

KONRAD ADENAUER STIFTUNG

LIBRAIRIE D'ETUDES JURIDIQUES AFRICAINES

Volume 12

édité par Hartmut Hamann, Ibrahima Diallo et
Chadidscha Schoepffer

Hartmut Hamann, avocat, est spécialisé dans l'accompagnement de projets internationaux alliant les Etats et les entreprises privées, et intervient dans des procédures d'arbitrage internationales. Il est professeur auprès de la Freie Universität Berlin et de la Technische Universität Chemnitz, où il enseigne le droit international public ainsi que la résolution des conflits. L'activité professionnelle et universitaire de M. Hamann le conduit à travailler souvent en Afrique.

Ibrahima DIALLO est Enseignant- Chercheur de droit public depuis 11 ans à l'Université Gaston Berger de Saint Louis. Il enseigne le droit public et son champ de recherche porte sur les constitutions, les libertés, l'Etat, la décentralisation, la justice administrative et constitutionnelle, le droit public des affaires et les finances publiques. Il a publié plusieurs ouvrages dont le droit des collectivités locales au Sénégal (L'Harmattan 2008), les grandes décisions du conseil constitutionnel au Sénégal (co-auteur) et des articles dont la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle en Afrique (AIJC 2005), l'avenir du déferé préfectoral en droit public français (AJDA décembre 2006) et l'exception d'illégalité dans le nouveau système judiciaire sénégalais (Revue URED de juin 2011). Monsieur Diallo est également consultant de plusieurs organismes nationaux et internationaux sur la question de la décentralisation, de la gestion des ressources naturelles et du foncier mais aussi sur la question de la gestion de l'eau.

Chadidscha Schoepffer, M.J.I., coordinatrice de projets et chercheuse au Centre de Recherche International sur le Développement et l'Environnement à la Justus-Liebig-Universität Gießen, est membre du comité exécutif de l'Association du Droit Africain. Ses recherches portent sur le développement constitutionnel et notamment sur la justice constitutionnelle en Afrique de l'Ouest. Elle est rédactrice du journal *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*.



Konrad
Adenauer
Stiftung

Office : **Mbaruk Road, Hse, No. 27**
P.O. Box 66471-00800
Westlands, Nairobi, Kenya
Tel: 254 20 272 59 57, 261 0021, 261 0022
Fax: 254 20 261 0023
Email: info.nairobi@kas.de

Head Office : **Klingelhöferstr. 23 D-10785 Berlin**
Tel.: 030/269 96-0
Fax: 030/269 96-3217
www.kas.de

© Konrad Adenauer Stiftung & Authors, September 2012

ISBN: 978-9966-021-08-3

Typeset & Printing by:-
LINO TYPESETTERS (K) LTD
P.O. Box 44876-00100 GPO
Email: info@linotype.co.ke
Nairobi-Kenya

All rights reserved. No reproduction, copy or transmission of this publication may be made without written permission by the publisher. No paragraph of this publication may be reproduced, copied or transmitted save with written permission. Any person who does any unauthorised act in relation to this publication may be liable to criminal prosecution and civil claims for damages.

TABLE OF CONTENTS

AVANT-PROPOS

i

A light gray map of the African continent serves as a background for the table of contents. The map shows the outlines of various African countries and their capital cities. Overlaid on the map are four main sections of the table of contents, each separated by a horizontal line. The text is centered on the map. The countries labeled on the map include: CANARY ISLANDS, MOROCCO, ALGERIA, TUNISIA, LIBYA, EGYPT, WESTERN SAHARA, MAURITANIA, MALI, NIGER, CHAD, ERITREA, SENEGAL, BURKINA FASO, GUINEA, COTE D'IVOIRE, GHANA, BENIN, NIGERIA, CAMEROON, CENTRAL AFRICAN REPUBLIC, SUDAN, ETHIOPIA, SOMALIA, SIERRA LEONE, LIBERIA, EQUATORIAL GUINEA, CONGO, CONGO, DRC, UGANDA, KENYA, BURUNDI, TANZANIA, ANGOLA, ZAMBIA, MALAWI, MOZAMBIQUE, LESOTHO, SOUTH AFRICA, and MADAGASCAR. Capital cities marked include: Tetouan, Rabat, Marrakech, Carthage, Tunis, Cairo, Bamako, Bobo Dioulasso, Kumasi, Abidjan, Accra, Lagos, Ibadan, Kinshasa, Brazzaville, Luanda, Lusaka, Harare, Maputo, Pretoria, Johannesburg, Kimberley, Durban, Cape Town, Port Elizabeth, Kampala, Jinja, Mombasa, Zanzibar, and Dar es Salaam.

**LA CONTRIBUTION DU JUGE DES ELECTIONS
DANS LA CONSTRUCTION DE L'ETAT DE DROIT AU SENEGAL**

Par Abdoul Aziz Sow

1

L'EFFECTIVITE DE L'ETAT DE DROIT AU SENEGAL

Par Moussa Sarr

15

LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS PRIVÉS ÉTRANGERS AU SÉNÉGAL

Par Serigne Ndiagna Sow

37

**ESSAIS SUR LES CAUSES DE L'INEFFECTIVITE DU PRINCIPE DE LA SEPARATION
DES POUVOIRS DANS LES RAPPORTS ENTRE LE POUVOIR EXECUTIF ET LE
POUVOIR JUDICIAIRE DANS LE SENEGAL POST ALTERNANCE**

Par Papa Fodé Kanté

53

**LE JUGE ADMINISTRATIF SÉNÉGALAIS ET LA CONSTRUCTION
DE L'ETAT DE DROIT**

Par Omar Dia

71

KONRAD ADENAUER STIFTUNG

LIBRAIRIE D'ETUDES JURIDIQUES AFRICAINES

VOLUME 12

AVANT-PROPOS

Les dernières élections présidentielles de mars 2012 ont contribué à renforcer la vitrine démocratique sénégalaise. L'Etat de droit suppose que la liberté de décision des organes de l'Etat soit, à tous les niveaux, limitée par l'existence de normes juridiques supérieures dont le respect est garanti par l'intervention d'un juge. La hiérarchie des normes ne devient effective que si elle est juridictionnellement sanctionnée et les droits fondamentaux ne sont réellement protégés que si le juge marque sa présence pour en assurer la garantie.

Aussi, la protection des libertés est devenue un corollaire irremplaçable du principe démocratique. Pour assurer un équilibre des pouvoirs au sein de l'Etat de droit et garantir les droits et libertés fondamentaux des citoyens, l'intervention efficace et effective d'une justice indépendante est indispensable voire irremplaçable.

Ces articles de jeunes chercheurs sénégalais illustrent parfaitement que l'Etat de droit est un acquis incontournable qui ne cesse d'être renforcé.

C'est dans ce contexte que s'inscrit le présent volume de la Librairie africaine d'études juridiques regroupant une série des réflexions produites par des jeunes chercheurs de la faculté de Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Gaston Berger St. Louis (UGB). Les travaux sont issus d'un séminaire au sujet de l'Etat de droit au Sénégal qui fait partie d'une série de séminaires prévus en Afrique de l'Ouest dans le cadre du programme « Etat de droit en Afrique subsaharienne » de la Fondation Konrad Adenauer. Ces séminaires sont destinés aux doctorants et assistants des facultés de droit participants et offrent un cadre de réflexion sur la réalité juridique dans les pays respectifs.

L'équipe de l'UGB s'est ainsi consacrée à cerner différents aspects spécifiques de la réalisation du concept de l'Etat de droit au Sénégal. Deux articles abordent le rôle de la jurisprudence dans la mise en œuvre de l'Etat de droit au Sénégal. Abdoul Aziz Sow procède à une appréciation de « La contribution du juge des élections dans la construction de l'Etat de droit au Sénégal ». Après avoir identifié ce juge des élections, il analyse sa contribution à la construction et à la consolidation de l'Etat de droit dans tout le processus électoral ainsi qu'à travers le contentieux électoral. À l'aide des exemples de la jurisprudence administrative, son confrère Omar Dia, pour sa part, étudie « Le juge administratif et la construction de l'Etat de droit au Sénégal » et éclaire la façon dont le juge administratif sénégalais procède pour protéger les droits et libertés dont jouissent les individus dans l'Etat de droit. Dans son « Essai sur les causes de l'ineffectivité du principe de la séparation de pouvoirs dans les rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire dans le Sénégal post-alternance » Papa Fodé Kanté analyse les causes structurelles de l'ineffectivité du principe de la séparation des pouvoirs dans les rapports entre l'exécutif et le judiciaire avant d'aborder les causes conjoncturelles de l'ineffectivité du principe de la séparation des pouvoirs dans le Sénégal post-alternance. Moussa Sarr étudie le niveau de réalisation des principes d'Etat de droit au

Sénégal et examine la question de savoir si les différents processus dans lesquels le Sénégal s'est engagé (imposés parfois par les acteurs extérieurs) sont révélateurs de « l'effectivité de l'État de droit au Sénégal ». Serigne Ndiagna Sow traite l'aspect de la «La protection des investissements privés étrangers au Sénégal » et s'interroge sur le fait de savoir si la volonté affirmée d'encourager et de protéger les investissements privés étrangers aussi bien sur le plan normatif juridique qu'institutionnel a été traduite dans les faits.

Nous remercions les autorités de l'UGB d'avoir rendu possible le projet du séminaire qui est orienté vers une collaboration durable. Nous remercions le Doyen Babacar Kanté qui a établi la coopération qui a mené à la réalisation de ce projet. Nous remercions en particulier la Fondation Konrad Adenauer pour avoir intégré le projet dans le cadre de son programme « État de droit en Afrique subsaharienne ». Finalement, nous exprimons notre gratitude aux participants pour leur engagement. Les points de vue exprimés dans les travaux publiés sont ceux des auteurs, pas nécessairement les nôtres ni ceux de la Fondation.

Ibrahima Diallo

Hartmut Hamann

Chadidscha Schoepffer

LA CONTRIBUTION DU JUGE DES ELECTIONS DANS LA CONSTRUCTION DE L'ETAT DE DROIT AU SENEGAL

Par Abdoul Aziz Sow*

INTRODUCTION GENERAL

Etat de droit, démocratie, protection des libertés individuelles, sont aujourd'hui les maîtres mots des nations dites civilisées. En effet, l'évolution des sociétés démocratiques a permis de poser les critères d'un Etat de droit caractérisé principalement par une séparation des pouvoirs, des élections mais aussi par la garantie et le respect des libertés fondamentales.

La mondialisation du droit aidant, tous les Etats dits démocratiques ont tenté, tant bien que mal, de faire de la démocratie une vitrine des Etats de droit. Si l'on dénie souvent aux Etats africains d'être des modèles en démocratie, le vent de l'Etat de droit semble avoir irrigué le continent à telle enseigne que depuis quelques décennies en parler devient une gageure. Le Sénégal, à l'instar des autres pays africains n'a pas échappé à cette situation. Définie littéralement comme étant une situation juridique dans laquelle chacun est soumis au respect du droit, la garantie de l'Etat de droit suppose une justice forte et armée, pouvant à chaque fois que l'occasion se présente dire le droit, même au pouvoir exécutif, particulièrement s'il s'agit d'élections. En fait, les élections permettent de jauger le degré d'une démocratie et partant le respect de ce droit fondamental que constitue le vote.

L'Etat de droit postule une soumission des institutions publiques à des règles de droit et qu'elles acceptent d'être contrôlées par des juridictions. Comme le soulignait à juste titre C Goyard l'Etat de droit est en effet celui dans lequel les règles sont posées, connues, garanties par l'édition de sanctions juridiques, de sorte que... si les règles ont été transgressées, il existe des voies de recours qui permettent de redresser ou d'anéantir les actes incompatibles avec elles dans l'ordonnement juridique¹. Définie comme un système institutionnel dans lequel la puissance publique est soumise au droit, l'Etat de droit est un concept d'origine allemande et qui a été redéfinie au début du vingtième siècle par Hans Kelsen, comme un Etat dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées de telle sorte que sa puissance s'en trouve limitée. Le modèle se fonde sur le principe selon la règle de droit tire sa validité de sa conformité aux règles supérieures. Un tel système suppose, par ailleurs, l'égalité des sujets de droit devant les normes juridiques et l'existence de juridictions indépendantes.

Le respect de la hiérarchie des normes est la garantie majeure de l'Etat de droit. En effet, la sécurité juridique et judiciaire exige une certaine cohérence des normes afin d'assurer une compatibilité et à la limite une conformité entre elles. Au sommet de cette pyramide figure la Constitution. La principale implication serait la soumission de tous les pouvoirs à la légalité et par conséquent, la sanction des éventuelles atteintes à cet ordonnancement juridique. L'originalité d'un tel modèle suppose donc la reconnaissance d'une égalité des différents sujets de droit soumis aux normes en vigueur. Celui-ci implique en effet que tout

* UFR Sciences Juridiques et Politiques Université Gaston Berger de Saint Louis

¹ C Goyard « *Etat de droit et démocratie* », Mélanges René Chapus, Paris, Montchrestien, 1992, p.301

individu, toute organisation, au niveau interne, puisse contester l'application d'une norme juridique, dès lors que celle-ci n'est pas conforme à une norme supérieure. A ce niveau, les contraintes qui pèsent sur l'Etat sont très fortes car les règlements qu'il édicte et les décisions qu'il prend doivent respecter l'ensemble des normes juridiques supérieures en vigueur, sans pouvoir bénéficier d'un quelconque privilège de juridiction, ni d'un régime dérogatoire au droit commun. Toutefois, pour garantir le respect de la légalité, le rôle des juridictions est primordial et leur indépendance est une nécessité incontournable.

Etymologiquement du latin *electio* qui signifie choix, l'élection est un choix réalisé au moyen d'un suffrage (vote, approbation) auquel toutes les personnes disposant du droit de vote, le corps électoral, sont appelées à participer². L'objectif de l'élection est la désignation d'une ou plusieurs personnes pour exercer un mandat électoral (politique, économique, associatif, syndical, social,...) durant lequel elle(s) représente(nt) leurs électeurs. Par son vote, le corps électoral leur transfère la légitimité nécessaire pour exercer le pouvoir attribué à la fonction objet de l'élection.

La population concernée transfère, par le vote de sa majorité, à des représentants ou mandants choisis, une légitimité pour exercer le pouvoir attribué à la fonction ainsi occupée. Plusieurs types d'élections peuvent se retrouver dans un Etat ; mais on retrouve principalement dans les Etats de droit comme le Sénégal, des élections présidentielles, législatives et locales. Les enjeux sont certes différents même s'il faut reconnaître que les élections présidentielles captent plus l'attention des citoyens, cela ne doit pas faire oublier que les élections législatives et locales (régionales, communales et rurales) sont de véritables baromètres d'une démocratie et subséquentement d'un Etat de droit. Si les élections constituent les rares occasions pour que les détenteurs principaux de la souveraineté se prononcent sur le choix des systèmes et des hommes devant diriger les institutions publiques de l'Etat, elles n'en servent pas moins de critères pertinents.

Appelés à dire le droit et même à superviser les élections, le juge ou les juges des élections sont appelés dans une certaine mesure à construire, garantir et consolider l'Etat de droit. Cette mission s'opère par un contrôle de la procédure électorale qui part depuis l'établissement des listes électorales, la réception et la supervision des candidatures, la conduite des campagnes électorales, le financement des campagnes, la proclamation des résultats, la réception des recours contentieux et la sanction des éventuelles atteintes. Cette tâche des juges est assez rude et très sensible. C'est pour cette raison qu'il serait intéressant de s'interroger sur la contribution du juge des élections dans la consolidation de l'Etat de droit ; autrement dit quel est l'apport de ce juge dans la construction de l'Etat de droit au Sénégal ?

La réponse à une telle problématique exige des éclaircissements sur une question préalable qui constitue à identifier ce juge ou ces juges des élections. En effet, au regard du droit positif sénégalais, plusieurs juges interviennent dans le processus électoral. Il s'agit d'abord juge de la Cour d'appel, du conseil constitutionnel et de la Cour suprême.

La Cour d'appel statue sur les litiges relatifs aux élections des conseils municipaux et régionaux, des membres des chambres de métiers et des chambres de commerce, et des conseils des Ordres professionnels. S'agissant des élections du Président de la République et des Députés, la Cour veille au déroulement des opérations de vote, à la régularité du scrutin au recensement des votes et procède à la proclamation des résultats provisoires.

² <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Election.htm>

Les Cour d'appel sont régies par le décret n° 84-1194 du 22 octobre 1984 modifié par le décret n° 92-916 du 17 juin 1992. Il n'y avait alors, sur le territoire sénégalais qu'une seule Cour d'appel, celle de Dakar. Au terme de l'article 25 de ce décret, le ressort de la Cour d'appel s'étend à l'ensemble de la République du Sénégal. Ce texte a été modifié suite à l'implantation en janvier d'une nouvelle Cour d'appel à Kaolack et, dans un avenir très proche, celle de Saint a été installée en janvier 2009.

Quand au conseil constitutionnel³, l'Article 2 dispose que conformément aux dispositions des articles 24, 25, 28, 29, 31 et 35 de la Constitution, le Conseil constitutionnel reçoit les candidatures à la Présidence de la République, arrête la liste des candidats, statue sur les contestations relatives aux élections du président de la République et des députés à l'Assemblée nationale et en proclame les résultats. Il reçoit le serment du président de la République et constate sa démission, son empêchement, ou son décès ainsi que la démission, l'empêchement ou le décès des personnes appelées à le suppléer dans ces cas.

Pour ce qui concerne la Cour suprême, ressuscitée en 2008⁴, sa chambre administrative est compétente, en dernier ressort, dans le contentieux des inscriptions sur les listes électorales et des élections aux conseils des collectivités locales et, d'une manière générale, elle juge les contentieux qui lui sont dévolues par le code électoral⁵. Il faut signaler néanmoins que le code électoral confie au Président du Tribunal départemental certaines missions lors des élections. Il s'agit principalement des recours contre les radiations sur les listes électorales, contre les décisions de la commission administrative, mais aussi la garde des urnes scellées.

En tout état de cause, les juges qui nous intéressent seront principalement le juge de la Cour d'Appel, le juge de la Cour suprême et le juge constitutionnel.

