophonen Länder Westafrikas », *Jahrbuch für afrikanisches Recht*, 6, 1985-1986, 21-37.

TIXIER G., « Reports on Legal Education in Africa – Côte d'Ivoire », *Journal of African Law*, 6 (1962), 95.

VANDERLINDEN J., « Droit du développement, droit au développement et développement du droit, *Bulletin des séances de l'ARSOM*, Bruxelles 1982, 423-433.

VANDERLINDEN J., « La participation des facultés et institutions de recherche européennes au développement juridique africain », *Journal of African Law*, 15, 1971, 13-40.

VANDERLINDEN J., « Problèmes de l'enseignement du droit en République du Congo », *Revue de l'Institut de Sociologie*, Bruxelles, 1965, 69-89.

VAN DE VYVER A., « La réforme des études de droit à l'U.O.B. », *Revue administrative et juridique du Burundi*, 1(1), 1967, 6-7.

WODIE V.F., « La coopération régionale dans le domaine de la recherche et de l'enseignement », *Annales africaines*, 1986-1988, 77-84.

* *
*

RAPPORT DE SYNTHÈSE ET MOT DU DIRECTEUR DE LA RECHERCHE

Rapport de synthèse des Journées scientifiques

PAR

GHISLAIN OTIS

VICE-DOYEN, FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ LAVAL, QUÉBEC
PRÉSIDENT DU COMITÉ ORGANISATEUR

L'EFFECTIVITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX : UNE IDÉE, UN CHANTIER

Je ne tenterai pas ici de restituer en quelques pages, si tant il est que cela fût possible, la richesse et l'ampleur des recherches présentées au cours de ces trois jours de débat. Il s'agira plus modestement de rendre compte de la quête d'effectivité des droits fondamentaux qui irrigue l'ensemble des travaux menés au sein de notre réseau et qui a constitué, à mon avis, le thème unificateur de nos deuxièmes Journées scientifiques. L'ambition de contribuer à la réalisation effective de l'idée des droits fondamentaux s'inscrivait déjà au cœur du colloque fondateur du réseau tenu à Maurice en 1993, ce qui met bien en exergue la remarquable constance et la détermination de nos chercheurs.

L'importance accordée par les membres du réseau à l'effectivité des droits fondamentaux a bien sûr pris, à l'occasion de ces Journées, diverses formes; elle s'est aussi exprimée à partir d'expériences et d'approches scientifiques fort différentes d'un groupe à l'autre. Néanmoins, la plupart des groupes ont fait le constat d'un déficit d'effectivité des droits dans les systèmes étudiés.

Ainsi, je rappellerai dans une première partie ces constats d'ineffectivité, constats qui font par ailleurs bien voir la difficulté de mesurer l'effectivité des droits au regard de la diversité des cultures et des contextes politiques. Existe-t-il un étalon de valeur universelle à partir duquel on peut jauger le degré d'effectivité des droits fondamentaux ? Faut-il au contraire renoncer à un modèle unique d'inscription des droits dans le vécu des sociétés humaines ? D'une complexité et d'une actualité qui ne se démentent jamais, ce débat a figuré en bonne place dans nos discussions et fera l'objet de quelques commentaires dans une deuxième partie du présent rapport.

Fort heureusement, les participants ont dépassé la simple observation empirique de l'ineffectivité, ou de l'effectivité imparfaite des droits, pour s'interroger sur les conditions et les moyens d'une plus grande effectivité. J'en traiterai dans la troisième et dernière partie.

I. – Les multiples constats d'ineffectivité

Parce qu'il prend la mesure d'une certaine démission de la conscience même des hommes, le constat d'échec des droits fondamentaux le plus lourd vient de M. Abdelhamid qui conclut son étude de la raison islamique en affirmant :

> ... il nous semble que la condition principale d'une pratique correcte des droits fondamentaux est d'avoir un type d'homme « révolté », un homme qui sait dire « non », un homme qui résiste à l'oppression, qui revendique ses droits et qui exige leur application. Ce type d'homme n'existe pas chez nous.

Le plus sûr moyen de tenir durablement en échec les droits et libertés de la personne humaine n'est-il pas en effet de juguler jusqu'à l'idée de droits de l'individu au profit des droits de Dieu et de la raison d'État ?