Leur contribution dans la construction et la consolidation de l'Etat de droit sera appréciée sur tout le processus électoral à travers aussi le contentieux électoral qui sera analysé en conséquence. En définitive, l'identification de ce juge des élections d'une part, et d'autre part sa contribution, constitueront les deux axes de notre réflexion. A cette fin, nous verrons dans une première partie l'identification malaisée du juge des élections (I) avant d'aborder dans une seconde partie sa contribution mitigée (II) dans la construction et la consolidation de l'Etat de droit.

1- Une identification malaisée du juge des élections

L'identification du juge des élections au Sénégal est un véritable travail de fourmi dans la mesure où il ne s'agit pas d'un seul juge, mais plutôt d'une pluralité de juges en ce sens que si les élections présidentielles et législatives sont principalement confiées au Conseil Constitutionnel, les élections aux conseils régionaux, municipaux et ruraux sont de la compétence de la Cour d'Appel. A côté, la Cour suprême intervient en dernier ressort dans le contentieux des élections locales. Il est possible d'aborder les juges des élections à travers d'une part, les élections présidentielles et législatives et d'autre part, des élections locales. Cependant, pour une aisance dans la démonstration, nous poserons d'abord le constat d'une pluralité des juges des élections (A) avant de mettre en exergue la prééminence du juge constitutionnel (B) due principalement à l'enjeu que les élections présidentielles et législatives constituent dans tout Etat de droit.

³ Loi n° Loi n°92-23 du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel

⁴ Loi 2008-35 du 8 août 2008 sur la nouvelle Cour suprême du Sénégal

⁵ Loi n° Loi n°92-15 du 7 février 1992 portant code électoral au Sénégal

A- Une pluralité des juges des élections

D'après Djedjro Francisco Meledje⁶ les sociétés démocratiques se caractérisent, entre autres, par l'organisation d'élections disputées à intervalles réguliers. Le contentieux électoral a, à cet effet, pour objet de vérifier la régularité des actes et la validité des résultats des élections; en d'autres termes, il se définit comme l'opération qui vise à régler les litiges mettant en cause la régularité des processus électoraux. Le contentieux électoral comporte lui-même plusieurs types de contentieux : le contentieux électoral proprement dit et le contentieux répressif qui tend à la sanction des actes de fraudes commis à l'occasion des élections et à la condamnation de leurs auteurs.

Mais au-delà de la perception que le juriste peut donner de la notion de contentieux, c'est-à-dire du règlement par des organes juridictionnels d'un différend, il convient de préciser qu'en matière électorale l'expression « règlement des contentieux » peut être saisie de façon extensive ; au point d'avoir recours à la notion de régulation électorale. Quelle que soit l'analyse que l'on peut faire à propos de l'idée de la représentation politique en rapport avec la démocratie, le contentieux apparaît comme la technique qui assure, autant que possible, l'équité et la régularité de la représentation dans la démocratie électorale. Or il n'y a pas d'élection sans contentieux ; à moins que l'on ne choisisse d'organiser ce qu'on appelle, dans le jargon des africanistes, les « élections sans risques ».

Cet argument remet sur la sellette la problématique des élections, au regard de leurs enjeux en Afrique, sous le prisme de l'Etat de droit. Fondée sur le primat des principes d'indépendance et d'impartialité, l'exercice du service public de la justice est perçu comme étant un gage de la pleine effectivité de l'Etat de droit. Cette indépendance⁷ consacrée dans la plupart des constitutions des Etats démocratiques permet de garantir aux citoyens le respect de leurs droits et libertés fondamentaux par les autres pouvoirs politiques et de sanctionner des éventuelles atteintes à ces droits. Une telle attribution du juge offre aux citoyens des garanties quant aux choix de leurs mandataires et éventuellement de diligenter des recours devant les juridictions compétentes en cas de fraudes électorales ou d'irrégularités manifestes.

Cependant, en pareille occurrence, devant quelle juridiction, le requérant doit adresser sa demande ? La réponse à cette interrogation demeure mitigée selon l'option des Etats suivant qu'ils ont retenu la formule d'unité ou de la dualité de juridiction. Dans ce cadre, le Sénégal, ayant renoncé avec la tradition française de dualité de juridiction, a choisi le système d'unité de juridiction qui apparaît comme un système plus économique et moins compliqué. C'est ce qui ressort de l'Exposé des motifs de la loi organique n° 2008- 35 du 08 août 2008 relative à la restauration de la Cour suprême au Sénégal.

En effet, pour les réformateurs du système judiciaire intervenu le 30 mai 1992, cette ancienne formule judiciaire qui postule la création de plusieurs juridictions supérieures a eu un impact pernicieux sur les moyens budgétaires et les ressources humaines mis à la disposition de la justice. Ainsi, pour donner à la justice un souffle nouveau, le Sénégal s'est lancé dans une réforme en 2008 visant à ressusciter la Cour suprême en vue de combler les lacunes précédemment citées, ce qui aurait pour conséquence d'aboutir à un renforcement indéfectible de l'Etat de droit au Sénégal. C'est la raison pour laquelle, notre pays s'est attelé à offrir moult possibilités aux citoyens d'exercer leurs droits auprès de certaines juridictions

⁶ Djedjro Francisco Meledje, « *Le contentieux électoral en Afrique* », Seuil, Pouvoirs, 2009, n°129, pp-129-255.

⁷ Article 88 de la Constitution sénégalaise du 22 Janv. 2001.

avant, pendant et après les opérations électorales dans le respect bien évidemment des règles de formes et de procédures retenues par la loi.

Pour ce faire, la mise en place d'un système reconnaissant la compétence plurielle des juges fut l'option choisie par le Sénégal. Cette possibilité impliquant les juges à jouer un rôle décisif dans les opérations électorales, semble promouvoir les principes aussi bien de proximité, de la nature et de l'étape du processus électoral, c'est-à-dire au moment de l'inscription sur les listes électorales, durant le vote ou après les opérations. C'est dans ce sillage que l'article L 220 du code électoral dispose que s'agissant des élections régionales : « *Tout électeur peut demander l'annulation des opérations électorales. La Cour d'Appel est compétente.* ».

Dans le même registre, ce code prescrit en son article L 254 que pour le contentieux des élections municipales et rurales la Cour d'Appel est compétente en ces termes « *Tout électeur ou tout candidat à une élection municipale ou rurale peut réclamer l'annulation des opérations électorales. La Cour d'Appel est compétente. Les requêtes doivent être déposées, en double exemplaire, dans les cinq (05) jours qui suivent la proclamation des résultats, à la préfecture ou au greffe de la Cour d'Appel. Il en est donné acte par le préfet ou le greffier en chef. Lorsque la requête est déposée à la préfecture, le préfet la transmet immédiatement au greffier en chef de la Cour d'Appel. Sous peine d'irrecevabilité, la requête doit préciser les faits et les moyens allégués. S'il estime que les conditions et les formes légalement prescrites n'ont pas été remplies, le préfet peut, également, demander l'annulation des opérations électorales. A cet effet, il adresse une requête, en double exemplaire au Ministre de l'Intérieur dans les huit (08) jours suivant la proclamation des résultats. Le Ministre de l'Intérieur transmet la requête au Greffier en chef de la Cour d'Appel qui lui en donne acte.* ».

En outre l'article 19 de la loi organique n° 2008- 35 du 08 aout 2008 relative à la Cour suprême précise que : « *la chambre administrative, qui connaît des pouvoirs en cassation en matière administrative, est juge en premier et dernier ressort de l'excès de pouvoir des autorités exécutives, ainsi que de la légalité des actes des collectivités locales ; elle est compétente, en dernier ressort, dans le contentieux des inscriptions sur les listes électorales et les élections aux conseils des collectivités locales. Et d'une manière générale, elle juge les contentieux qui lui sont dévolus par le code électoral.* »

S'agissant des affaires qui se rattachent à la compétence d'un tribunal départemental et se rapportant aux opérations électorales, l'article 75 de cette loi précitée énonce que : « *dans les affaires relevant de la compétence du tribunal départemental et relatives au contentieux des inscriptions sur les listes électorales, le délai pour se pourvoir est, à peine d'irrecevabilité, de dix jours à compter de la notification de la décision attaquée* ». La lecture de la Constitution du Sénégal de 2001 fait apparaître une ressemblance entre cette disposition précitée et celle de l'article 92 qui dispose que : « *la cour suprême est compétente en dernier ressort dans le contentieux des inscriptions sur les listes électorales et des élections aux conseils des collectivités locales...* ».

Il faut aussi préciser que même si le juge constitutionnel bénéficie des attributions spécifiques en matière d'élections présidentielles et législatives, il nous semble pertinent de souligner le rôle non négligeable des autres ordres de juridiction dans le processus de ces élections. Cette remarque illustre les dispositions constitutionnelles de l'article 32 qui consacrent l'importance des autres juges dans le processus électoral en prévoyant que : « *les Cours et Tribunaux veillent à la régularité de la campagne électorale et à l'égalité des candidats pour l'utilisation des moyens de propagande, dans les conditions déterminées par une loi organique* ».

Cependant, quelle que soit la place réservée aux juges dans les opérations électorales, il est à remarquer que le juge constitutionnel peut être considéré comme étant leur "doyen" du fait du nombre de ses attributions et de sa position à la fois hiérarchique et stratégique au sein du dispositif judiciaire sénégalais.

B- Une prééminence du juge constitutionnel

Au Sénégal, comme partout d'ailleurs en Afrique francophone, les élections nationales (présidentielles et législatives) sont confiées à la juridiction constitutionnelle appelée parfois conseil ou cour. La constitution Sénégalaise de 2001 donne au Conseil constitutionnel⁸ la compétence de veiller à la régularité et à la validité des élections législatives, présidentielles et du référendum, pour en proclamer les résultats et pour statuer sur toute contestation. Dans le respect des dispositions constitutionnelles suscitées, la loi organique sur le Conseil constitutionnel et les lois électorales confient à ladite Cour le contrôle de la régularité des élections législatives, présidentielles et du référendum depuis les opérations préalables (établissement de la liste électorale, présentation des candidatures, organisation de la campagne électorale), jusqu'aux conditions de déroulement du scrutin et la contestation de l'élection d'un élu. Le juge constitutionnel peut ainsi intervenir pour procéder à la réformation ou à l'annulation de l'élection, prononcer la déchéance du candidat dont le vote a été acquis, ou décider de toute autre sanction appropriée. L'intervention du juge peut manifester dans la phase préparatoire des élections, lors du déroulement du scrutin et lors de la contestation de l'élection.

Donc, au regard de la doctrine, le juge est considéré comme la clé de voûte et la condition de réalisation de l'Etat de droit⁹. Cette place de choix du juge dans la mise en place de l'Etat de droit est confirmée par certains auteurs comme le professeur Louis Favoreu, qui, dans une remarquable étude intitulée "*la politique saisie par le droit*"¹⁰, observait : « *De la même manière qu'en droit administratif, on ne peut traiter telle ou telle question sans se référer à la jurisprudence du Conseil d'Etat, et donc à celui-ci, il n'est pas désormais plus possible, en droit constitutionnel et aussi en science politique, d'étudier la plupart des problèmes sans tenir compte des positions du Conseil constitutionnel* ». C'est dire que pour analyser aujourd'hui le jeu politique et apprécier l'état d'ancrage de la démocratie dans une communauté, l'on ne doit pas ignorer la justice constitutionnelle¹¹. Il en est ainsi dans la mesure où, outre le contrôle de la constitutionnalité, les juges constitutionnels sont dans certains pays, chargés du contrôle de la régularité des élections ou du règlement du contentieux électoral. C'est l'exemple du Bénin, du Cameroun, du Sénégal ou du Togo¹².

A partir de cette conception émanant des tenants de la doctrine, on voit maintenant que les élections occupent une place centrale dans une démocratie. C'est ce qui ressort de l'analyse de Raymond Aron lorsqu'il écrit à ce sujet, que « *Les traits structurels des régimes démocratiques sont bien des élections* ». ¹³. Ces différents arguments font désormais du juge constitutionnel, le principal organe régulateur des élections aussi bien présidentielles que

⁸ Articles 29, 30, 32, 33, 34, 35, 37, 41 de la Constitution Sénégalaise

⁹ J. Chevallier, l'Etat de droit, Paris, Montchrestien, Clefs, 2^e édit. 1994, p.147.

¹⁰ Favoreu (L), La politique saisie par le droit, Economica, Paris, 1988.

¹¹ Rousseau (D), Droit du contentieux constitutionnel, 3^e éd. Montchrestien, Paris, 1993, p. 22.

¹² A propos du Bénin, l'art. 49 de la constitution du 11 décembre 1990 et les articles 80 et 88 de la loi du 3 janvier fixent les règles pour les élections en république du Bénin. Au Sénégal, le code électoral du 7 février 1992 fixe à ses articles LO 135 et LO 136 le Conseil constitutionnel comme organe de règlement du contentieux électoral. Au Togo, le code électoral du 15 septembre 1997 modifié le 5 avril 2000 puis le 12 mars 2002 et enfin le 7 février 2003 habilite la cour constitutionnelle prévue à l'article 99 de la constitution à veiller à la régularité des opérations électorales.

¹³ Aron (R), Les désillusions du progrès, Calmann-Lévy, Paris, 1966, p.66. Bourgi (A), Ombre et lumières des processus de démocratisation en Afrique Subsaharienne, in Bilan des Conférences nationales et processus de démocratisation en Afrique, Actes du séminaire de Cotonou, 11- 12 nov.1998, p.185.

législatives. Ce contrôle de régularité présente deux aspects importants : l'authentification des actes préliminaires du scrutin et le règlement des conflits nés de la contestation des résultats électoraux. De ce fait, les citoyens sont en mesure de déférer devant les juridictions compétentes des actes préliminaires des scrutins qu'ils estiment être contraires à la loi. Les irrégularités des opérations électorales lors des élections présidentielles et législatives entrent dans cette panoplie d'actes nonobstant certaines spécificités.

En effet, le constituant sénégalais à l'instar de ceux des autres Etats s'est engagé résolument à les soumettre à un régime dérogatoire au droit commun des scrutins régionaux, municipaux et ruraux. Ainsi, ces opérations électorales sont placées sous la responsabilité du juge constitutionnel. C'est ainsi que le constituant sénégalais a consacré plusieurs dispositions qui définissent les différentes attributions qui sont confiées au Conseil constitutionnel en matière d'élection présidentielle. A cet effet, l'article 29 de la nouvelle constitution sénégalaise fait entrer dans le chapitre des compétences du Conseil constitutionnel aussi bien le dépôt des candidatures que les possibilités de reports en cas de nécessité. En outre, l'article 30 de cette même constitution attribue au Conseil constitutionnel la tâche d'arrêter et de publier la liste des candidats. Ses compétences s'étendent encore à la décision de procéder à un second tour si aucun candidat n'a obtenu la majorité ou en cas de contestation. Il est également chargé aux termes des dispositions constitutionnelles aussi bien de la proclamation provisoire et définitive des résultats du scrutin présidentiel.

Si l'on met l'accent sur l'aspect contentieux, la constitution sénégalaise mentionne clairement aux termes des dispositions l'article en son alinéa 2 que : « *la régularité des opérations électorales peut être contestée par l'un des candidats devant le Conseil constitutionnel dans les soixante douze heures qui suivent la proclamation provisoire des résultats par une commission nationale de recensement des votes instituée par une loi organique* ». In concreto, au Sénégal, le code électoral reconnaît à tout candidat aux élections présidentielles et législatives, le droit de contester directement des résultats provisoires¹⁴.

Il convient également de souligner que l'importance des attributions du juge constitutionnel ne se limite pas uniquement à l'organisation et au fonctionnement du scrutin présidentiel, elles s'étendent également au contentieux électoral de ces opérations. En effet, l'autorité que revêtent ses décisions fait qu'elles sont insusceptibles d'être attaquées devant un autre juge ou une autre juridiction. Ce principe qui est reconnu par les lois de la république est consacré par l'article 92 al. 2 qui précise que : « *Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont pas susceptibles d'aucune voie de recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ».

Cette position du juge constitutionnel au sein du dispositif judiciaire est gage de sa prééminence sur ses pairs qui sont placés sous la coupole des autres juridictions. Cependant malgré cette intervention plurielle des juges dans le cadre du renforcement des principes démocratique et d'Etat de droit, il convient de relever un certain nombre de lacunes qui constituent des facteurs de ralentissement du projet démocratique engagé par les pays africains y compris le Sénégal.

II- Une contribution mitigée

La participation du juge électoral dans la construction de l'Etat de droit, de la démocratie dans un Etat comme le Sénégal suscite plus d'un intérêt. En effet, du fait des

¹⁴ Articles 29 de la constitution, puis les articles LO 135 et LO 185 du code électoral.

enjeux que soulèvent les élections nationales ou locales, il apparaît comme étant la première autorité bien placée pour faire respecter et perpétuer les principes régissant tout Etat démocratique. Ce qui expliquerait peut-être l'existence d'une pluralité de juge électoral. Cependant, l'analyse attentive de ses décisions fait révéler une certaine frilosité, retenue, bref un malaise du juge (A) et par conséquent une nécessité de le renforcer, le réarmer ou le redorer (B).

A- Un juge assez timide

Juge timide ! Voilà une expression qui pourrait faire rire, susciter de débats houleux ou encore étonner normalement dans les Etats modernes se réclamant de la démocratie. En effet, en tant qu'autorité par excellence chargée de dire le droit, tout le droit et rien que le droit, le juge devrait être à l'abri de toute hésitation, de timidité. Tel n'était pas le cas hier et ne l'est pas encore aujourd'hui au Sénégal. Est-ce une spécificité sénégalaise, africaine ? Une chose est sûre, l'analyse de la jurisprudence du juge électoral au Sénégal prouve une certaine timidité, de réserve de la part du juge. Et cela reste vérifiable dans toutes les phases des élections qu'elles soient présidentielles, législatives ou sénatoriales, bref nationales ou locales. Cependant convient-il le préciser, une telle attitude du juge des élections varie en fonction des circonstances ou encore des phases des échéances électorales.

En effet, concernant la période préélectorale, on constate une certaine rigueur de la part du juge dans ses décisions. Les exemples ne manquent pas. Ainsi à propos des élections présidentielles de 1993, il a fait primer la non discrimination entre les candidats et partant veiller au strict respect du principe d'égalité entre les candidats quant au respect des délais prévus en rejetant la déclaration de candidature additive de Landing Savané¹⁵.