Le rapport de l'homme au sacré ne peut en effet être émancipateur que s'il se déploie dans un espace de liberté et de pluralisme. Apparaît donc primordiale la mise en œuvre efficace de véritables régimes de liberté individuelle en matière religieuse. Le groupe qui a étudié la liberté de religion dresse un bilan qui n'autorise aucune complaisance en la matière. S'agissant de l'expérience camerounaise, M. Guimdo a expliqué les textes qui énoncent et garantissent formellement la liberté de religion des Camerounais. Toutefois, après avoir fait état des mécanismes de garantie prévues par les textes, il a dû prendre acte d'une pratique beaucoup plus incertaine de la liberté religieuse : recours juridictionnels inefficaces, contrôle étatique des groupes religieux et abus de pouvoir des autorités « font de la restriction la règle et de la liberté l'exception ». À ces dysfonctionnements institutionnels s'ajoute un contexte social et culturel où la misère nourrit l'intolérance et la montée des sectes enclines à l'exploitation des plus vulnérables.

M. Messarra, pour sa part, ne manque pas de faire l'éloge du modèle intercommunautaire libanais fondé sur la pluralité des ordres juridiques et la reconnaissance d'un fédéralisme personnel organisant les rapports entre les principales communautés religieuses du pays. Parce qu'il tend à reconnaître l'égale dignité et valeur des grandes religions, ce mode d'organisation peut être porteur de paix et de tolérance entre les groupes confessionnels eux-mêmes. Mais s'avère-t-il pleinement protecteur des libertés individuelles ? M. Messarra admet à juste titre que la liberté des individus ne sera assurée que lorsque leur appartenance à un groupe religieux sera purement facultative. Or le droit libanais tarde, en raison du conservatisme d'oligarchies religieuses s'accrochant à leurs privilèges, à reconnaître un tel statut personnel facultatif qui pourra seul être garant d'une liberté de religion effective pour tous les Libanais.

M. Levinet dresse aussi un bilan mitigé après avoir évalué le travail des organes de Strasbourg au regard des potentialités relatives au droit au développement de l'être humain comme droit individuel que recèle la Convention

européenne des droits de l'Homme. Partant du postulat que l'effectivité des droits civils et politiques garantis par la Convention passe par la reconnaissance d'obligations positives d'ordre économique et social, M. Levinet a examiné la jurisprudence de la juridiction européenne relative au droit au respect de la vie privée et familiale afin d'en vérifier l'aptitude à favoriser la réalisation du droit au développement de l'être humain. Sans être totalement négatif, le résultat lui semble timide et « regrettable », témoignant tantôt d'un repli par rapport à des développements antérieurs, tantôt d'un manque de dynamisme de la fonction prétorienne eu égard aux possibilités d'élargissement de la dimension sociale de la vie privée.

M. Levinet perçoit néanmoins une logique favorable à l'effectivité des dimensions sociale et économique des droits fondamentaux du côté de la jurisprudence portant sur la clause de non-discrimination contenue à l'article 14 de la Convention. Le progrès résiderait dans le processus graduel d'autonomisation de la norme antidiscriminatoire qui, affranchie des autres droits et libertés, pourra se déployer plus amplement de manière à favoriser l'accès égalitaire aux bénéfices ou prestations étroitement liées au développement de l'individu. Des insuffisances notables persistent cependant puisque, quel que soit son degré d'autonomie, le principe de non-discrimination fait souvent l'objet d'une interprétation fort prudente de la part de la Cour de Strasbourg.

Recherchant également l'effectivité du droit au développement de l'être humain, M. Boukongo s'est intéressé aux instruments de droit interne africains, et particulièrement au droit camerounais, afin de voir dans quelle mesure ces instruments permettent de faire de la vie familiale le cadre d'exercice des droits fondamentaux. La conclusion est désolante : la captation de l'individu par le groupe familial africain est telle que ce dernier tend à « étouffer toute spontanéité et tout esprit d'initiative » entravant ainsi la personnalisation et l'autonomie nécessaires à l'épanouissement de chacun de ses membres.

De l'avis de M. Boukongo, il ne saurait être question d'une jouissance effective du droit au développement de l'être humain, comme corollaire de sa dignité, sans un renforcement des droits individuels au sein de la famille, au premier chef ceux qui enseignent des enfants, des femmes et des personnes âgées. Or par respect excessif pour les institutions coutumières, le droit étatique a voulu protéger l'immunité de la famille. Et s'il arrive que l'État édicte effectivement des normes protectrices, on constate qu'elles n'influencent guère les pratiques familiales qui ne restent encore que très faiblement assujetties à la justice étatique.

En définitive, il appert que le principal obstacle à l'effectivité du droit de l'être humain à la dignité dans sa vie familiale repose dans les difficultés qu'éprouve actuellement l'Afrique à concilier la spécificité de ses institutions

familiales coutumières et certaines valeurs propres aux droits fondamentaux.

L'exposé de M. Vanderlinden nous fait comprendre que la vitalité persistante des systèmes coutumiers tient largement à la déconfiture d'un État aliéné. Le chercheur formule trois constats permettant de rendre compte de l'ineffectivité du droit étatique comme véhicule de justice et de sauvegarde des droits fondamentaux en Afrique noire : (i) l'État y est actuellement menacé de disparition, (ii) le droit africain est pluriel, puisant à une multitude de systèmes coutumiers qui cohabitent avec les vestiges de l'ordre étatique en ruine et (iii) le droit et la justice étatiques sont ineffectifs parce que coupés du pays réel, du droit vivant sécrété par la société civile en marge d'une structure formelle qui ne fait que reproduire le modèle exogène du colonisateur.

Devant un tel délabrement de l'État, faut-il s'étonner des misères du juge africain qui sont si bien décrites, pour les cas du Sénégal et du Niger, par MM. Sy et Issa Abdourhamane ? La précarité relative du statut du juge qui résulte d'instruments législatifs à certains égards lacunaires n'est pas le pire des maux affligeant la magistrature africaine. S'il faut parler d'une « crise de la justice » selon les termes de M. Demba Sy, c'est principalement en raison d'un environnement politique de nature à fragiliser la liberté d'action du juge et de conditions matérielles qui déprécient la fonction judiciaire.

Les textes visant la protection de l'indépendance judiciaire sont rarement appliqués, les juges sont mal rémunérés, ils doivent composer avec un manque chronique de locaux adaptés à leur mission et de personnel compétent. Les insuffisances criantes dans la documentation juridique à leur disposition et leur formation professionnelle inadaptée hypothèquent la capacité des magistrats d'affronter les défis posés par la nouvelle donne économique et technologique. Dans ces conditions, assurer l'effectivité des droits fondamentaux dans l'ordre juridique africain relève de la gageure. La quête d'une certaine primauté du droit devient alors largement tributaire de l'audace et de l'engagement individuels des magistrats les plus courageux.

II. – Mais de quelle(s) effectivité(s) parlons-nous ?

Si les chercheurs s'entendent sur l'impératif d'effectivité des droits fondamentaux, les points de vue divergent quant aux critères d'appréciation de l'effectivité recherchée. L'ineffectivité n'est-elle pas, en fin de compte, une question de contexte ou de point de vue culturel et politique ? Ici se noue l'épineux débat sur l'universalité des droits fondamentaux entamé au sein de notre réseau lors des Journées de Tunis.

Adoptant une démarche teintée de positivisme, M. Pallard récuse l'idée que les droits fondamentaux puissent être tenus pour consubstantiels à une identité humaine unique s'imposant de manière objective et transcendante. Pour lui, « l'existence et l'effectivité des droits fondamentaux dépendent de l'action politique ». Le politique étant par nature contingent, la mesure de l'effectivité sera inéluctablement variable au gré des valeurs et des croyances dont procède l'interprétation des droits fondamentaux.

À partir d'un point de vue plus proche de l'anthropologie et du pluralisme juridiques, M. Vanderlinden affiche également un relativisme certain en rappelant les origines occidentales de l'idéologie des droits fondamentaux et en affirmant la nécessité de pratiquer le métissage des cultures juridiques dans le contexte africain. L'effectivité des valeurs que sont la dignité humaine, la liberté et la justice dépendra selon lui de l'aptitude des systèmes juridiques à opérer une synthèse, un dialogue continu entre la simplicité des postulats universalistes et la complexité irréductible des sociétés réelles.