Dans une autre décision de la même année décision n° 3/93- Affaire n° 4/E/93, le juge est sorti de l'emprise de l'exécutif en déclarant irrecevable la requête introduite par Abdou Diouf en ces termes : « *Considérant que si Abdou Diouf, en sa qualité de candidat à l'élection à la présidence du 21 février 1993, dispose du droit de réclamation prévu à l'article LO 93 du code électoral, sa requête, enregistrée le 27 janvier 1993 sous le n° 4/E/93, est tardive (...)* ».

Cette rigueur, voire cette audace du juge électoral reste valable pour les législatives. La décision n° 33/98- Affaires n° 1/E/98 et 2/E/98 du conseil constitutionnel en est une parfaite illustration : « *Considérant que les règles relatives aux inéligibilités comme celles qui établissent les limitations à la candidature doivent toujours faire l'objet d'une interprétation restrictive, et ne doivent pas être étendues à des cas non expressément prévus* ». Cette décision est intéressante car comme le souligne Ibrahima Diallo à travers ses commentaires consacrés à la dite décision : « *le juge n'a pas suivi les conclusions de l'exécutif et plus particulièrement le ministre de l'intérieur. Cette attitude est significative car l'un des critères essentiels et primordiaux pour le développement de la justice constitutionnelle constitue sans aucun doute l'indépendance des juges constitutionnels (...). Le juge constitutionnel ne peut contribuer au renforcement de la démocratie et à la construction de l'Etat de droit qu'à partir du moment où il bénéficie de la possibilité de s'opposer au pouvoir en place* »¹⁶.

De la même manière, dans sa décision n°81- Affaires n°2/E/2001-3/E/2001- 4-/E/2001, le juge, est resté ferme aux exigences démocratiques quand il a considéré que le nom « Wade » et la photographie de celui-ci ne doivent pas figurer sur le bulletin de

¹⁵ Décision n° 1/93-Affaire n°1/E/93 (Publication de la liste des candidats à l'élection du Président de la République du 21 février 1993).

¹⁶ Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal, Rassemblées et commentés sous la direction de Ismaila Madior Fall, CREDILA, 2008, p.206.

vote de la « coalition Wade ». Tel est le sens de ce considérant : « *Considérant que le conseil constitutionnel estime que le principe d'égalité entre les partis ou coalitions de partis commande qu'ils connaissent le même traitement...* ». L'importance d'une telle décision dans la consolidation de la démocratie au Sénégal n'a pas laissé indifférent le Professeur Aliou Sall à travers les commentaires qu'il a consacrés à la dite décision. En effet, l'auteur déclare : « *Voici en effet une des rares, peut être trop rares décisions dans lesquelles la Haute juridiction sénégalaise se libère quelque peu du corset des textes qui régissent sa compétence (...)* »¹⁷. Ainsi par cette décision, le juge électoral, fait remarquer le Professeur Aliou Sall, introduit « *une sorte d'exigence éthique dans le jeu politique dans la mesure où il est allé jusqu'à affirmer que le chef de l'Etat, fût-il chef de parti, ne s'appartient pas, qu'il est aussi le symbole de cette totalité essentielle qu'est la nation* »¹⁸.

Pour ce qui est des autres phases (pendant et après) des élections, elles se caractérisent par une certaine peur, réserve, timidité ou encore un manque de courage et d'engagement du juge électoral. En pareille occurrence, la Cour d'appel ne saurait être oubliée. En effet comme le juge constitutionnel le rappelle souvent, le juge de la Cour d'appel a la charge de veiller au respect du principe d'égalité entre les candidats.

Par ailleurs, l'analyse des décisions révèle des incertitudes quant à la « bonne foi » du juge d'assurer un strict respect de ce principe. Le plus clair du temps, il se borne à faire des injonctions ainsi que l'atteste ce considérant de la décision n° 6/93- Affaires n° 7 à 12/E/93 du Conseil constitutionnel : « *Considérant qu'en ce qui concerne le « montage trompeur » du reportage d'un meeting à la télévision, il y a lieu de faire observer que la Cour d'appel de Dakar (...), a fait parvenir le 19 février 1993, une lettre au Directeur général de la Radio Télévision Sénégalaise dans laquelle elle lui a fait injonction de respecter les prescriptions légales relatives à la diffusion par la télévision des meeting des candidats ; Que par lettre en date du 17 février 1993, elle a fait également une injonction au président Directeur général du Journal « Le Soleil » pour que cet organe de presse respecte également le principe de l'égalité de traitement de l'information* ». La teneur de ce considérant montre le laxisme du juge électoral au seul motif que même si c'est le législateur qui lui prescrit de faire seulement des injonctions, il a toute la latitude de mettre en exergue son pouvoir d'interprétation. Car pour rappel, les lois sont faites pour être interprétées.

Sans risque de se tromper, les phases relatives au déroulement des élections et après la proclamation des résultats constituent des moments où le juge électoral montre toutes ses limites. Autrement, c'est durant ces phases que le juge des élections fait preuve d'inertie, de plus de timidité en cherchant des échappatoires moins convaincantes au détriment de la sauvegarde ou de la continuité des exigences démocratiques. Le constat suivant bien que réaliste demeure alarmant, inquiétant et triste : le juge électoral sénégalais n'a jamais annulé un scrutin alors que des occasions n'ont pas manqué. Pour ce faire, il met à sa disposition divers procédés.

Ainsi dans le traitement des contestations, il se contente parfois de faire des reproches aux requérants pour leur imputer d'éventuelles irrégularités pendant le déroulement des élections. A titre d'exemple, le juge constitutionnel dans sa décision n° 10/93 - Affaires n° 20 à 23/E/C/93 a décidé aux termes du considérant 27 : « *toutefois, qu'il n'a pas été prouvé que les candidats de tel ou tel parti politique ont été les seuls bénéficiaires ; qu'au contraire, de fortes présomptions portent à croire qu'il en a été usage au bénéfice des candidats de tous les partis politiques ; qu'ainsi, suivant une jurisprudence constante, les irrégularités qui en résultent s'annulent (...)* ».

¹⁷ - op. cit., p.418.

¹⁸ - Idem.

De même, alors que dans certains cas il met l'accent sur son pouvoir discrétionnaire d'appréciation¹⁹, dans d'autres il se retranche ou cite d'autres instances. C'est ce qui ressort de ce considérant de la décision n° 10/93-Affaires n° 20 à 23/E/93 précitée : « (...) ; qu'enfin, la délivrance et l'utilisation frauduleuse d'ordonnances constituent des infractions pénales relevant de la compétence de l'autorité judiciaire ».

Dans certaines hypothèses, le juge électoral conscient des irrégularités, ne fait que formuler des regrets comme c'était le cas dans la décision n° 6/93- Affaires n°7 à 12/E/93. Les termes de ce considérant sont sans ambiguïté : « (...) ; qu'il n'en reste pas moins que la diffusion de cette manifestation par la télévision, alors que la campagne électorale allait être clôturée, est regrettable ». Or, cette décision était une occasion pour le conseil constitutionnel de participer à la construction, voire à la consolidation de l'Etat de droit au Sénégal.

De façon générale donc et à en croire le professeur I. M. Fall montrant l'attitude classique du juge constitutionnel: « Celui-ci traite avec le respect qu'il convient toutes les prétentions des candidats mais exige des preuves parfaites ou leur influence déterminante sur le sens du vote pour leur donner une suite favorable. (...) Au demeurant, l'analyse des griefs formulés par les candidats et les réponses apportées par le conseil montre que le raisonnement du conseil est tantôt insusceptible de reproche parce que pertinent, tantôt susceptible d'être critiqué parce que qualitativement insuffisant»²⁰. La timidité du juge, son manque d'audace, sa prudence et sa réserve résideraient dans cette volonté de ne pas arriver à annuler le scrutin. Pourquoi une telle attitude ? Le Professeur Demba Sy qui n'a pas manqué de dénoncer le pouvoir d'annulation de la Cour suprême en matière électorale semble trouver la réponse : « Lorsque la Cour suprême statue sur le contentieux, elle ne procède pas à des annulations, si elle le faisait, elle se déjugerait car elle est censée avoir veillé à la régularité du scrutin »²¹.

Il s'avère dès lors opportun de procéder à des réformes pour pouvoir faire sortir le juge électoral de cet état déplorable.

B- Un juge à renforcer

Au Sénégal, le juge électoral rencontre d'énormes difficultés dans l'accomplissement de ses fonctions. Cela est d'autant plus vrai que dans sa jurisprudence il n'hésite pas parfois à les souligner. Ainsi dans sa décision n°10/93- Affaires 20 à 23/E/C/93, il déclare aux termes du considérant 24 : « que, dans ses conditions, se pose pour le juge électoral des difficultés presque insurmontables pour apporter aux requêtes présentées des solutions satisfaisantes ». Divers phénomènes pourraient être à la base de celles-ci.

A n'en pas douter et de façon générale, le juge qu'il soit électoral ou non, se heurte au phénomène de la dépendance vis-à-vis de l'exécutif même s'il faut admettre que théoriquement, en vertu de la séparation des pouvoirs, les juges sont indépendants dans l'exercice de leurs fonctions. En effet, le juge électoral en tant qu'individu, est toujours animé par cette volonté d'avancement pendant toute sa carrière. Or, l'on sait qu'au Sénégal l'avancement et le traitement des juges²² dépendent en grande partie de l'exécutif ; ce qui pourrait handicaper son impartialité dans ses « activités professionnelles ». Sur cette base, il

¹⁹ - Aux termes du considérant 15 de la décision n°10/93- Affaires n° 20 à 23/E/93, le juge électoral déclare : « Considérant, cependant, qu'il est laissé à l'appréciation du juge électoral le soin de déterminer si l'utilisation frauduleuse de ces documents a exercé ou non une influence déterminante sur les résultats du scrutin ».

²⁰ - Op. Cit. , p.521.

²¹ Voir, Ameth N'Diaye dans ses commentaires relatifs à la décision du conseil constitutionnel n°7/93- Affaires n°13 à 18/E/93 ; idem, p.64.

²² Demba Sy, « La condition du Juge en Afrique : l'exemple du Sénégal », AFRILEX, juin 2003, 19p.

s'avère intéressant de revoir cet aspect du droit pour le rendre à l'abri de toute subordination à l'égard des autorités gouvernementales. Ainsi pour paraphraser le Professeur Kanté, quand les requérants (surtout les membres du gouvernement) ont tendance à le pousser vers une « politisation du droit », il pourra résister et les amener au contraire à accepter la « juridicisation de la politique ».

Concernant le juge constitutionnel pris isolément, du fait des tâches lourdes et nombreuses qui lui incombent, les membres le constituant doivent être revus à la hausse. La doctrine sénégalaise partage cet avis pendant longtemps à propos de l'ancienne Cour suprême en estimant que les multiples fonctions confiées à une seule juridiction étaient des obstacles considérables pour assurer son rôle de juge électoral.

Dans le même ordre d'idées, les professeurs Sérigne Diop et Salifou Sylla en dénonçant la faiblesse des moyens d'investigation de l'ancienne Cour suprême notent : « *La mission confiée aux délégués afin de procéder le jour du scrutin, à des contrôles inopinés sur pièces et sur place (...) s'avère nécessairement inefficace et se traduit alors négativement sur l'image de la Cour suprême (...)* »²³. Un budget considérable doit donc être mis à la disposition du juge électoral puis que la stabilité, la survivance de la démocratie, de l'Etat de droit dépend largement du déroulement des échéances électorales. Pour précision, les modes de saisine du juge électoral ne sont pas bien maîtrisés par les candidats. Sur cette base, il serait intéressant d'organiser des journées de portes ouvertes.

Dans la même dynamique, pour plus de crédibilité du juge électoral et à la suite du Professeur Kanté à propos du juge constitutionnel, diverses stratégies doivent être mobilisées: stratégies de communication comprenant notamment la diffusion des communiqués de presse accompagnant les décisions, non pas pour s'expliquer mais pour en expliquer le sens et la portée, un rapport à la fin de chaque échéance électorale mentionnant les difficultés et les réformes souhaitées...

L'autre difficulté à surmonter réside dans la diversité du juge électoral. En effet, une telle pluralité du juge des élections peut conduire à de multiples interférences prenant parfois un caractère dangereux. Comme le confirme Jean du Bois de Gaudusson : « *Le contentieux des élections se caractérise dans la plupart des Etats africains par une complexité décourageante pour les populations provoquée par le partage des compétences entre plusieurs juges et ordres de juridictions ainsi que les conflits qui ne manquent pas de surgir dans l'application des lois électorales rédigées en des termes propices aux divergences d'interprétations* »²⁴. Jean- Claude Masclat ne dit pas autre chose : « *La diversité des juridictions n'affecte pas l'unité du droit, en ce sens que les solutions apportées s'inspirent généralement des mêmes principes. Mais cela ne se vérifie pas toujours. Et l'on ne peut éviter que subsistent des divergences de jurisprudences, ou, plus grave encore, des dénis de justice* »²⁵. Dès lors, pourquoi ne pas créer au Sénégal une juridiction unique spécialisée seule compétente en matière électorale fonctionnant sur la base des règles simples, simplistes et rigoureuses ? Ainsi pour y appartenir ou y siéger, des concours pourraient être organisés de façon rigoureuse. Le mandat de ses membres resterait non renouvelable à l'issue d'une période de longévité « raisonnable ».

²³ Cités par A. N'Diaye dans ses commentaires relatifs à la décision du conseil constitutionnel n°7/93- Affaires n°13 à 18/E/93 dans, Décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal, Rassemblés et commentés sous la direction de Ismaila Madior Fall, p.64.

²⁴ Jean du bois de Gaudusson, « Les élections à l'épreuve de l'Afrique », Les cahiers du Conseil constitutionnel, n°13, « Etudes et doctrine. La sincérité du scrutin », Dalloz, 2002, p.103.

²⁵ Jean-Claude Masclat, Le Droit des élections politiques, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1992, p.313.

CONCLUSION GENERALE

La problématique du juge des élections ou des juges des élections au Sénégal à l'épreuve de la construction et de la consolidation de l'Etat de droit est à la fois une thématique nous a permis de réussir le pari de l'identification de ces derniers, mais aussi d'apprécier sa contribution dans cette gigantesque et perpétuelle quête d'une société démocratique basée sur les préceptes inconstants d'une séparation souple des pouvoirs, d'un jeu politique régulé et du respect scrupuleux des droits humains. A l'analyse, il appert que le système juridique et judiciaire Sénégalais confie la régularité des élections à presque tous les juges, de la base au sommet. N'empêche, une constante se dégage et pouvant servir de logique d'analyse : il s'agit de la prééminence réservée au juge constitutionnel. L'évolution de la justice constitutionnelle²⁶ au Sénégal et en Afrique d'une manière générale n'en serait elle pas la principale raison ?

En outre, l'analyse du contentieux et de la pratique de juge des élections nous donne l'image d'une justice électorale classique, à la limite timide. En conséquence, l'apport du juge n'en sera que faible, même si, au regard de quelques décisions rendues surtout par le conseil constitutionnel, des tentatives ont été opérées pour poser des jalons dans l'édification d'un Etat de droit, un idéal dans les sociétés modernes. Il urge aujourd'hui que les élections, qui sont de véritables baromètres d'un Etat de droit, soit mieux organisées, mieux sécurisées. Ce travail revient de droit au juge des élections malgré la concurrence que lui font les autorités administratives indépendantes (cas de la CENI²⁷). Dans cette perspective, il faudrait assurer les conditions d'une réelle indépendance de la justice, au sens large du terme, pour que ce juge arrive à participer à la construction de l'état de droit.

C'est uniquement à ce prix que le juge des élections au Sénégal deviendra le juge de l'Etat de droit.

²⁶ Ibrahima Diallo, « *À la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle* », Annuaire international de justice constitutionnelle, n° 20, 2004, pp. 93-120.

²⁷ Commission Electorale Nationale Indépendante (CENI).

BIBLIOGRAPHIE

Manuels, ouvrages et études

- 1) D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 3^e éd. Montchrestien, Paris, 1993.
- 2) J. Chevallier, l'Etat de droit, Paris, Montchrestien, Clefs, 2^e édit. 1994
- 3) Jean Claude Masclet, Le droit des élections politiques, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1992.
- 4) L. Favoreu , La politique saisie par le droit, Economica, Paris, 1988
- 5) Les décisions et avis du Conseil constitutionnel, Rassemblés et commentés sous la direction de Ismaila Madior Fall, CREDILA, 2008.
- 6) Papa Makha NDiaye, La renaissance de la Cour suprême, Les presses de la sénégalaise de l'imprimerie, Dakar, Novembre 2008.
- 7) R. Aron Les désillusions du progrès, Calmann-Lévy, Paris, 1966

Articles

- 1) A. Bourgi, « Ombre et lumières des processus de démocratisation en Afrique Subsaharienne », in Bilan des Conférences nationales et processus de démocratisation en Afrique, Actes du séminaire de Cotonou , 11- 12 nov.1998,
- 2) C. Goyard, « Etat de droit et démocratie », Mélanges René Chapus, Paris, Montchrestien, 1992.
- 3) Demba Sy, « *La condition du Juge en Afrique : l'exemple du Sénégal* », AFRILEX, juin 2003.
- 4) Djedjro Francisco Meledje, « Le contentieux électoral en Afrique », Seuil, Pouvoirs, 2009, n°129.
- 5) I. Diallo, « *À la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle* », Annuaire international de justice constitutionnelle, n°. 20, 2004.
- 6) J. du Bois de Gaudusson, « *Les élections à l'épreuve de l'Afrique* », Les cahiers du Conseil constitutionnel, n°13, « Etudes et doctrines. La sincérité du scrutin », Dalloz, 2002.

Documents officiels

- 1) Constitution sénégalaise du 07 Janvier 2001
- 2) Loi n°2008-35 du 8 août 2008 sur la Cour suprême du Sénégal
- 3) Loi n°92-23 du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel
- 4) Loi n°92-15 du 7 février 1992 portant code électoral

Décisions jurisprudentielles

- 1) Décision n°1/93- Affaire n°1/E/93
- 2) Décision n°3/9- Affaires n°4/E/93
- 3) Décision n°33/98-Affaires n°1/E/98 - 2/E/98
- 4) Décision n°81/2001-Affaires n°2/E/2001-3/E/2001-4/E/2001
- 5) Décision n°6/93-Affaires n°7/ à 12/E/93
- 6) Décision n°10/93-Affaires n°20 à 23/E/C/93

L'EFFECTIVITE DE L'ETAT DE DROIT AU SENEGAL

Par Moussa Sarr*

INTRODUCTION

La théorie de l'Etat de droit qui a fait son apparition chez les juristes allemands²⁸, connaît aujourd'hui, aussi bien dans l'ordre interne que dans l'ordre internationale, une étonnante promotion au point que Jacques Chevallier n'hésite pas à parler d'un phénomène de "mondialisation de l'Etat de droit"²⁹. Une telle expansion de l'Etat de droit résulterait de l'implosion du "Bloc de l'Est" et le triomphe de l'idéologie libérale provoquant ainsi un mouvement sismique qui a secoué les régimes totalitaires qu'on croyait en béton armé³⁰. De ce fait, l'engouement pour les idées démocratiques va pousser pratiquement tous les régimes politiques africains et la doctrine à formuler les principes de l'organisation du pouvoir selon les données de l'Etat de droit. Ainsi, tout Etat africain entend à se présenter de nos jours comme Etat de droit parce que ce dernier devient une référence, un titre de respectabilité aussi côté au plan national qu'international.

Cependant, la pertinence de cette théorie ne pouvant s'apprécier qu'en observant les conditions de sa réceptivité et de sa mise en œuvre, d'où l'intérêt que revêt cette étude portant sur l'effectivité de l'Etat de droit au Sénégal. Ce pays, cadre de notre réflexion bénéficie d'une vieille tradition politique et le sentiment national y est déjà bien affirmé. C'est la raison pour laquelle d'aucuns affirment que l'expérience sénégalaise initiée par le président Senghor et poursuivie par le président Abdou Diouf a démontré, contrairement aux prédictions pessimistes de certains politistes, la gouvernabilité des démocraties pluralistes en Afrique³¹. L'émergence du multipartisme au Sénégal avant les premières vagues de démocratisation en 1990, en Afrique démontre bien évidemment que les dirigeants de cet Etat se sont toujours attelés à donner corps aux normes existantes. Cette avancée significative en matière démocratique a été rendue possible grâce à la mise en place des institutions susceptibles de garantir le respect, la promotion et la protection des droits de l'homme tant il est vrai pour certains que : « *dans la perspective de construction d'un Etat de droit, le juge apparaît comme la clé de voûte et la condition de sa réalisation* »³². Il est ainsi dans la mesure où "l'Etat de droit" repose sur toute une horlogerie constitutionnelle constituée de mécanismes de "poids et contrepoids" (checks and balances), de contrôle réciproque entre pouvoirs, destinés à éviter les abus résultant de la concentration voire de la confusion des pouvoirs au profit d'un seul organe. De ce fait, la constitution joue un rôle de catalyseur au sein de l'Etat en ce sens qu'elle détermine non seulement les rapports entre les différents organes mais également, elle offre des garanties aux citoyens. C'est d'ailleurs pour cette

* Doctorant d'Etat en Droit public à l'Université Gaston Berger de Saint Louis du Sénégal.

²⁸ Voir Leisner (W), "L'Etat de droit, une contradiction ?", in Mélanges Eisenmann, Paris, Cujus, 1974, pp.65 et S

²⁹ Chevallier (J.), "La mondialisation de l'Etat de droit", in Droit et Politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant, Paris, LGDJ, 1999, pp. 325 -337

³⁰ Gérard (C.), "Les processus de démocratisation en Afrique" in L'Afrique en transition vers le pluralisme politique (S/Dir.) de Gérard Conac, Colloque des 12 et 13 décembre 1990, Paris, Economica, p.25.

³¹ Gérard (C.), "Les processus de démocratisation en Afrique" in L'Afrique en transition vers le pluralisme politique (S/Dir.) de Gérard Conac, Colloque des 12 et 13 décembre 1990, Paris, Economica, p.25.

³² François DELPEREE le Renouveau du Droit constitutionnel, in Revue Française de Droit constitutionnel, n° 74 avril 2008, page 457.

raison que le Doyen Hauriou précise que la normativité constitutionnelle comporte une double dimension l'une « politique » consacré à l'organisation et au fonctionnement de l'Etat, l'autre « sociale » relatives aux droits et libertés des citoyens³³.

Cette idée du Professeur Hauriou rejoint la lettre et l'esprit de la pensée des révolutionnaires français qui à travers l'article 16 la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 25 août 1789 ont précisé que : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ».

Toutefois, sommes-nous en mesure de vérifier le degré de la mise en application des principes d'Etat de droit au Sénégal ? Dans la perspective de pouvoir apporter des réponses à une telle interrogation, nous devons examiner les contours des notions "d'Etat de droit", et "d'effectivité".

Cependant, il convient de souligner que ce n'est plus la peine d'agiter l'éventail multiforme et multicolore des définitions proposées par une littérature abondante, puisque partant d'une définition usuelle, "l'Etat de droit" signifie la "soumission de l'Etat au droit"³⁴. En d'autres termes, l'Etat de droit organise un ensemble relativement cohérent non seulement des représentations (le pouvoir, le droit, la liberté), mais également des pratiques qui confortent et renouvellent en même temps l'organisation moderne des dominations sociales. La finalité de l'Etat de droit est donc atteinte dès l'instant où le droit offre aux citoyens des garanties de protection et des institutions suffisantes contre la puissance de l'Etat. Il évoque une stricte régulation juridique des rapports sociaux et implique la soumission de tous, y compris l'Etat et son chef à la loi.³⁵

Mais, si l'on quitte le domaine de spéculation intellectuelle pour celui de l'effectivité, on remarque qu'il existe des écarts entre la théorie et la pratique de l'Etat de droit au Sénégal.

Il en est ainsi dans la mesure où, la pertinence de ces concepts ne peut être évaluée à condition que l'on aborde le contexte social, politique, économique et culturel. En d'autres termes, au Sénégal, « la présence magique du texte »³⁶ ne suffit pas à garantir son application. L'effectivité traduit une application concrète des principes d'Etat de droit, conforme à sa lettre ou du moins à son esprit, c'est-à-dire à l'intention de son auteur. Elle résulte essentiellement de l'acceptation de l'Etat de droit par ses destinataires³⁷. Est effective une norme qui se traduit dans les faits par des comportements observables et conformes aux dispositifs de la norme en question. Le jugement d'effectivité, est de ce fait, un jugement de réalité et d'existence et non un jugement de valeurs³⁸. En d'autres termes, en temps que phénomène juridique, "l'Etat et le droit" ne peuvent être dissociés des formations sociales, envisagées comme un ensemble cohérent d'éléments divers, matériels et culturels, liés les uns aux autres, liés en interaction constante et en perpétuel mouvement (d'où l'idée de trajectoire historique de l'Etat mise en évidence par Perry Anderson et reprise par J.F. Bayart).³⁹ Il va sans dire donc

³³ Maurice Hauriou, Précis de droit constitutionnel, Sirey, 2^e édit., p. 624.

³⁴ Cf. Lexique Droit constitutionnel, Paris, PUF, 1991, p.49, également Dictionnaire constitutionnel, Paris, PUF, 1992, pp. 415 -418.

³⁵ Dounkeng Zele Champlain, L'instrumentalisation ou les usages politico-juridiques de l'Etat de droit, in "Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et politiques", Tome 4, Presses Universitaires d'Afrique, 2000, p. 194.

³⁶ Seurin (J-L) : « Les fonctions politiques des constitutions. Pour une théorie politique des constitutions », in Seurin (J-L) (S/Dir) : Le constitutionnalisme aujourd'hui, Paris, Economica, 1984, p.45.

³⁷ Pour une étude approfondie du concept de l'effectivité du droit, voir Rangeon (F) « Réflexions sur l'effectivité du droit », in Les usages sociaux du droit, Paris, PUF, 1989, pp.126- 149 ; Lire aussi Carbonnier (J) : Flexibilité droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur notamment le chapitre 11 sur l'effectivité et l'ineffectivité de la règle de droit, 5^e édition, Paris, LGDJ, 1983, pp.125 -137

³⁸ Slim Laghmani : « L'effectivité des sanctions des violations des droits fondamentaux, Développements récents », in L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, Montréal, Editions AUPELE-UREF, 1994, p. 541

³⁹ Pierre François Gonidec, l'Etat de droit en Afrique. Le sens des mots, in "Revue Juridique et politique Indépendance et Coopération", Ed. Juris Africa, 53^e année n° 1, janvier-avril 1998, p.3.

que l'effectivité, qui mesure les écarts entre l'Etat de droit et son application, « tend alors à se confondre avec l'efficacité, qui permet d'évaluer les résultats et les effets sociaux du droit, et avec l'efficience, qui consiste à vérifier que les objectifs assignés à la règle de droit ont été atteints au meilleur coût »⁴⁰

Quant à l'ineffectivité, elle exprime, au contraire, un échec, une lacune, un défaut d'Etat de droit, un refus de la règle de droit ou un désintérêt à son égard.

Toutefois, la pratique de l'Etat de droit a été et demeure un idéal rarement atteint. Il ne peut résulter d'une simple déclaration d'intention inscrite dans une telle ou telle constitution. Il est en ainsi du fait que l'Etat de droit ne peut exister que si la réalité des rapports sociaux s'organise selon ses principes. Il n'est pas un pur concept, il est un fait dont-on peut constater ou non l'existence, et qui tient à ce que les rapports socio-politiques soient gouvernés par le droit.

Malgré les réformes institutionnelles ou des révolutions normatives opérées au niveau du Sénégal dans la perspective de consolider l'Etat de droit, son effectivité est toujours problématique.

Ces différentes considérations nous permettent de se poser la question suivante : quel est le niveau de réalisation des principes d'Etat de droit au Sénégal ? En d'autres termes est-ce que les différents processus auxquels se sont engagés les sénégalais ou imposés parfois par les acteurs extérieurs sont révélateurs de l'effectivité de l'Etat de droit au Sénégal ?

A cette question, nous sommes maintenant en mesure de répondre qu'au regard de la multiplicité et de la diversité des acteurs s'engageant tous, à mieux assurer le respect des principes démocratiques et d'Etat de droit au Sénégal, que l'effectivité de l'Etat de droit dans ce pays est un processus lacunaire, mais qui demeure irréversible.

Ainsi, notre réflexion sera articulée autour de deux axes : en premier lieu, nous allons examiner le caractère lacunaire du processus de l'effectivité de l'Etat de droit au Sénégal (I) avant de démontrer que ce processus est désormais irréversible (II).

I/ L'effectivité de l'Etat de droit au Sénégal, un processus encore lacunaire.

La réalisation de l'Etat de droit au Sénégal présente encore de multiples lacunes. Ces dernières se rapportent à plusieurs raisons (A) et comportent un certain nombre de conséquences qui privent l'Etat de droit de son véritable contenu (B).

A- Les raisons de la difficile émergence d'un Etat de droit au Sénégal.

L'effectivité de l'Etat de droit au Sénégal connaît un certain nombre de difficultés. Ces dernières sont inhérentes d'une part à l'existence de signes autoritaires (A) et d'autre part à un environnement socio-idéologique qui obstrue son épanouissement (B).

1- La persistance de l'autoritarisme comme signe d'une pathologie de l'Etat de droit au Sénégal.

Bien que le Sénégal ait connu un processus démocratique sans crise majeure, il faut de même souligner que ses chefs d'Etat à l'instar des dirigeants africains s'étaient taillés des

⁴⁰ Rangeon (F), op. cit. p.127.

constitutions sur mesure. C'est dans ce cadre qu'un auteur déclara que : « *Les constitutions adoptées après l'accession à la souveraineté des Etats africains ne prévoyaient pas de limite au nombre de mandats présidentiels. Avec le concours du parti unique, il était alors facile au chef de l'Etat sortant de se faire réélire indéfiniment, le plus souvent sinon exclusivement comme candidat unique. La présidence à vie est de ce fait devenue la règle en Afrique, à tout le moins la longévité au pouvoir a défié toute logique démocratique* »⁴¹.

Ainsi, au Sénégal, la crise constitutionnelle de 1962 va modifier sa carte politique comme l'a bien indiqué le professeur M. Hesseling qui souligne que : « *la première période de la deuxième République sénégalaise fut placée sous le signe d'un combat violent contre les partis... à l'instauration d'un régime présidentiel en plus, le multipartisme est supprimé.* »⁴²

Cette situation va donner naissance à l'adoption d'une nouvelle Constitution le 7 mars 1963 qui instaurait une "monarchie républicaine". A cet effet, le président de la République sénégalaise, Léopold Sédar Senghor, interpella l'histoire africaine pour justifier l'instauration d'un régime présidentiel dans son pays et la concentration des pouvoirs entre ses mains en affirmant que : « *En 1960, nous n'avons pas tenu assez compte du fait qu'en Europe, le régime parlementaire bicéphale était un produit spécifique de l'Europe occidentale. La démocratie en Afrique, depuis des millénaires, est une démocratie solidement hiérarchisée, avec un seul bonnet sur une seule tête* »⁴³. Cette même référence à la tradition africaine, le chef de l'Etat zaïrois Mobutu Sese en usa en abusa pendant plus de vingt ans. Interrogé sur l'expérience du multipartisme au Sénégal en mai 1989, à l'issue du sommet de la francophonie à Dakar, il répondait que "le chef africain ne partage pas son pouvoir"⁴⁴ Il résulte de cette conception du pouvoir, un totalitarisme systématique qui a balayé en Afrique le mécanisme protecteur des droits et libertés : la séparation des pouvoirs. D'où la pertinence des propos du Bâtonnier de l'ordre des avocats sénégalais à l'occasion de l'ouverture des cours et tribunaux de l'année 1982 quand il affirmait : « *la théorie de la séparation des pouvoirs est un mythe importé et qui est difficilement tenté de se justifier. Positivement, elle n'est nulle part inscrite dans nos textes sauf par des allusions à des références internationales (...). Historiquement, elle nous est étranger* »⁴⁵.

A cet effet, au plan formel, il faut noter que même si les Constitutions de la première vague (années 60) consacraient la démocratie, proclamaient l'Etat de droit et la sauvegarde des droits de l'homme néanmoins, avec le temps, à la place de ces déclarations d'intentions, on notera l'instauration des "dictatures constitutionnelles"⁴⁶ un peu partout en Afrique. De ce fait, on pouvait apercevoir la distorsion entre le formalisme constitutionnel démocratique et la gestion autocratique du pouvoir. C'est dans cette logique que Pierre François Gonidec s'est fondé pour dire que, « *même si, formellement, l'Etat continue d'être régi par une constitution, ne serait-ce que pour se donner une bonne image sur la scène internationale, ou par fétichisme, on peut observer que, dans de nombreux cas, la constitution n'est qu'une simple façade derrière laquelle se cache un régime politique peu soucieux de constitutionnalisme en tant que technique de limitation*

⁴¹ Citons, entres, Ahmadou Ahidjo au Cameroun, 24 année de pouvoir (18 février 1958- 4 novembre 1982) ; 20 ans, (5 septembre 1960- 31 décembre 1980) pour Léopold Sédar Senghor au Sénégal ; 30 ans (25 septembre 1957- 7 novembre 1987) pour Habib Bourguiba en Tunisie ; 34 ans (1^o mai 1959- 7 décembre 1993) pour Houphouët-Boigny en Côte d'Ivoire ; 38 ans à ce jour pour Omar Bongo au Gabon ; 19 ans (26 octobre 1972- 24 mars 1991) pour Mathieu au Bénin avant la transition ; 23 ans (28 mars 1969- 26 mars 1991) pour Moussa Traoré au Mali ; 38 ans (14 avril 1967- 2005) pour Gnassingbé Eyadema au Togo ; 17 ans (14 juin 1975- 25 novembre 1992) pour Didier Ratsiraka à Madagascar etc. Cité par J.F. wandjik in Revue Juridique et Politique des Etats francophones 61 année n° 3 juillet- Septembre 2007, p.276.

⁴² Gerti Hesseling, Histoire politique du Sénégal, Institution, droit et société, p.251

⁴³ Propos de l'ancien président sénégalais Léopold Sedar Senghor cités par Albert Bougi, Christian Casteran, Le printemps de l'Afrique, Hachette 1991, p.31.

⁴⁴ Rapporté par A. Bourgi et Ch. Casteran, Le printemps de l'Afrique, Hachette, 1991, p.30.

⁴⁵ Extrait du Soleil du 5 novembre 1882, p.10.

⁴⁶ L. Dubois cité par P-F. Gonidec, " Constitutionnalismes africains" in RADIC, Mars 1996, Tome 8, n° 1, p.26.

du pouvoir ».47

C'est également dans ce sillage que pour face aux mouvements de contestations qui développeront dans son pays, le maréchal-président répondra sans ambages que le parti unique, dont il est fondateur, « *n'est ni de droite, ni de gauche, ni de centre, mais un parti authentique* ». Ce que son collègue Eyadema, du Togo, traduira par : « *Ni à droite, ni à gauche, en avant !* ». Il s'agit là, sans conteste, d'une étrange interprétation de la spécificité africaine, car c'est oublier tout simplement, que dans l'Afrique précoloniale, « *ceux qui élisent le chef avaient aussi le pouvoir de le déposer s'il n'accomplissait pas les devoirs de sa charge d'une manière satisfaisante* ».

Il convient aussi de préciser qu'en Afrique, la présidence à vie était la règle, à tout le moins la longévité au pouvoir a défié toute logique démocratique. De ce fait, ceux qui ne sont pas décédés ont transmis mais dans un élan testamentaire le pouvoir après plus de décennies aux commandes, à un successeur de leur choix, en tout ça sans consultation populaire. Au Sénégal et au Cameroun, le Premier ministre est en outre le dauphin désigné du chef de l'Etat en cas de vacance de la présidence de la République, une disposition qui permet à Abdou Diouf et à Paul Biya de succéder respectivement à Senghor en 1981 et à Ahidjo en 1982.