Les positions de MM. Pallard et Vanderlinden, bien qu'empreintes de réalisme, pourront difficilement satisfaire ceux qui craignent que le particularisme identitaire serve de justification à des pratiques généralement prohibées dans les sociétés occidentales au nom de l'intégrité physique ou morale des personnes. En attendant que le dialogue des cultures et des nations débouche sur une rencontre des perspectives, les blocages persistent.

M. Ben Achour s'objecte pour sa part à toute démarche qui prétendrait fonder l'universalité des droits dans l'abstraction des *a priori* et des cadres conceptuels dogmatiques. Il voit dans ce qu'il appelle « l'esprit de justice », un mouvement propre à tout homme marqué par l'expérience ou la conscience de la dépossession et de l'oppression. C'est donc de la commune révulsion de l'humain en présence du mal que naît le désir d'autopréservation, lequel engendre à son tour les sciences du droit et de l'équité.

Ainsi, l'esprit de justice géniteur de l'idée des droits fondamentaux jaillit de la guerre, de la domination, de l'esclavage, de la torture et de la violence. S'il faut prendre acte de la multiplicité des façons de penser les assises des droits fondamentaux (Dieu, la nature, l'unité du genre humain, la convention sociale etc.), on constate une communauté universelle dans la perception de la douleur, de la misère et de l'humiliation. qui confère, aux yeux de M. Ben Achour, une supériorité morale universellement ressentie à l'esprit de justice.

Mais avons-nous vraiment évité le piège des postulats abstraits ? L'injuste et le mal des uns ne pourra-t-il pas être le juste et le bien des autres On ne peut nier la pluralité des expériences politiques, des contextes culturels et économiques qui infléchissent la réception juridique des revendications de droits fondamentaux. Il ne sera donc guère utile de vouloir jauger l'universalité en vérifiant s'il existe dans les systèmes nationaux des mécanismes identiques ou semblables de protection des droits fondamentaux.

Je ne pense pas qu'il faille pour autant renoncer à toute appréhension universalisante de la question des droits fondamentaux. Il y a une force indéniable dans l'idée d'étayer l'universalité des droits fondamentaux à partir de l'existence généralisée de leur contraire, c'est-à-dire la dépossession et l'injustice. L'individu violé souffre-t-il moins de ce viol s'il vit en Asie, en Europe ou en Amérique ? L'universalité apparaît moins chimérique dès lors qu'elle est comprise comme une pulsion, comme le regard prospectif de la conscience *individuelle de la victime et du dépossédé.*

L'universalité réside peut-être alors dans la puissance subversive d'un *projet* qui mûrit dans les consciences et qui sécrète un fluide vital irriguant les sociétés humaines par-delà les cultures et les idéologies. Puisque, comme l'a fait observer M. JALLAIS dans sa communication inaugurale, « relativisme n'est pas nihilisme », l'investissement politique et juridique de ce projet pourra provoquer des avancées concrètes qui se traduiront de manière diverse en fonction de l'expérience de chaque société.

Il faut alors se demander par quelle voie se concrétiseront de telles avancées. Vers qui les dépossédés pourront-il se tourner dans leur quête de reconnaissance et de garantie effectives des droits fondamentaux ?

III. – Les voies et moyens de l'effectivité

Les rapports présentés par les différents groupes indiquent que l'effectivité des droits fondamentaux passe nécessairement par une mobilisation des États et des organes internationaux mis en place par les États. Les chercheurs ne font en général pas confiance au groupe familial, religieux ou ethnique pour assurer la sauvegarde des droits individuels. Au contraire, il ressort des recherches effectuées que les manquements aux droits fondamentaux résultent souvent de l'emprise abusive du groupe sur l'individu.

Madame Koubi rappelle à cet égard que « les droits de groupe ne sont pas des droits de l'homme » et que le groupe ne peut dès lors aliéner la liberté de l'individu en matière religieuse. La liberté de religion ne sera effective selon elle que lorsqu'elle sera comprise comme le rempart dont doit disposer l'individu à l'encontre de l'enfermement communautaire. S'il reconnaît volontiers l'importance du communautarisme religieux, M. Messarra revendique aussi pour le Liban la garantie étatique de la liberté individuelle de récuser toute appartenance à un groupe religieux.