Toutefois, la remise en cause de l'Etat de droit au Sénégal se justifie aussi par des facteurs idéologiques et sociologiques.

2- Environnement socio-idéologique et pesanteurs inhibitrices de l'Etat de droit au Sénégal.

L'idée d'assujettissement de l'Etat de droit en Afrique, se heurte au fait que le modèle étatique de type occidental qui y a été transposé recouvre des usages et des pratiques foncièrement différentes. Ce manque de cohérence entre les deux systèmes s'explique par plusieurs raisons.

Le fonctionnement réel de l'institution étatique ne correspond ni au système de valeurs ni au réseau de signification qui prévalent dans la société africaine. C'est ainsi que conformément à l'idéologie dominante favorable à la constitution d'Etats-Nations et, en toute hypothèse, à la réduction des divergences socio-économiques, les dirigeants africains sont tentés d'unifier le droit pour fortifier leur pouvoir.

Au nombre des éléments idéologiques sur lesquels reposent « *les faux alibis qui ont berné l'Etat en Afrique dans des illusions* »⁴⁸, on peut retenir : le mythe de l'unité nationale et le postulat développementaliste.

Le mythe de l'unité nationale dont le parti unique devait assurer la construction, demeure un chantier jamais entamé⁴⁹. En masquant la réalité du phénomène, on a plutôt favorisé la logique d'un laboratoire africain d'expérimentation et de l'arbitraire, tout ceci entretenu par une doctrine équivoque en matière de droits de la personne. Cette réalité ne justifiait ni délires européocentristes, ni rêves démesurés, ni même fatalité indécente⁵⁰

⁴⁷ P-F Gonidec, introduction générale sur l'étude comparative des systèmes juridiques in « Encyclopédie juridique de l'Afrique » tome 1, 1993, p.25.

⁴⁸ Marcelin Nguete Abada, Démocratie sans Etat : Contribution à l'étude des processus démocratiques en Afrique in « Revue de la commission africaine des droits de l'homme et des peuples », tome 7, 1998, numéro 1, page.2.

⁴⁹ Ibid. ; également Mélanges à Gonidec, LGDJ, 1985

⁵⁰ Cf. R. Aron, Essai sur les libertés, Paris, Calmann-Lévy et Coll. « pluriel » 1977, p.81

Quant au postulat développementaliste, il a contribué à justifier la logique d'un Etat fort en dépit des expériences contraires. En faisant du développement l'étalon de valeur de la démocratie, cette doctrine se défaisait mal d'un impérialisme culturel que l'on déplore aujourd'hui. La revendication démocratique qui est d'abord une revendication de la liberté dépasse les frontières culturelles sans rapport avec des pratiques de pouvoir plus enclines à leur dénaturation⁵¹. Cette position sera défendue par Emerson quand il écrivait : *"les régimes d'un homme et d'un parti sont nécessaires en Afrique, précisément parce que ces nations reposent sur des fondements fragiles et qu'elles sont confrontées à des tâches urgentes et monumentales d'intégration et de développement"*. En prenant le soin de justifier cette grande "hypocrisie", doctrinale en ces termes : *"pour une population n'ayant encore atteint qu'un faible degré de formation politique, le sentiment d'identité nationale sera probablement plus facilement créé par la concentration de l'attention politique non seulement sur un parti unique, mais sur un leader unique"*.⁵²

D'autres raisons justifient l'attitude des dirigeants africains à choisir le système autoritaires.

Ainsi, d'aucuns pensent que le sous-développement de l'Afrique ne rime pas avec la mise en place d'un régime démocratique. C'est la position défendue par les théoriciens de la "modernisation"⁵³ associent le développement capitaliste et adoption du modèle démocratique occidental. Une situation qui n'est pas totalement acquise. D'ailleurs, certains affirmaient que la démocratie constituerait non seulement un luxe, mais aussi une entrave pour un gouvernement attelé à la poursuite du développement⁵⁴. Au-delà de l'évidente démagogie de cette thèse, il s'agit profondément d'une vision unitariste très réductionniste. Cette doctrine laissait entendre que démocratie et développement économique allaient de pair. De ce fait la situation de sous-développement serait un cadre impropre à la démocratie selon l'école développementaliste. Celle-ci rattache les régimes autoritaires à des stades d'évolution sur la voie de la modernité, processus au cours duquel ils répondent à diverses conditions et exigences fonctionnelles et dont ils constituent un moment propre.⁵⁵ Situation assez antinomique et quel que soit l'intérêt de la doctrine développementaliste, l'orientation donnée à l'analyse des systèmes notamment africains, est marquée par de nombreux a priori, à l'instar d'ailleurs de la dimension économique comme paramètre des démocraties et des dictatures. Bien que pouvant servir de baromètre à l'évaluation des systèmes politiques africains, cette école développementaliste ne permet pas de rendre compte de l'évolution des systèmes politiques aujourd'hui comme avant la transition.⁵⁶

D'autres facteurs peuvent être à l'origine de l'absence d'application des règles de droit au Sénégal. Ceux-ci tiennent cette fois-ci à des facteurs sociologiques.

A un premier niveau élémentaire se pose le problème de la connaissance de l'existence des règles de droit. Pour le droit dit "moderne", d'inspiration occidentale, il postule la publication des textes dans un recueil officiel : bulletin ou journal officiel etc. Cependant, non seulement, ces textes sont destinés à des populations dont la majorité est analphabète mais

⁵¹ V. Georges Bernanos, Français si vous saviez, Paris, Gallimard, 1961, p.158.

⁵² R. Emerson, "Parties and national integration in Africa", in J. La Palombara, M. Weimner (éd.), Political Parties and political development, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1966, pp.296-297

⁵³ C'est le cas d'Edouard Shils, in Political development in New States, 1960.

⁵⁴ V.S. Huntington, Political order changing society, 1968. D'ailleurs, Jacques Chirac s'est fait le défenseur de cette thèse lors d'une visite à Abidjan en février 1990. Il avait déclaré que la démocratie est "un luxe pour l'Afrique"

⁵⁵ J-F Bayard, L'analyse des situations autoritaires, étude bibliographique, Revue française de Science politique, 1976, n° 3, pp. 483-513. Les études de Rostow illustrent bien cette tendance. Cf. Les grandes étapes de la croissance économique, Paris, Seuil, 1967 ;

⁵⁶ J-F Bayard souligne certains "goulots d'étranglement" auxquels se heurtent les thèses développementalistes : d'abord le fait de "rattacher les autoritarismes à des niveaux de développement particuliers" ce qui revient selon lui à postuler leur caractère transitoire et temporaire, et ensuite une "vision dichotomique de la tradition et de la modernité" qui déplace les préoccupations et qui rend illusoire la démonstration.

également parmi les instruits plus de la moitié ne lit pas ou n'a pas accès à ces documents. Ainsi, le principe selon lequel "nul n'est censé ignorer la loi" souffre des difficultés d'effectivité en terre sénégalaise. A cela s'ajoute le culte de l'informel dans différents domaines. Ainsi, en marge du secteur normal de production, le secteur informel à tendance à échapper à l'application du droit officiel. Il est ainsi dans la mesure où, la politique de l'Etat a varié dans le temps. Face à l'application des règles de droit officielles qui tend à se généraliser, ce qui de marginal rend le secteur informel normal. C'est ainsi que l'Etat a d'abord adopté une attitude répressive, puis les coûts sociaux de l'ajustement l'ont amené à assouplir la répression, au point de le tolérer plus ou moins, selon son degré d'utilité sociale et le degré d'atteinte à la légalité.

Il faut à cet égard noter qu'il ya aussi à côté de la justice officielle, une justice parallèle. Cette dernière est rendue par des autorités qui sont parfois les autorités traditionnelles désignées par la loi, voire par la constitution elle-même, soit par des autorités qui ne disposent pas légalement du pouvoir de juger (policiers, gendarmes, autorités religieuses). Ce que M. Kéba Mbaye systématisa en ses termes : « *Dans les pays d'Afrique Noire, la passivité est la règle, la majorité de la population vit dans la crainte de l'Etat et en dehors de l'Etat*⁵⁷ ».

Ces différentes raisons débouchent sur un certain nombre de conséquences qui justifie les multiples imperfections de la théorie de l'Etat de droit au Sénégal.

B- Les conséquences de la difficile gestation de l'Etat de droit au Sénégal.

Ces dernières sont inhérentes d'une part aux atteintes portées à la primauté du droit (1) et aux différentes menaces qui pèsent sur le respect des droits fondamentaux d'autre part (2).

1- L'ampleur des atteintes portées au respect de la primauté du droit.

Tout comme la démocratie, l'Etat de droit reste une constante des constitutions africaines. Il s'analyse comme une condition nécessaire à la réalisation de la démocratie qui, à son tour peut le parfaire. Dans tous les cas, l'Etat de droit est supposé traduire une idée d'ailleurs bien connue. Il s'agit d'un système dans lequel l'Etat est soumis à des règles de droit qui limitent son pouvoir et garantissant le respect des droits de l'Homme, en particulier au moyen de recours juridictionnels⁵⁸. En dépit des déclarations solennelles sur l'Etat de droit et d'une ingénierie institutionnelle parfois sophistiquée, la mise en place, notamment à la faveur des nouvelles constitutions, il convient de mesurer dans cette partie la dimension opérationnelle de ces déclarations de principe avec la pratique au Sénégal.

A ce titre, il faudrait préciser que l'histoire politique du Sénégal fait ressortir une série d'atteintes aux principes de l'effectivité de l'Etat de droit. Il en est ainsi de la primauté du parti sur la Constitution. C'est pour cette raison que le Président Sédar Senghor déclarait : « *Notre constitution admet le pluralisme des partis (mais) je ne le recommande pas* »⁵⁹.

Dés lors s'établit un parallélisme entre la « *la constitution qui dessine l'architecture de façade et le statut du parti, véritable constitution de fait, qui régleme la vie intérieure et effective de*

⁵⁷ Kéba Mbaye, in *Revue des droits de l'homme*, 1969, Vol II, p.391.

⁵⁸ L'Etat de droit a été introduit dans le droit français par Carré de Malberg dès 1920 à partir de la notion allemande de « *Rechtsstaat* ». Il a connu son expansion à partir des années soixante-dix.

⁵⁹ Cité par P-F Gonidec, *Les systèmes politiques africains*, Tome 1, p 309.

l'Etat ». ⁶⁰ Dans ces conditions, les organes de l'Etat ne peuvent nullement s'opposer à ceux du parti. Ainsi, l'Assemblée nationale apparaît comme une chambre d'enregistrement des directives du chef de l'Etat. Tout comme l'Assemblée nationale, la justice est sous la férule du "grand patron" qui nomme les magistrats, exerce une tutelle administrative et financière, les déplace, le cas échéant aux "nécessités du service" et préside le Conseil supérieur de la Magistrature ; organe chargé de l'avancement et de la discipline des juges. C'est dire que l'indépendance de la justice est, en Afrique, le Sénégal y compris, une énorme chimère. ⁶¹ Cette attitude justifie les propos de Schwartzberg quand il affirmait que : « *Le chef du parti-Etat était à la fois la matrice et le symbole. Clé de voûte des institutions, il ne conçoit que de commander seul, de gouverner sans partage* ».

D'autres signes peuvent conduire aussi à la remise en cause de l'Etat de droit au Sénégal : les processus électoraux sont de plus en plus en panne, on assiste au regain de la violence, et au recul du bien être social. Autant donc de signes qui montrent, en dépit de quelques ravalements de façade, que l'arbitraire a encore de beaux jours devant lui et que les proclamations solennelles ne sont pas, à elles seules, suffisantes pour attester d'un authentique Etat de droit au Sénégal. Les mécanismes, même les plus sophistiqués, semblent loin de garantir la soumission de l'Etat au droit ; et une protection réelle des droits fondamentaux. D'autant que, souvent au Sénégal, la vitrine extérieure ne correspond pas toujours à la réalité interne. Un tel tableau permet ainsi de mieux appréhender l'observation du Professeur Yves Gaudemet à propos de l'Etat de droit lorsqu'il écrit : « *l'Etat de droit n'est pas dans la législation ; il est dans les esprits et les mœurs. Il suppose stabilité, conviction, adhésion aux règles que le législateur se borne à exprimer* ». ⁶²

La violation des principes de l'Etat de droit constitue également une menace au respect des droits fondamentaux.

2- Les menaces au respect des droits fondamentaux.

Le respect des droits fondamentaux demeure une autre constante de l'Etat de droit. Les lois fondamentales, à la suite des instruments internationaux, y insistent beaucoup plus que sur la démocratie et l'Etat de droit, par la place qui leur est réservée. A cet effet, la Constitution sénégalaise de 2001 dispose en son article 7 que : « *la personne humaine est sacrée. Elle est inviolable. L'Etat a l'obligation de la respecter et de la protéger....* ». Cette constitution sénégalaise, développe non seulement une liste des droits de l'homme, mais encore leur réserve un titre entier qui, de surcroît se trouve placé en tête, bien avant celui des pouvoirs publics. Cependant, ce processus de constitutionnalisation des droits fondamentaux, n'en constituerait pas un mécanisme efficace de leur protection. Ainsi, de multiples menaces pèsent évidemment sur les droits fondamentaux et qui sont le plus souvent le fait des autorités étatiques.

Au nombre des entraves à l'exercice des libertés protégées constitutionnellement, on peut citer : les interdictions de manifestations par les autorités administratives pour des motifs liés aux troubles à l'ordre public et aussi les détentions et arrestations arbitraires.

⁶⁰ Cf. G. Conac, *Les constitutions des Etats d'Afrique* Paris, Economica, 1979, p.403.

⁶¹ Ce fait incontestable a été confirmé par l'équipe de M. pierre Lyon- Caen, Procureur près du tribunal de grande instance de Nanterre, à l'occasion du colloque organisé par l'ENM de France les 25 et 26 juin 1991, sur le thème " Justice et Démocratie". Voir aussi les titres 7 de la Constitution sénégalaise de 1963 et le titre 8 de la nouvelle constitution sénégalaise de 2001.

⁶² Yves Gaudemet, *L'occupation privative du domaine public*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, p.309.

Ainsi, en 2003, le Sénégal, pays habituellement cité en exemple en matière de respect de la liberté d'expression a été la terre d'élection de la violation des libertés. Quelques références permettent d'illustrer ce phénomène : dans la nuit du cinq octobre 2003, des inconnus ont tentés d'assassiner Talla Sylla, le leader du parti d'opposition Jef-Jel. Expliquant les raisons de cette tentative d'assassinat, le 15 octobre 2003, les directeurs de publication des journaux privés Walfadjri et le Quotidien sont entendus par la gendarmerie de Colobane.

Dans le même registre de l'atteinte à la liberté d'expression, El hadji Ibrahima Fall, journaliste du Quotidien L'Info 7, fut agressé dans la nuit du 23 juin 2003, par des agents du Groupement mobile d'intervention (GMI), qui brûlent son bloc-notes et endommagent son appareil photo. Il couvrait une opération d'expulsion des sculpteurs du marché artisanal de Soumbédioune à Dakar. En fin juillet 2003, Abdou Latif Coulibaly, journaliste et directeur général du Sud-Fm, est victime de menaces de mort répétées. Il avait publié le 12 juillet, un livre critiquant le chef de l'Etat qu'il intitula ainsi : « Wade, un opposant au pouvoir : l'alternance piégée ? ». La liste des arrestations, violences ou détentions n'est pas exhaustive⁶³.

Néanmoins, il est important dans un Etat de droit que « *la liberté soit la règle, la restriction de police l'exception* »⁶⁴. C'est dans ce cadre qu'intervient l'arrêt du Conseil d'Etat du 25 novembre 1999, Ligue Démocratique-Mouvement pour le Parti du Travail (LD/MPT) contre **Etat du Sénégal**⁶⁵, où le juge du Conseil d'Etat a annulé la décision préfectorale en considérant que : « *lorsque le préfet entend interdire une marche, il doit faire connaître les motifs sur lesquels il s'est fondé pour permettre au C.E d'exercer un contrôle normal* ». Cette liste d'interdiction pour des raisons de troubles à l'ordre public s'étend à l'organisation d'une marche programmée par l'opposition au jour de l'inauguration du monument de la renaissance africaine en date du 3 avril 2010, qui a été cette fois-ci levée grâce à l'intervention d'un chef religieux. Ces différentes interdictions sont contraires aux articles 8 et 10 de la constitution sénégalaise de 2001 qui énumèrent parmi les libertés, celles relatives à la marche, de réunion, etc.

Le couperet de la justice ajoute à ce tableau, déjà sombre, en frappant, aveuglement et sans circonstances atténuantes, la presse indépendante ou d'opposition, de lourdes peines d'amendes au point de l'obliger à fermer boutique.

L'exemple le plus topique est fourni par le Sénégal avec l'affaire CSS/ MIMRAN contre Sud communication. Le journal Sud communication a été condamné en juillet 1996 par le tribunal hors classe de Dakar à cinq cent millions (500000000 FCFA) de dommages et intérêts.⁶⁶

Il faut noter également qu'une culture de l'impunité de droit existe au Sénégal. La loi d'amnistie proposée par le député Isidore Ezzan et votée par l'Assemblée nationale en 2005 illustre bien cette pratique d'impunité au Sénégal. En effet, il s'agissait par cette loi, d'amnistier toutes les personnes ayant commis des crimes de 1993 jusqu'à l'adoption de cette loi, et les responsables de l'assassinat de l'ancien président du Conseil constitutionnel, Maître Babacar Seye y compris. La gravité de cette impunité réside que les pouvoirs publics interviennent directement pour prendre des mesures en vue d'absoudre les auteurs des violations graves et massives des droits de l'Homme. Ainsi, elle confère les auteurs des

⁶³ Lire à ce propos. , Frank Wittmann, La presse écrite sénégalaise et ses dérivés dans Politique africaine n° 101-mars-avril 2006, p. 184

⁶⁴ C.E 10 août 1917 Baldy.

⁶⁵ Voir Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat de 1999, p.26.

⁶⁶ Le jour n° 434 samedi et dimanche 6 et 7 juillet 1996, p.5

crimes commis l'immunité juridictionnelle, c'est-à-dire la garantie d'être à l'abri de toute poursuite⁶⁷.