Par ailleurs, parce que « la vie familiale en Afrique apparaît toujours [...] comme un lieu où s'exerce une forte pregnance du groupe sur l'individu », M. Boukongo plaide pour une intervention plus efficace de l'État dans la vie privée et familiale au nom des droits individuels au sein d'une institution traditionnellement à l'abri d'une telle ingérence. Mais ce droit étatique

devra, pour être effectif, se construire en symbiose avec l'ordre coutumier de manière à accompagner la famille africaine dans les mutations provoquées par la recherche d'un équilibre entre communautarisme et individualisme.

M. Olinga, dans son analyse du droit africain des droits de l'homme relatif à la vie familiale, évoque aussi le « problème du primat du groupe sur l'individu ou l'inverse, de la dialectique du holisme ou de l'individualisme qui imprègne le régionalisme africain des droits de l'homme ». Il n'hésite d'ailleurs pas non plus à mesurer l'adéquation des normes africaines à l'aune de l'épanouissement de l'individu.

La transformation graduelle du rôle et de la place de l'individu dans le corps familial africain devrait induire une plus grande flexibilité dans la définition même de l'entité familiale et aussi, peut-être même surtout, un recentrage des fonctions mêmes de la famille. M. Olinga estime que pour être encore aujourd'hui légitime, la limitation de la liberté au sein du groupe familial devrait servir l'épanouissement et le développement de l'individu. Appelé par les instruments africains à jouer un rôle fondamental dans la protection et la promotion de la famille, l'État devra, selon M. Olinga, assurer la dignité et la santé morale des membres de la famille puisque « la famille africaine n'est pas un espace soustrait à la contrainte du respect des droits fondamentaux ».

M. Vanderlinden ne croit pas, quant à lui, en la capacité de l'État africain de s'acquitter pleinement de cette mission protectrice des droits fondamentaux. Il lui paraît impossible de faire l'impasse sur les structures coutumières dont l'effectivité paraît dans bien des cas moins problématique que celle du droit étatique. La communauté et ses modes traditionnels de production du droit s'avèrent donc toujours, à son avis, incontournables dans la recherche d'un équilibre entre les aspirations autonomistes de l'individu et la cohésion du groupe.

Bien qu'elles connaissent aussi le phénomène du pluralisme juridique, les sociétés occidentales sont quant à elles aux prises avec une lutte de légitimité au sein même de l'organisation du pouvoir étatique. On s'interroge en effet de plus en plus sur le partage des tâches entre les juges et les corps législatifs élus dans la mise en œuvre des droits fondamentaux. La recherche d'une plus grande effectivité des droits fondamentaux passe-t-elle inéluctablement par la montée en puissance du juge et le désaississement du politique auxquels on assiste de plus en plus ?

Le problème de la conformité de l'activisme judiciaire à l'impératif démocratique se pose également dans la sphère supranationale. Cela ressort d'emblée du propos de M. Levinet qui plaide vigoureusement en faveur de l'audace créatrice du juge de Strasbourg. Il voit dans le juge un organe apte à corriger l'inaction des pouvoirs politiques en matière de droit sociaux et économiques et invite par conséquent celui-ci à se fonder sur les dispositions de

la Convention européenne pour imposer des obligations positives à la charge des autorités publiques. Si M. Levinet trouve les magistrats par trop timorés, d'autres opineront au contraire qu'il revient aux élus, et non aux magistrats, de répartir les ressources du trésor public ainsi que les charges fiscales entre les différentes composantes de la société.

Ce débat, pour l'heure largement confiné aux démocraties libérales du Nord, illustre à souhait la nécessité de poursuivre sans dogmatisme les recherches de notre réseau sur les moyens de rendre effectifs les droits fondamentaux.

* *
*

Mot du Directeur de la recherche

PAR

JOËL JALLAIS

Monsieur le Coordonnateur du réseau « Droits fondamentaux »,

Chers collègues, Mesdames, Messieurs,

Les taoïstes disent qu'en toute chose, il y a présence des contraires. Après la synthèse du P[r] Otis, magistrale, brillante, véritable modèle, je vais me contenter, en observateur naïf, de vous faire part brièvement d'une modeste réaction personnelle.

Je voudrais d'abord témoigner de ma grande satisfaction d'avoir été parmi vous car vous m'avez collectivement enrichi, au sens cartésien : ma quantité de doutes a considérablement été développée et je vous remercie d'avoir contribué à faire de moi un « sujet pensant ». Je rejoins Karl Popper, qui affirme dans *Des sources de l'ignorance* : « Si vous commencez dans les certitudes vous finirez dans le doute, si vous commencez par le doute vous avez une chance de terminer dans les certitudes ».

Trois jours de discussions, de réflexion sur les thèmes des Droits fondamentaux, tant sur l'exercice de la liberté religieuse, l'universalité des droits fondamentaux ou la place du juge en Afrique, ont montré que le temps imparti était trop court pour épuiser les problématiques soulevées et justifient *a posteriori* la justesse des thèmes choisis pour ces 2[èmes] Journées scientifiques du réseau.

La synthèse de vos travaux, telle que précisée par le P[r] Otis, témoigne de leur richesse. Et derrière les différences d'analyse, une conclusion m'est apparue dans une grande simplicité : l'effort financier que consent l'Agence universitaire de la Francophonie doit être maintenu. Les « Droits fondamentaux » doivent s'étendre dans toutes les régions de la Francophonie avec plus de détermination, là où ces préoccupations font encore trop souvent figure de parent pauvre au regard des situations politiques et économiques.

L'ordre de ces facteurs peut-il s'inverser dans les esprits ? Pour reprendre un proverbe gabonais, « lorsque les éléphants se battent, c'est l'herbe qui souffre ». Lorsque le pouvoir, économique ou politique, est l'objet d'un enjeu exacerbé entre dés groupes, force est de constater que les droits fondamentaux deviennent virtuels pour la majorité des citoyens. C'est cette mise entre parenthèse qui n'est plus acceptable.

On a beaucoup évoqué aussi les fondements des droits fondamentaux ou de leur exercice naturel et on a fait appel à de nombreuses reprises à l'anthropologie culturelle, la sociologie de la religion, l'histoire du droit pour réfléchir sur l'appropriation d'éléments de droit pour promouvoir un système de valeurs.

Y aura-t-il convergence et homogénéisation ou différences et relativisation de ce système ?

Ces journées scientifiques qui s'achèvent en appellent encore beaucoup d'autres pour clarifier ce débat-là.

Toutefois, des dangers guettent votre quête. Permettez-moi de vous rappeler une anecdote de Lao Tseu, grand penseur chinois du 3e siècle avant notre ère :

> *« Un bon boucher use un couteau par an parce qu'il ne découpe que la chair. Un boucher ordinaire use un couteau par mois parce qu'il lui arrive de heurter les os. Moi, depuis 19 ans, je me sers du même couteau : il a dépecé des milliers de bœufs et son tranchant paraît neuf.*
>
> *Mais comment faites-vous pour ne pas user votre couteau, dit le prince ?*
>
> *Simple, répondit le boucher : celui qui sait enfoncer le tranchant du couteau dans les interstices existant entre les muscles, dans les jointures des os, manie son couteau avec aisance parce qu'il opère à des endroits vides. Au début de ma carrière, mes yeux ne quittaient pas le bœuf lorsque je le découpais ; maintenant, je ne vois plus le bœuf, c'est mon esprit qui travaille plus que mes yeux car je connais la conformation naturelle du bœuf et ne m'attaque qu'aux interstices, au vide ».*

Je me risquerai à faire un commentaire juridique de cette pensée philosophique, commentaire très pragmatique qui ferait sûrement se retourner dans sa tombe cet éminent penseur : je crains, en effet, que vous n'usiez cette grande idée des droits fondamentaux dans les combats incessants que vous livrez pour la rendre effective... il vous reste tant à faire avant de considérer que votre discours ne se trouve vidé de substance.

L'Agence Universitaire de la Francophonie, par ma voix, au nom du Professeur Michel Guillou, Recteur de l'Agence, félicite tous les chercheurs et conférenciers qui ont contribué au succès manifeste de ces Journées, félicite les organisateurs M. Otis et son équipe, ainsi que M. Morin, coordonnateur de ce réseau, toujours actif et industrieux. Je n'oublierai pas dans ces remerciements l'Université Laval qui nous a accueillis dans ses locaux avec un sens toujours fort de la convivialité et le sens de l'accueil bien souligné par M. Sy.