Les affrontements dus à la problématique de l'exploitation de l'or à Sabadola en 2008 entre les forces de l'ordre sénégalais et les habitants de Kédougou, une nouvelle région qui se situe à l'Est ont entraîné des pertes de vies humaines.

Toutes ces violations des droits de l'Homme, dont les auteurs ont été identifiés sans pour autant être livrés entre les mains de la justice montrent que les droits de l'Homme sont menacés au Sénégal.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue que même si la pratique de l'Etat de droit est lacunaire, elle demeure actuellement un fait irréversible au Sénégal.

II- L'ancrage de l'Etat de droit au Sénégal, un processus irréversible.

Le renforcement de la pratique de l'Etat de droit au Sénégal résulte de la conjugaison de plusieurs facteurs : il s'agit d'une part de l'action des dirigeants politiques qui ont œuvré pour battre en brèche le recul de l'Etat de droit (A), ensuite il y a eu un réveil des groupes de pression au niveau interne et l'existence d'une opposition, qui ont eu à participer à la consolidation des principes démocratiques (B), enfin, la dimension internationale a aussi constitué un paradigme, porteur de principes garantissant la mise en œuvre de l'Etat de droit au Sénégal (C).

A- La construction de l'Etat de droit au Sénégal, un chantier perpétuel des gouvernants.

Le mérite des différents régimes au Sénégal réside dans le fait que chacun d'entre eux a eu à apporter son génie en vue de prévenir les atteintes aux principes d'Etat droit. C'est pourquoi, il serait important d'examiner d'abord les efforts consentis par les gouvernants en matière du respect des principes démocratiques (1) et en ce qui concerne la promotion et la protection des droits fondamentaux d'autre part (2).

1- La mise en œuvre de l'Etat de droit au Sénégal, une pratique gouvernementale antérieure à l'avènement des premières vagues de démocratisation en Afrique.

Les Etats africains qui accèdent à l'indépendance en consacrant le multipartisme s'en départissent très tôt. Il en résultera que, durant les trois décades, le monopartisme sera la règle quasi-unanime et le pluralisme sénégalais l'exception qui confirme la règle⁶⁸. Juste avant 1990, un seul Etat, le Sénégal, avait, parmi les dix huit autres, une expérience du multipartisme. Ce pluralisme connaissait, du reste, des fortunes diverses, ne s'étant pas imposé sans difficultés, comme peut l'attester son évolution⁶⁹.

Le Sénégal est l'un des pays d'Afrique noire dont la réputation "démocratique" est bien établie, son image au niveau international est celle d'un pays modéré, qui depuis l'indépendance n'a connu ni coup d'Etat, ni crise de succession. Si pendant longtemps, il a vécu sous un régime de parti unique de fait, ce fut une période relativement brève (1966- 1974)

⁶⁷ René Degni-Ségui, " Les droits de l'homme en Afrique noire francophone" (Théories et réalités), Abidjan, 1998, p.176.

⁶⁸ René Degni- Ségui, op, cit, p.153.

⁶⁹ Ibid., p.155

et selon des modalités certes autoritaires, mais jamais tyranniques ou totalitaires comme ce fut le cas dans de nombreux pays africains⁷⁰. Cette ouverture démocratique se manifesta aussi dans le domaine de l'information : le nouveau code de la presse fut adopté en 1979, et, dans les années 1980, de nombreux journaux, satiriques et d'opposition notamment firent le jour.

La mise en place du pluralisme politique par les dirigeants politiques sénégalais participe au processus de démocratisation de son système politique. En effet, un tel système offre la possibilité au peuple, véritable détenteur du pouvoir de choisir ses dirigeants. Ainsi, aux termes des dispositions de l'article 3 de la Constitution 7 mars 1963 *" les partis politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils sont au nombre maximum de trois et doivent représenter des courants de pensée différents. Ils sont tenus de respecter les principes de la souveraineté et de la démocratie et de se conformer à ceux dont ils se réclament etc. "* Cette constitutionnalisation des partis politiques justifie la possibilité d'une alternance politique, qui est un autre principe fondamental de la démocratie. Or, la démocratie ne serait existée sans Etat de droit. En effet, *"ce dernier s'analyse comme une condition nécessaire à la réalisation de la démocratie qui, à son tour, peut le parfaire. Les deux notions sont étroitement liées que les séparer devient artificiel. C'est pourquoi les constitutions les associent sans perdre de vue leurs spécificités"*⁷¹.

Cette solide expérience relative à la pratique de l'Etat de droit connaîtra une fortune au Sénégal. Aussi, lorsque Abdou Diouf succéda au président Senghor, il fut jugé à la fois plus réaliste et plus démocratique d'accepter un pluralisme intégral. Le Sénégal put ainsi renouer avec le parlementarisme. L'opposition était acceptée et, grâce à la liberté de la presse, put s'exprimer très librement, ne ménageant pas ses attaques contre les dirigeants. Les élections présidentielles devenues compétitives n'avaient plus la signification d'un rite de légitimation massive.⁷² Ce primat du règne du droit se sentira aussi dans la mise en place d'une politique de promotion et de protection des droits constitutionnellement consacrés.

2- L'adoption de mécanismes politiques et juridictionnels de promotion et protection des droits de l'homme par les pouvoirs publics sénégalais.

Les Etats africains, après une longue nuit de l'oppression coloniale, sont apparus au moment de l'accession à l'indépendance avec l'auréole de "Républiques des droits de l'homme"⁷³

Concernant le Sénégal, des efforts s'inscrivant dans le cadre de la promotion et de la protection des droits proclamés dans la Constitution vont être réalisés par les régimes successifs à travers des instruments de référence au niveau international et dans l'ordre régional. Ainsi, les Constitutions adoptées par le législateur Sénégalais, affirment de façon solennelle, leur adhésion aux principes de la Charte des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 etc.⁷⁴ La Constitution sénégalaise de 2001, y ajoute les conventions des Nations Unies sur les droits de la femme et de l'enfant, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de juillet 1990 étant sous-entendue.

⁷⁰ Christian Coulon, La tradition démocratique au Sénégal. Histoire d'un mythe, in Démocraties d'ailleurs, démocraties et démocratisations hors d'Occident (S/Dir.) de Christophe Jaffrelot, édit., Karthala, 2000, p.67.

⁷¹ Ibid. p.39.

⁷² Gérard Conac, op, cit. p.83.

⁷³ Michalon Thierry, " La recherche de la légitimité de l'Etat", dans la Revue française de droit constitutionnel, n° 34, p. 289.

⁷⁴ Voir les préambules des Constitutions du Sénégal depuis 1960 à 2001.

A la lecture de ces différentes Constitutions, nous remarquons que le dénominateur commun de toutes les déclarations susvisées reste la dignité humaine, postulat unanimement admis par tous les courants de pensée politique, philosophique, moral ou religieux, car comme l'écrit le professeur René Dégni-Ségué, «...les droits de l'homme, à tout le moins les droits élémentaires et les libertés fondamentales, sont consubstantiels à la personne humaine, c'est-à-dire inhérents à l'homme. En d'autres termes, les libertés et droits fondamentaux font partie intégrante de l'homme »⁷⁵. C'est ce qui a conduit le constituant sénégalais, à travers les dispositions de l'article 7, a consacré la sacralité, l'inviolabilité et l'imprescriptibilité de la l'homme humaine, et en plus, les articles qui suivent énumèrent les droits et libertés octroyés aux citoyens. Cependant, les Constitutions sénégalaises ne sont pas contentées de consacrer les droits de l'homme, elles se sont également préoccupées de leur protection en organisant au plan juridictionnel la sanction de leur violation.

A ce titre, il faudrait noter que l'effectivité des droits proclamés s'observe à travers le contrôle général de la légalité. Celui-ci consistant « à faire constater par un organe approprié qu'un acte juridique édicté par une autorité publique a été pris en violation de la Constitution et est en conséquence dépourvu de toute force juridique »⁷⁶.

C'est d'ailleurs dans ce cadre que le Conseil d'Etat du Sénégal avait annulé la décision d'interdiction d'une marche de la LD/MPT en 1999 en estimant que les motifs évoqués par l'autorité administrative étaient à la fois illégales et insuffisantes de nature à justifier une telle interdiction.

Ce contrôle de la légalité est une conséquence de la hiérarchie des normes juridiques, quel que soit l'organe qui en a la charge, car « en partant de la théorie kelsiennienne de l'ordonnement juridique, les règles de droit se superposent pour former une structure pyramidale au sommet de laquelle se trouve la Constitution »⁷⁷

Dans le but de veiller au respect, à l'application effective de la pyramide, le Sénégal a institué un contrôle. A ce titre, l'article 92 de la Constitution sénégalaise de 2001 soumet le contrôle de la légalité des actes juridiques (lois et règlements) relatifs aux droits de l'homme au régime applicable à la constitutionnalité des lois. Ainsi, le Sénégal à l'instar des autres Etats francophones s'est doté d'une Cour constitutionnelle appelée Conseil constitutionnel qui, par la réforme de septembre 2008 instituant la Cour suprême, constitue une des Chambre de cette Cour.

Il faut souligner aussi le fait que des techniques de protection des droits de l'homme ont été mises en œuvre au Sénégal. Celles-ci varient suivant que l'acte juridique en cause est une loi ou un règlement.

Dans le premier cas, la protection est organisée dans le cadre classique du contentieux de l'annulation des actes administratifs, contentieux objectif car il s'agit d'un procès fait à un acte portant atteinte aux droits consacrés par la Constitution⁷⁸. La décision rendue par la Cour suprême du Sénégal en date du 6 février 1974, en est un exemple illustratif.⁷⁹

⁷⁵ René Dégni-Ségué, Les droits de l'homme en Afrique noire francophones, Théories et réalités, 2^e édition, CEDA, Abidjan, 2001, p.15.

⁷⁶ Bernard Chantebout, Droit constitutionnel et science politique, 17^e éd., Economica, Paris, 2000, p. 54.

⁷⁷ Mouhamadou Mounirou Sy, La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique, L'exemple du Sénégal, l'Harmattan, Paris, 2007, p.73.

⁷⁸ Cf. André de Laubadère, Jean- Claude Vénézia et Yves Gaudemet, Traité de droit administratif tome 1, 12^e éd., LGDJ, Paris 1992, pp.441 et suiv, outre le recours pour excès de pouvoir, le professeur René Dégni, Ségué inclut l'exception d'illégalité devant le juge statuant en matière administrative dans les techniques de contrôle du respect des droits de l'homme. Cf. op. cit., pp.142-143.

⁷⁹ Dans cette affaire, le juge a estimé que les dispositions constitutionnelles lient l'autorité administrative et il appartient au juge administratif saisi d'un

Par contre, lorsqu'il s'agit de droits individuels, l'initiative de ce type de contrôle ne soulève aucune difficulté particulière dès lors que l'acte querellé fait grief : l'intérêt et la qualité à agir du requérant sont évidents et, dans son contrôle, le juge de l'excès de pouvoir se livre « à une confrontation entre l'acte critiqué et la règle de droit. Excès de pouvoir est synonyme d'illégalité ». ⁸⁰. C'est dans ce cadre qu'intervient l'arrêt rendu par la Cour suprême du Sénégal en 1978⁸¹. Toutefois, ce processus de consolidation de l'Etat de droit a été surtout enclenché par les groupes de pressions internes, constitués par les partis d'opposition, la société civile etc.

B- Les droits de l'homme, une ressource mobilisée par les acteurs internes pour la consolidation des principes démocratique et d'Etat de droit au Sénégal.

Relativement au renforcement de l'Etat de droit au Sénégal, certains groupes peuvent également être considérés comme étant les véritables promoteurs. Il s'agit en premier lieu les opposants politiques (1), et les autres groupes de pression, qu'ils soient de la société civile, des médias, des organisations de promotion, de protection des droits de l'homme etc. (2).

1- L'influence des leaders politiques dans le cadre de l'approfondissement de l'Etat de droit au Sénégal.

Les droits de l'homme, principaux instruments de lutte pour l'indépendance en Afrique, vont également servir de cadre à l'instauration du multipartisme au Sénégal. Il en est ainsi, dans la mesure où le constituant sénégalais instituera le droit à l'opposition parmi les droits et libertés constitutionnellement proclamés. Ainsi, à l'aube de l'indépendance au Sénégal, il y a eu une émergence des partis d'opposition qui avaient pour vocation, entre autres de conquérir le pouvoir et de consolider le règne du droit. De tels objectifs ont constitué des éléments essentiels dans le processus de démocratisation du système politique sénégalais et de la tendance des autorités étatiques d'observer et de faire observer la loi.

A cet effet, il apparaîtrait important de noter que le régime sénégalais s'est lancé dans une politique de démocratisation avant la plupart des pays africains (c'est-à-dire avant les premières vagues de démocratisation en Afrique en 1990).

Dés 1974, le Parti démocratique sénégalais (PDS), de Maître Abdoulaye Wade, actuel Président de la République du Sénégal était reconnu. En 1978, une réforme constitutionnelle organisant un tripartisme officiel qui permettait la même année aux partis d'opposition de présenter des candidats aux élections législatives et présidentielles. En 1981, enfin, le nouveau président du Sénégal, Abdou Diouf, inaugura son mandat en faisant abroger la loi sur la limitation du nombre des partis et en faisant voter par le Parlement des dispositions dotant la Cour suprême de nouveaux pouvoirs en matière électorale⁸².

Les partis d'oppositions deviendront donc des "bras séculiers" de la sauvegarde du processus de démocratisation engagé par le Sénégal dès son indépendance. Le président Léopold Sédar Senghor a eu à donner ses lettres de noblesses à cette interprétation nationaliste matinée d'humanisme africain, arguant même de cette profondeur historique pour soutenir

recours pour excès de pouvoir de sanctionner les actes méconnaissant les dispositions constitutionnelles.

⁸⁰ André de Laubadère et autres, op.cit., p.444.

⁸¹ Le juge sénégalais à travers cette décision a estimé que l'exclusion d'un étudiant ne rend pas dans le cadre des compétences du Président de la République mais elle relève plutôt de la compétence du Conseil de discipline.

⁸² Christian Coulon, La tradition démocratique au Sénégal, op.cit, pp 67et 68., Voire également la Loi n° 81-16 du 6 mai 1981 portant révision constitutionnelle ; Loi n° 81-17 du 6 mai 1981 relative aux partis politiques, JO, n° 4834 du 15 mai 1981 ; Le Soleil, des 2-4-1981, 25/26-4-1981 et 287-4-1981.

que la démocratie sénégalaise n'avait rien à envier à l'Occident.⁸³

L'existence des opposants politiques au pouvoir est perçue comme étant indispensable au respect, à la sauvegarde, à la protection et à la consolidation des principes de l'Etat de droit et de la démocratie au Sénégal. En effet, en limitant le nombre de mandats présidentiels, la nouvelle constitution sénégalaise ouvre enfin la voie à l'alternance démocratique définie comme " *la faculté juridiquement organisée pour des partis politiques ayant des projets de société différents de se succéder au pouvoir par le jeu des règles démocratiques de dévolution et d'exercice du pouvoir fondé sur la souveraineté du peuple*"⁸⁴.

Ce processus peut donner naissance à l'alternance politique qui suppose non seulement le renouvellement des équipes dirigeantes, mais surtout du projet de société. Cette évolution est rendue possible au Sénégal grâce à un certain nombre de facteurs :

D'abord, l'organisation d'élection-mode démocratique par excellence de sélection des gouvernants qui sont à la fois libre, c'est-à-dire que les électeurs sont en mesure d'exprimer sans contrainte leur choix, sincère, en ce sens que les résultats proclamés sont conformes au choix réellement exprimé par le corps électoral, et régulière dans la mesure où la consultation est organisée à terme échu et selon des règles préétablies et acceptées par tous⁸⁵. Ensuite, "le statut de l'opposition"⁸⁶ adopté par le constituant sénégalais de 2001, offre une autre opportunité à l'alternance démocratique. En fait, un tel statut non seulement consacre dans la conscience collective la légitimité de l'opposition qui n'est plus présentée comme l'ennemi de la Nation mais encore lui donne les moyens de préparer en toute quiétude la conquête et l'exercice du pouvoir. A côté de ces organes politiques, il existe toute une série de mouvements de sauvegarde de l'Etat de droit au Sénégal.

2- L'Etat de droit comme tactique de combat des autres acteurs internes pour la promotion des droits de l'homme et moyen d'influence sur les règles du jeu politique au Sénégal.

Il faut tout d'abord écarter l'idée que la revendication de l'Etat de droit procède exclusivement d'un mimétisme intégral. Ce n'est qu'une idée simpliste, un argument facile que les pouvoirs établis mettent en avant pour disqualifier les revendications démocratiques. C'est à cet effet que Léopold Sédar Senghor affirmait "...La démocratie en Afrique, depuis des millénaires, est une démocratie solidement hiérarchisée, avec un seul bonnet sur une seule tête"⁸⁷.

Cependant, la floraison des organisations de défense des droits l'homme, l'existence d'une société civile consciente de son rôle, la consécration d'une presse de plus en plus libre et indépendante, constituent autant de facteurs ayant contribué à la consolidation de l'Etat de droit au Sénégal.

L'importance de ces différentes associations réside dans le fait qu'elles constituent des mécanismes privilégiés de protection des droits et libertés consacrés au Sénégal. Dans ce cadre, elles utilisent l'information comme moyen de pression sur les décideurs politiques. Cet outil qui est l'information contribue à une modification des points de vue et des décisions

⁸³ Propos recueillis par Christian Coulon, dans "tradition démocratique au Sénégal", op.cit, pp. 62.

⁸⁴ Ibrahima Fall : Sous-développement et démocratie multipartiste, l'expérience sénégalaise- Dakar-Abidjan NEA.-1977-P.70. Voir aussi article 27 de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001.

⁸⁵ Théodore Holo, Les Constitutions du renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone africain : Régimes juridiques et systèmes politiques, p.21. In "Revue des sciences juridiques et administratives" n° 16, année 2006.

⁸⁶ Voir titre 5 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001.

⁸⁷ Albert Bourgi, Le printemps de l'Afrique, op.cit., p.30.

des responsables en leur fournissant des données nouvelles⁸⁸.

Cette affirmation de Jean-Marie Denquin, semble bien vérifier en ce qui concerne les droits de l'homme au Sénégal. Car plusieurs associations des droits de l'homme comme Amnesty international et les médias publient des informations sur la situation des droits de l'homme au Sénégal. De telles informations contribuent à renforcer la pratique des principes démocratiques et d'Etat de droit au Sénégal, car elles influent les acteurs politiques dominants. Il en est de même des associations nationales de défense des droits de l'homme, de la société civile, des confréries religieuses.

Les médias rapportent quotidiennement des phénomènes de violation des principes démocratiques au Sénégal, qui finalement sont amplifiés, ignorés ou banalisés par la communauté internationale de manière sélective. Les reporters et les journalistes jouent bien sûr un rôle considérable dans la collecte des informations et leur diffusion. Pour tout gouvernement, le fait de se savoir contrôlé par des médias indépendants constitue déjà un frein à certains abus ou manipulations grossières. L'exemple le plus patent c'est que le président de la République du Sénégal, Abdou Diouf, après avoir procédé à une libéralisation irrépressible du secteur des médias et de l'audiovisuel, fut victime de sa propre politique d'ouverture médiatique lors des élections présidentielles de 2000⁸⁹. En effet, les médias ont contribué à l'émergence d'une conscience citoyenne et "ont joué un rôle déterminant dans la transparence du scrutin", contribuant ainsi à la victoire de l'opposition menée par Abdoulaye Wade⁹⁰.

Cependant, il faut noter que même si le Sénégal connaît de très bonne heure les pratiques démocratiques et de l'Etat de droit, néanmoins des facteurs extérieurs ont contribué à leur consolidation.

C- La contribution des acteurs extérieurs à la consolidation des pratiques de l'Etat de droit au Sénégal.

La prise en compte des éléments extérieurs est incontournable quant il s'agit de réfléchir sur les pratiques de l'Etat de droit dans les pays africains, et plus particulièrement au Sénégal. Deux facteurs vont attirer notre attention : il s'agit de l'effondrement de l'Europe de l'Est (1) et du discours de la Baule (2).

1- L'effondrement des systèmes politiques de l'Europe de l'Est, un fait justificatif de la réaffirmation des mérites de l'Etat de droit et des principes démocratiques au Sénégal.

L'indépendance a été octroyée aux Etats africains dans des conditions qui assurèrent la permanence des rapports Nord-Sud mais ne favorisèrent guère l'application des stratégies autonomes pour un authentique développement de ces nouveaux pays. Ceux-ci dans leur quasi-totalité ont préféré l'attachement indéfectible à la mère patrie. Cet héritage subira une dénaturation inhérente à une série d'idéologies à la fois internes et externes. Ainsi au nom de l'unité nationale et du développement économique, le système du parti unique fut la règle dans presque tous les pays. Il entraîna l'instauration des régimes autocratiques fondés sur l'unanimité sociale favorable à la confusion des valeurs. Toute idée de démocratie pluraliste était rejetée au nom d'une incompréhensible « periodisierung » qui prétendit assurer

⁸⁸ Denquin (J-M), Science politique, Paris, PUF, 1985, p.384.

⁸⁹ Frank Wittmann, La presse sénégalaise et ses dérives, op, cit, p.183

⁹⁰ R. Talla, « Conclusion », in D. Senghor (dir.), Médias et élection au Sénégal. La presse et les nouvelles technologies de l'information dans le processus électoral, Dakar, Institut Panos, 2001, p.81.

le développement avant de construire la démocratie⁹¹. Déjà en 1960, au Congrès de l'ex-Union Progressiste sénégalaise, M. Léopold Sédar Senghor définissait clairement le système politique dont le président Eyadema fera plus tard l'éloge « *(Le parti) a pour rôle d'organiser la politique générale de la Nation en la rationalisant. Son but est de mettre en pratique, après les avoir conçues et définies, des options politiques...* »⁹². Par contre, l'effondrement des dictatures communistes et des systèmes de parti unique en Europe de l'Est contraint les Africains à réévaluer leurs régimes politiques. Dans un sermon prononcé en janvier 1990, le Rev. Dr. Timothy NJOYA (Kenya) disait combien il est nécessaire que les dirigeants africains reconsidèrent, à la lumière des événements récents en Europe de l'Est, le système de parti unique :

*« Les partis de ce type n'ont pas absolument réussi à devenir démocratiques dans des pays d'Europe de l'Est tels que la Roumanie, la Hongrie et la Pologne, où ils ont été élaborés et d'où ils furent importés en Afrique par des nationalistes africains de la première heure comme Kwamé Nkrumah, Julius Nyerere et Modibo Keita »*⁹³. L'effondrement des systèmes politiques de l'Europe de l'Est a d'autre part atteint de plein fouet l'autorité des présidents qui les prenaient pour modèles. Cet ainsi que les dirigeants africains, vont mettre en place des systèmes politiques plus ou moins démocratiques. Le professeur Conac systématisant l'itinéraire démocratique emprunté par les chefs d'Etat africains affirmait : « *alors qu'il semblait bien maîtrisé par des pouvoirs autocratiques, le constitutionnalisme africain est entré brusquement dans une phase d'intense activité volcanique. Réduit depuis des années à un rôle de figuration, il devient presque partout un enjeu et un facteur incontournable dans la vie politique des Etats. Ce réveil est certainement le contrecoup des mouvements sismiques qui ont secoué les systèmes sociaux et politiques de l'U.R.S.S. et des Etats de l'Europe de l'Est depuis 1989 et remodelé les données de la vie internationale... Or ce qui caractérise de l'évolution actuelle, c'est qu'elle ignore les frontières des Etats... Plutôt que de lui résister au risque d'être eux-mêmes emportés par les revendications, les chefs d'Etat les plus réalistes juges plus prudents de l'endiguer par des réformes constitutionnelles ou acceptent de composer avec des oppositions qui sortent de la clandestinité ou qui s'organisent hâtivement au nom de la défense des droits de l'homme. L'Afrique s'engage dans le pluralisme et chante les louanges de l'Etat de droit presque unanimement qu'elle avait opté aux lendemains des indépendances pour le parti unique et la personnalisation du pouvoir...* »⁹⁴. C'est dans cet esprit qu'au Sénégal, en 1991, le chef du parti le plus influent de l'opposition, le professeur Wade, acceptait la proposition du président Diouf d'entrer dans le gouvernement. En même temps un nouveau pas était fait dans la voie de la démocratie par l'adoption d'une nouvelle loi électorale, préparée par un comité de juristes de haut niveau⁹⁵.

A côté de cette influence de la disparition du bloc de l'Est, il sera important de noter que la politique de la conditionnalité de l'aide adoptée par les pays du Nord a contribué à l'émergence des principes de l'Etat de droit en Afrique.

2- La politique de la conditionnalité de l'aide, un fait générateur de la mise en place de l'Etat de droit au Sénégal.

Dès les années 1990, l'émergence d'un processus de démocratisation de l'Afrique ou du moins d'une certaine ouverture vers un plus grand respect des droits de l'homme

⁹¹ Edem Kodjo, Le réaménagement européen et l'Afrique, in "Revue africaine de politique internationale : Afrique 2000", n° 2, juillet-août-septembre 1990, pp. 16 -17.

⁹² Voir M. Vignon Yao Biova dans sa thèse intitulée : "Recherche sur le constitutionnalisme en Afrique noire francophone : Le cas du Congo, de la Côte d'Ivoire, du Sénégal et du Togo" soutenue le 5 juillet 1998, tome 2, p. 568.

⁹³ New African, mars 1990, p.16.

⁹⁴ Gérard Conac, op, cit, p.12.

⁹⁵ Idem. p.25.

a été voulue par les acteurs extérieurs. La construction de l'Etat de droit devient pour les occidentaux, " l'unique critère de légitimité des pouvoirs politiques africains"⁹⁶. Désormais, l'aide aux régimes politiques africains est liée, à leurs efforts de démocratisation. Elle permet en effet de délégitimer sur le plan politique les Etats qui ne s'y conforment pas et qui violent systématiquement les droits de l'homme. La conditionnalité de la Baule était claire :

"L'aide de la France sera désormais conditionnée par l'engagement résolu de l'Etat bénéficiaire dans la voie d'une démocratisation conduite avec promptitude"⁹⁷.

Un pays qui s'excluait du processus de construction de l'Etat de droit et de la démocratie laissait la communauté internationale et le risque était trop grand de se voir tarir l'assistance financière internationale⁹⁸. De ce fait, la conditionnalité démocratique demeure le levier de diffusion de l'Etat de droit en Afrique. Transposé dans le discours des bailleurs de fonds, l'Etat de droit participe, ce faisant à conditionner et à structurer les comportements des Etats bénéficiaires de l'aide internationale. Erigée en référent nécessaire, l'exigence de l'Etat de droit, sous le pavillon de la conditionnalité démocratique, confère aux bailleurs de fonds le pouvoir d'appréciation du fonctionnement des institutions et éventuellement, le pouvoir de sanction en cas de violation des principes qui les gouvernent⁹⁹. C'est dans ce cadre qu'à l'issue du sommet franco-africain de Kigali les 21 et 22 mai 1979, les participants décidèrent d'envoyer à Bangui une commission d'enquête composée de magistrats de Côte d'Ivoire, du Togo, du Rwanda, du Sénégal et du Libéria, pour faire la lumière sur les révélations d'Amnesty International dénonçant le massacre de lycéens, et d'étudiants en janvier 1979 à Bangui par l'armée impériale faisant cinquante à cent morts, selon son rapport. Quand au mois d'août, la commission de juriste publia son rapport jugé accablant, Paris tira les conséquences de l'enquête des juristes africains et suspendit son aide financière à l'Empire, à l'exception des opérations concernant la santé, l'éducation et l'alimentation.¹⁰⁰

Cette démarche est illustrée au niveau international, par exemple, par la déclaration finale de la conférence sur les droits de l'homme tenue à Vienne en juin 1993, et qui appelle " Les Etats à renforcer les institutions nationales et les infrastructures qui maintiennent l'Etat de droit", en vue de créer " les conditions permettant à chacun de jouir des droits universels et des libertés fondamentales"¹⁰¹. Ainsi, au Cameroun par exemple, le Comité national des droits de l'homme a bénéficié en 1996, d'une aide financière de vingt cinq millions de francs CFA qui lui permet d'organiser à Yaoundé une rencontre régionale des institutions de promotion et de protection des droits de l'homme, de diffuser le droit électoral et de conforter son fond documentaire¹⁰².

Au niveau européen, depuis 1955, la convention dite Lomé 4 bis prévoit, en son article 5, que la politique de développement entre l'Union européenne et les ACP est dorénavant

⁹⁶ Lire à propos Olinga (A-D) : "L'impératif démocratique dans l'ordre régional africain", in Revue de la commission africaine des droits de l'homme et des peuples, vol 8, 1999, N° 1, pp. 55-76.

⁹⁷ Lire le Discours du président Mitterrand au cours du sommet franco-africain de La Baule du 21- 6-1990.

⁹⁸ Il a été démontré en effet que l'intérêt bien compris des pays occidentaux était au centre de leurs implications dans le processus de construction de l'Etat de droit en Afrique. Et, compte tenu de l'attitude de certaines titulaires, à l'occasion de certains processus électoraux (Cameroun, Togo,...), il est permis de penser que la démocratie exigée par elles était un instrument au service de leurs intérêts économiques, et non au service de l'irruption des peuples africains sur la scène politique. Voir à ce propos Ebolo (M-D.) : " L'implication des puissances occidentales dans le processus de démocratisation en Afrique : analyse des actions française et américaines au Cameroun", in Polis, Revue camerounaise de science politique, vol 6, N° 2, Août 1998, pp 19- 55. Voir aussi Olinga (A-D) : op.cit., p.64.

⁹⁹ Les politiques publiques internationales de démocratisation sont désormais inscrites dans l'architecture contemporaine des Relations Internationales, voir M. Gounelle, La démocratisation, politique internationale, Mélanges offertes à Hubert Thierry, Ed. A. Pédone, 1998, p.201.

¹⁰⁰ Hilaire De Prince Pokam, " Les droits de l'homme comme enjeux politiques en Afrique : Essai d'analyse «politiste » d'une catégorie juridique au travers de ses usages politiques, in "Annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques, Ed. Spéciale Droits de l'Homme, Tome 4, 2000, Presses Universitaires d'Afrique, p. 24.

¹⁰¹ Déclarations et programme d'action de Vienne, New York, 1993.

¹⁰² Voir Coopération France-Cameroun, bulletin du service de coopération et d'action culturelle de Yaoundé, 1998, 35.

« étroitement liée...au respect des droits et libertés fondamentales de l'homme, ainsi qu'à la reconnaissance et à l'application des principes démocratiques, à la consolidation de l'Etat de droit, et à la bonne gestion des affaires publiques... ». Une clause de non exécution est introduite à l'article 366 bis de la convention pour sanctionner les manquements à l'obligation concernant l'un des éléments visés à l'article 5 précité¹⁰³.

A côté de l'engagement renouvelé aux principes de la démocratie, des droits de l'homme et de l'Etat de droit en général, l'Accord de Cotonou signé le 23 juin 2000 assigne également la bonne gestion comme objectif fondamental et donne une grande priorité à la lutte contre la corruption¹⁰⁴.

¹⁰³ Y. Dauge, Le nouveau partenariat UE-ACP : changer la méthode, Rapport d'information, Assemblée nationale, n° 1776, juillet 1999, p.66. ; M. Mankou, Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit dans la convention de Lomé 4, R.J.P.C., 2000, n° 3, p.313 .

¹⁰⁴ Voir P. Lowe, Le 21^e siècle a bien démarré pour le partenariat ACP-UE, le Courrier, juin-juillet 2000, p.2.

BIBLIOGRAPHIE

I/ OUVRAGES GENERAUX

BEMANOS Georges, Français si vous saviez, Paris, Gallimard, 1961.

BOURG (A.), et Ch. CASTERAN, Le printemps de l'Afrique, Hachette, 1991

CHANTEBOUT Bernard, Droit constitutionnel et science politique, 17^e éd., Economica, Paris, 2000.

CONAC (G.), Les constitutions des Etats d'Afrique'' Paris, Economica, 1979.

CONAC (C.), " Les processus de démocratisation en Afrique" in L'Afrique en transition vers le pluralisme politique (S/Dir.) de Gérard Conac, Colloque des 12 et 13 décembre 1990, Paris, Economica.

COULON Christian, La tradition démocratique au Sénégal. Histoire d'un mythe, in Démocratie d'ailleurs, démocraties et démocratisations hors d'Occident, (S/Dir) de Christophe Jaffrelot, édit, Karthala, 2000.

DIA, Mamadou.- Sénégal, radioscopie d'une alternance avortée, Paris, l'Harmattan, 2005.

DEGNI-SEGUI René, " Les droits de l'homme en Afrique noire francophone" (Théories et réalités), Abidjan, 1998.

DEGNI- SEGUI René, Les droits de l'homme en Afrique noire francophones, Théories et réalités, 2^e édition, CEDA, Abidjan, 2001.

DENQUIN (J-M), Science politique, Paris, PUF, 1985.

FALL Ibrahima: Sous-développement et démocratie multipartiste, l'expérience sénégalaise- Dakar-Abidjan NEA.-1977.

FALL Ismaila Madior. - Evolution constitutionnelle du Sénégal, de la veille de l'indépendance aux élections de 2007, UCAD, FSJP, CREDILA/CREPOS, 2007.

GAUTRON Jean- Claude et ROUGEVIN Baviile.- Droit public du Sénégal.-Paris, Pédone 1970.

GONIDEC (P-F), Les systèmes politiques africains 3^e édit .Paris, LGDJ, 1997.

HAURIOU (M), Précis de droit constitutionnel, Sirey, 2^e édit..

HESSELIN Gerti, Histoire politique du Sénégal, Institution, droit et société

HUNTINGTON (V S.), Political order changing society, 1968

LAGHMANI (S) : « L'effectivité des sanctions des violations des droits fondamentaux, Développements récents », in L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, Montréal, Editions AUPELE-UREF, 1994, p. 541

LAUBADERE André De, VENEZIA Jean- Claude et GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif tome 1, 12^e éd., LGDJ, Paris 1992, pp.441

MBAYE Kéba, in Revue des droits de l'homme, 1969, Vol II, p.391.

RANGEON (RF), "Refléxion sur l'effectivité du droit » in Les usages sociaux du droit, Paris, PUF, 1989, p. 126-129

ROSTOW, Les grandes étapes de la croissance économique, Paris, Seuil, 1967

SECK (A.), Sénégal, émergence d'une démocratie moderne, 1945-2000, un itinéraire politique, Paris : Karthala, 2005, 365 pages.

SEURIN (J-L) : « Les fonctions politiques des constitutions. Pour une théorie politique des constitutions », in Seurin (J-L) (S/Dir) : Le constitutionnalisme aujourd'hui, Paris, Economica, 1984, p.45.

SHILS (Edouard), in Political development in New States, 1960.

SY Mouhamadou Mounirou, La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique, L'exemple du Sénégal, l'Harmattan, Paris, 2007.

II/MELANGES, REVUES.

1 - Mélanges.

CHEVALLIER (J.), " La mondialisation de l'Etat de droit", in Droit et Politique à la croisée des cultures, Mélanges Phillipe Ardant, Paris, LGDJ, 1999, pp. 325 -33

GAUDEMET Yves, L'occupation privative du domaine public, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, p.309.

GOUNELLE (M.), La démocratisation, politique internationale, Mélanges offertes à Hubert Thierry, Ed. A, Pédone, 1998, p.20

LEISNER (W), "L'Etat de droit, une contradiction ?", in Mélanges Eisenmann, Paris, Cujus, 1974, pp.65 et S

2 - Revues.

BAYARD (J-F), L'analyse des situations autoritaires, étude bibliographique, Revue française de Science politique, 1976, n° 3, pp. 483-513.

CONIDEC (P-F), " Constitutionnalismes africains" in RADIC, Mars 1996, Tome 8, n° 1, p.26.

DELPEREE (F.), le Renouveau du Droit constitutionnel, in Revue Français de Droit constitutionnel, n° 74 avril 2008, page 457.