* *
*

La collection **Universités francophones**, créée en 1988 à l'initiative de l'A.U.F., propose des ouvrages modernes répondant aux besoins des étudiants de deuxième et troisième cycle universitaires ainsi qu'aux chercheurs francophones, et se compose de titres originaux paraissant régulièrement.

Leurs auteurs appartiennent à la fois aux pays du Sud et à ceux du Nord et rendent compte des résultats de recherches et des études récentes entreprises en français à travers le monde. Ils permettent à cette collection pluridisciplinaire de couvrir progressivement l'ensemble des enseignements universitaires en français.

Enfin, la vente à un prix préférentiel des ouvrages destinés aux pays du Sud tient compte des exigences économiques nationales et assure une diffusion adaptée aux pays francophones.

Ainsi, la collection **Universités francophones** constitue une bibliothèque de référence comprenant des ouvrages universitaires répondant aux besoins des étudiants et des chercheurs de langue française.

Réunis à Québec à l'initiative du réseau de recherche Droits fondamentaux *de l'A.U.F., des juristes venus de nombreux pays d'Afrique, d'Europe et d'Amérique du Nord ont débattu de divers aspects des libertés et droits fondamentaux, qui avaient fait l'objet de leurs recherches depuis 1997.*

Ont été notamment abordés au cours de ces Journées scientifiques, du 29 septembre au 2 octobre 1999, les thèmes suivants :

- *La liberté de religion*
- *Le droit au développement en tant que droit de l'individu*
- *Universalité et diversité dans la doctrine des droits et libertés*
- *Le statut du juge en Afrique*

Les thèmes ont été présentés par le coordonnateur du réseau, le p^r Jacques-Yvan Morin, *de l'Université de Montréal, et ont fait l'objet d'un rapport de synthèse de la part du p^r Ghislain* Otis, *de l'Université Laval.*

Les Actes comprennent également des travaux effectués dans le cadre des équipes de recherche du réseau Droits fondamentaux, *qui n'ont pu être présentés oralement à Québec.*

IMPRIMÉ EN BELGIQUE

ETABLISSEMENTS EMILE BRUYLANT, société anonyme, Bruxelles
Prés.-Dir. gén. : JEAN VANDEVELD, av. W. Churchill, 221, 1180 Bruxelles

La collection **Universités francophones**, créée en 1988 à l'initiative de l'AUF, propose des ouvrages modernes répondant aux besoins des étudiants de deuxième et troisième cycles universitaires ainsi qu'aux chercheurs francophones, et se compose de titres originaux paraissant régulièrement.

Leurs auteurs appartiennent à la fois aux pays du Sud et à ceux du Nord et rendent compte des résultats de recherches et des études récentes entreprises en français à travers le monde. Ils permettent à cette collection pluridisciplinaire de couvrir progressivement l'ensemble des enseignements universitaires en français.

Enfin, la vente à un prix préférentiel des ouvrages destinés aux pays du Sud tient compte des exigences économiques nationales et assure une diffusion adaptée aux pays francophones.

Ainsi, la collection **Universités francophones** constitue une bibliothèque de référence comprenant des ouvrages universitaires répondant aux besoins des étudiants et des chercheurs de langue française.

Réunis à Québec à l'initiative du réseau de recherche Droits fondamentaux de l'AUF, des juristes venus de nombreux pays d'Afrique, d'Europe et d'Amérique du Nord ont débattu de divers aspects des libertés et droits fondamentaux, qui avaient fait l'objet de leurs recherches depuis 1997.

Ont été notamment abordés au cours de ces Journées scientifiques, du 29 septembre au 2 octobre 1999, les thèmes suivants :

- *La liberté de religion*
- *Le droit au développement en tant que droit de l'individu*
- *Universalité et diversité dans la doctrine des droits et libertés*
- *Le statut du juge en Afrique*

Les thèmes ont été présentés par le coordinateur du réseau, le pr Jacques-Yvan MORIN, de l'Université de Montréal, et ont fait l'objet d'un rapport de synthèse de la part du pr Ghislain OTIS, de l'Université Laval.

Les Actes comprennent également des travaux effectués dans le cadre des équipes de recherche du réseau Droits fondamentaux, qui n'ont pu être présentés oralement à Québec.

---

450 FF - 2.700FB
70 FF Prix préférentiel UREF

ISBN : 2-8027-1398-1

9 782802 713982

AUPELF·UREF

ISSN 0993-3948