EBOLO (M-D.) : " L'implication des puissances occidentales dans le processus de démocratisation en Afrique : analyse des actions française et américaines au Cameroun", in Polis, Revue camerounaise de science politique, vol 6, N° 2, Août 1998, pp 19- 5

GONIDEC (P-F), L'Etat de droit en Afrique. Le sens des mots, in "Revue Juridique et politique Indépendance et Coopération", Ed. Juris Africa, 53^e année n° 1, janvier-avril 1998, p.3.

HOLO Théodore, Les Constitutions du renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone africain : Régimes juridiques et systèmes politiques, p.21. In "Revue des sciences juridiques et administratives" n° 16, année 2006.

KODJO Edem, Le réaménagement européen et l'Afrique, in "Revue africaine de politique internationale : Afrique 2000", n° 2, juillet-août-septembre 1990, pp. 16 -17

LOWE (P.), Le 21^e siècle a bien démarré pour le partenariat ACP-UE, le Courrier 2000, p.2

MANKOU (M), Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit dans la convention de Lomé 4, R.J.P.C., 2000, n° 3, p.313.

NGUELE ABADA (Marcelin), Démocratie sans Etat : Contribution à l'étude des processus démocratiques en Afrique in "Revue de la commission africaine des droits de l'homme et des peuples", tome 7, 1998, numéro 1, page.2.

OLINGA (A-D): "L'impératif démocratique dans l'ordre régional africain", in Revue de la commission africaine des droits de l'homme et des peuples, vol 8, 1999, N° 1, pp. 55-76

THIERY Michalon, "La recherche de la légitimité de l'Etat", dans la Revue française de droit constitutionnel, n° 34, p. 289

III/ ANNALES ENCYCLOPEDIE ET THESE.

DOUNKENG ZELE (C.), L'instrumentalisation ou les usages politico-juridiques de l'Etat de droit, in "Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et politiques", Tome 4, Presses Universitaires d'Afrique, 2000, p. 194.

DOUNKENG ZELE (C.), "L'Etat de droit face aux défis de son effectivité en Afrique", in Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang, tome 8, 2004, p.189

EMERSON (R.), "Parties and national integration in Africa", in J. La Palombara, M. Weimner (éd.), Political Parties and political development, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1966, pp.296-297

HILAIRE De Prince Pokam, "Les droits de l'homme comme enjeux politiques en Afrique : Essai d'analyse «politiste» d'une catégorie juridique au travers de ses usages politiques, in "Annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques, Ed. Spéciale Droits de l'Homme, Tome 4, 2000, Presses Universitaires d'Afrique, p. 24.

CONIDEC (P-F), introduction générale sur l'étude comparative des systèmes juridiques in « Encyclopédie juridique de l'Afrique » tome 1, 1993, p.25.

Lexique Droit constitutionnel, Paris, PUF, 1991, p.49, également Dictionnaire constitutionnel, Paris, PUF, 1992, pp. 415 -418.

VIGNON Yao Biova, "Recherche sur le constitutionnalisme en Afrique noire francophone : Le cas du Congo, de la Côte d'Ivoire, du Sénégal et du Togo » thèse soutenue le 5 juillet 1998, tome 2, p. 568.

IV/ DECLARATION, DISCOURS ET JOURNAUX.

DAUGE (Y), Le nouveau partenariat UE : ACP : changer la méthode, Rapport d'information, Assemblée nationale, n° 1776, juillet 1999, p.66.

Déclarations et programme d'action de Vienne, New York, 1993.

Jacques Chirac s'est fait le défenseur de cette thèse lors d'une visite à Abidjan en février 1990. Il avait déclaré que la démocratie est "un luxe pour l'Afrique"

Discours du président Mitterrand au cours du sommet franco-africain de La Baule du 21- 6-1990

Le jour n° 434 samedi et dimanche 6 et 7 juillet 1996, p.5

New African, mars 1990, p.16.

Soleil, des 2-4-1981, 25/26-4-1981 et 287-4-1981.

WITTMANN Frank, La presse écrite sénégalaise et ses dérives dans Politique africaine n° 101-mars-avril 2006, p. 184

V/ TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES.

Loi n° 81-16 du 6 mai 1981 portant révision constitutionnelle ;

Loi n° 81-17 du 6 mai 1981 relative aux partis politiques, JO, n° 4834 du 15 mai 1981

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juillet 1981

Constitutions du Sénégal de 1960 à 2001.

Coopération France-Cameroun, bulletin du service de coopération et d'action culturelle de Yaoundé, 1998, 35.

Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

VI/ JURISPRUDENCE.

C.E du 10 août 1917 Baldy. (Voir les Grandes décisions de la jurisprudence administrative en France).

C.E du 19 mai 1933, Benjamin (Voir les Grandes décisions de la jurisprudence administrative en France)

Cour suprême du Sénégal (6 février 1974, affaire Abdourahmane Cissé), Dalloz JPC, 1960.

Cour suprême du Sénégal (2 Janvier 1970, affaire Longin Coly). (Voir GAJAS).

Cour suprême du Sénégal (Janvier 1981, affaire Ndiogou Sall). (Voir GAJAS).

Cour suprême du Sénégal (27 Janvier 1982, affaire Ismaila Sall). (Voir GAJAS).

Conseil d'Etat LD/MPT contre Etat du Sénégal en Date du 25 novembre 1999. (Voir Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat de 1999, p.26).

LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS PRIVÉS ÉTRANGERS AU SÉNÉGAL

Par Serigne Ndiagna Sow*

INTRODUCTION

Le Sénégal, à l'instar de la quasi-totalité des pays africains, a connu durant deux décennies (les années 80 et 90) les politiques d'ajustement structurels guidées par une volonté d'assainissement des finances publiques d'une part, et de relance des économies à travers la promotion des investissements privés nationaux mais aussi et surtout étrangers d'autre part.

C'est ainsi que les autorités, après prise de conscience des rapports étroits existants entre la réglementation et l'efficacité des institutions publiques sur l'encouragement des investissements privés étrangers, se sont engagés dans un processus d'amélioration de l'environnement juridique proposé aux capitaux privés, notamment à l'entreprise. Le Sénégal devrait donc concentrer l'essentiel de ses efforts sur ces deux aspects : institutionnel et normatif ou juridique car déjà sur le plan purement politique il justifie de réels atouts pour être une destination cible pour les investisseurs.

Ainsi, sur ce plan le Sénégal fait partie des rares pays africains n'ayant pas connu jusqu'à nos jours l'épreuve des couts d'état et la transition démocratique avec l'arrivée au pouvoir du régime de l'alternance avec Maitre Abdoulaye Wade et la chute du parti socialiste reste jusqu'à présent cité comme exemple à suivre dans le continent.

De surcroit avec l'avènement de la mondialisation on assiste à des transformations tellement significatives au point même de menacer notre droit qui, actuellement, devra essayer de répondre aux nouvelles exigences juridiques d'une économie de marché quasiment multinationale. Et alors, s'estimant devoir aligner sa réglementation aux impératifs du marché international, l'Etat sénégalais a décidé de corriger, d'améliorer et de compléter sa réglementation sur la matière des investissements privés déjà réalisés ou potentiellement réalisables sur le territoire, sans toutefois oublier les organes devant se charger de la mise en œuvre et du contrôle de l'application de ces normes.

Mais en réalité, est ce que cette volonté d'encourager et de protection de ces investissements privés étrangers aussi bien sur le plan normatif juridique qu'institutionnel a été traduite dans les faits ?

C'est donc dans la logique de cette question qu'il conviendrait de placer notre analyse sur ce sujet relativement à « *la protection des investissements privés étrangers au Sénégal* ».

L'investissement renvoie à la formation brute de capitaux, c'est-à-dire la valeur des biens durables acquis par les unités de production pour être utilisés pendant au moins une

* Doctorant d'Etat en Droit public à l'Université Gaston Berger de Saint Louis du Sénégal.

année dans leur processus de production¹⁰⁵ en vue d'un profit à long terme¹⁰⁶.

Quant à la protection, elle peut être entendue comme étant « l'action de mettre (quelqu'un ou quelque chose) à l'abri de ce qui peut nuire ou de ce qui peut représenter un danger ». Mais d'une manière plus précise, la protection des investissements privés doit être comprise ici par l'attitude de l'Etat sénégalais en termes d'adoption de mesures définies à travers un ensemble normatif, organique ou institutionnel, organisationnel et fonctionnel, destinées à attirer les investisseurs au « marché Sénégalais » et de les sécuriser.

Cette politique d'incitation ou de promotion à l'investissement consiste en une façon de guider l'investisseur qu'il soit nationaux ou étranger en l'accompagnant du début à la fin de son parcours, pour la bonne poursuite de ses activités économiques. Cet encadrement doit aller non seulement d'une simplification des formalités de création d'entreprise mais aussi, et surtout une fois s'installer, de permettre à ces entreprises de pouvoir s'épanouir tranquillement dans un cadre paisible et concurrentiel.

Déjà, jusqu'à une époque assez récente la pauvreté touchait deux (2) sénégalais sur trois (3) et le chômage gagnait 40 à 50% de la population ; d'où la nécessité d'encourager un climat attractif des investissements privés étrangers pour essayer de booster un peu plus nos économies moribonds pour encourager la croissance économique.

En effet, cette nécessité s'est concrètement traduite par un effort d'assouplissement du cadre juridique, d'exonération de certaines entreprises de droits de douanes et de charges fiscales en menant une politique d'incitation fiscale, en favorisant une concurrence plus loyale, en garantissant un libre transfert des fonds et des profits, en initiant une politique de modernisation de la justice et en étant animé de la volonté d'assurer l'équité dans les transactions qui impliquent l'autorité réglementaire de l'Etat.

Ainsi peut-on remarquer que la sécurité juridique, tant au niveau normatif qu'institutionnel, peut être un stimulant de l'esprit d'initiative des hommes d'affaires et une garantie de sauvegarde des intérêts des investisseurs.

C'est ainsi qu'il appert pertinent de s'interroger sur la question de savoir dans quelle mesure les investissements privés étrangers sont ils protégés par le droit sénégalais ?

Par rapport à cette question, il est important de rappeler que notre droit positif a mis en place des mécanismes juridiques très pertinents de protection des investissements étrangers au Sénégal aussi bien au plan normatif qu'institutionnel.

L'investissement privé étrangers a toujours été considéré comme la cheville ouvrière du développement économique. Toutefois, jusqu'à une époque assez récente, les flux d'investissement demeuraient très ralentis au Sénégal. Cette méfiance des investisseurs était due en grande partie par l'insécurité juridique et judiciaire caractérisée par la vétusté de notre arsenal juridique.

C'est ainsi que le Sénégal, pour pallier à cette difficulté, s'est attelé à l'élaboration de nouvelles mesures ou mécanismes garantissant le respect des droits et libertés de l'entreprise sur les plans juridique et judiciaire.

¹⁰⁵ JESSUA (C), LABROUSSE (C), VITRY (D), Dictionnaire des sciences économiques, Paris, PUF, 2001, 1043p

¹⁰⁶ Vocabulaire juridique de G. CORNU p. 464, Association H. CAPITANT

A la lumière de cette orientation, l'étude de ce sujet sera articulée autour de deux dimensions : normatif et institutionnel.

Eu égard au fait que le cadre juridique est composé des normes et des institutions d'appui, il convient dès lors de situer les forces et possibilités qu'engendre la législation sénégalaise en matière d'investissement à deux points essentiels :

D'une part au niveau normatif (I) et d'autre part au niveau institutionnel (II).

I- Les mécanismes de protection au plan normatif des investissements privés étrangers

Pour être en parfaite harmonie avec les dispositions communautaires et internationales, l'Etat du Sénégal a posé comme principe de non discrimination des nationaux et étrangers concernant l'exercice des droits et des libertés (A).

Toutefois, ce principe protecteur des étrangers qui veulent investir au Sénégal est aussi étendu concernant certaines garanties (B).

A- La consz des droits

Cette absence de discrimination peut être observée à un double niveau : par la reconnaissance du droit à certaines libertés à l'entreprise mais aussi à certains avantages fiscaux accordés aux investisseurs.

1- Du point de vue des libertés

Concernant ces libertés on peut dire que c'est l'article 9 du code des investissements du Sénégal qui pose le principe en ces termes : « *Les personnes physiques ou morales visées à l'article premier du présent Code peuvent, dans le cadre des lois en vigueur, acquérir tous les droits de toute nature en matière de propriété, de concessions et d'autorisation administrative et participer aux marchés publics* »¹⁰⁷.

C'est ainsi que les investisseurs étrangers au Sénégal jouit de tous les droits et libertés pour devenir propriétaire au même titre que les nationaux sans aucune discrimination quelconque, de participer aux offres de marchés publics et d'accéder aux matières premières.

o Acquisition de la propriété privée

En effet, l'article 4 relatif aux garanties et protections de la propriété dispose que « *dans les conditions prévues par les lois et règlements applicables, la propriété privée de tous biens, mobiliers ou immobiliers, matériels ou immatériels, est protégée, en tous ses aspects juridiques et commerciaux, ses éléments et ses démembrements, sa transmission et les contrats dont elle fait l'objet* »¹⁰⁸.

C'est ainsi que l'acquisition d'une propriété constitue un meilleur plan si on compte s'installer au Sénégal. Il est possible d'y investir dans le secteur immobilier, toutefois, un tel investissement doit se faire avec prudence, nécessitant la connaissance des lois et règles relatives à la propriété foncière en vigueur dans ce pays.

¹⁰⁷ Voir aussi l'article 13 de la loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant code des investissements du Sénégal « Sous réserve du respect de ses obligations, telles que prévues à l'article suivant, l'entreprise jouit, d'une pleine et entière liberté économique et concurrentielle. Elle est notamment libre: D'acquérir les biens, droits et concessions de toute nature, nécessaire à son activité, tels que biens fonciers, mobiliers, immobiliers, commerciaux, industriels ou forestiers.... »

¹⁰⁸ Article 4 de la loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant code des investissements du Sénégal

Le droit foncier sénégalais est largement inspiré de la législation française en matière domaniale. Ainsi, un acquéreur ne peut être définitivement propriétaire sans un titre foncier qui s'obtient soit par l'achat, soit par une demande après obtention d'un terrain par bail emphytéotique. Toutefois, selon la loi du pays, le sol appartient toujours à l'Etat et le titre foncier ne donne droit qu'à son usage. Ce qui signifie qu'il n'y a pas vraiment de vente de terrain mais de titre de propriété. Ainsi une fois la vente conclue, le titre foncier est inscrit au nom de l'acquéreur.

- Participation aux offres de marchés publics

Quelle que soit leur nationalité, les personnes physiques ou morales visées à l'article premier du présent Code reçoivent, sous réserve des dispositions du titre III, le même traitement eu égard aux droits et obligations découlant de la législation sénégalaise et relatif à l'exercice des activités définies à l'article 2 ci-dessus.

A ce titre, les personnes physiques ou morales étrangères reçoivent un traitement identique à celui des personnes physiques ou morales de nationalité sénégalaise, sous réserve de réciprocité et sans préjudice des mesures pouvant concerner l'ensemble des ressortissants étrangers ou résulter des dispositions des traités et accords auxquels est partie la République du Sénégal.¹⁰⁹

A ce titre, il est possible, en raison de ce principe de non discrimination entre les entreprises nationale et étrangère, à toute entreprise étrangère ayant investi au Sénégal d'être candidat aux marchés publics et d'espérer les gagner.

Ainsi, toute restriction non justifiée à cette possibilité qui est offerte à ces entreprises leur donne droit de saisir la justice pour faire rétablir les droits ainsi violés.

- Accès aux matières premières¹¹⁰

La liberté d'accès aux matières premières brutes ou semi-transformées, produites sur toute l'étendue du territoire national, est garantie. Les ententes ou pratiques faussant le jeu de la concurrence sont réprimées par la loi.

2- Du point de vue des avantages fiscaux

Ces avantages fiscaux, dont peuvent bénéficier les investisseurs sous certaines conditions, sont différents selon qu'on est dans la phase de réalisation ou d'exploitation.

- Durant la phase de réalisation

Durant cette phase de réalisation, des avantages particuliers sont accordés à l'investisseur dans un but entre autre de lui permettre d'amortir ses investissements. Ces avantages couvrant une période de trois (03) ans se présentent comme suit :

- Exonération des droits de douanes à l'importation des matériels et des matériaux qui ne sont ni produits ni fabriqués au Sénégal et qui sont destinés de manière spécifique à la production ou à l'exploitation dans le cadre du programme agréé ;

¹⁰⁹ V. Article 10 de la loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant code des investissements du Sénégal

¹¹⁰ Article 8 de la loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant code des investissements du Sénégal

Les modalités d'exonération des pièces de rechange, des véhicules de tourisme, lorsqu'ils sont spécifiques au programme agréé, et des véhicules utilitaires seront fixées par décret ;

- Suspension de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) exigible à l'entrée sur les matériels et matériaux qui ne sont ni produits ni fabriqués au Sénégal et qui sont destinés de manière spécifique à la production ou à l'exploitation dans le cadre du programme agréé, suivant des modalités qui seront précisées par décret ;
- Suspension de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) facturée par les fournisseurs locaux de biens, services et travaux nécessaires à la réalisation du programme agréé, suivant des modalités qui seront précisées par décret¹¹¹.
 - Durant la phase d'exploitation

Les avantages offerts sont répartis entre les différents régimes comme suit¹¹² :

➤ **Le régime des entreprises nouvelles:**

- Exonération de la Contribution Forfaitaire à la Charge des Employeurs (CFCE) pendant cinq (05) ans.
Si les emplois créés, dans le cadre du programme d'investissement agréé, sont supérieurs à deux cent (200) ou si au moins 90 % des emplois créés sont localisés en dehors de la région de Dakar, cette exonération est prolongée jusqu'à huit (08) ans.
- Avantages particuliers sur l'impôt sur les bénéfices :
Au titre de l'impôt sur les bénéfices, les entreprises nouvelles agréées sont autorisées à déduire du montant du bénéfice imposable une partie des investissements dont la nature sera définie par décret.
Pour les entreprises nouvelles, le montant des déductions autorisées est fixé à 40 % du montant des investissements retenus. Pour chaque année d'exercice fiscal, le montant des déductions ne pourra dépasser 50 % du bénéfice imposable.
Ces déductions peuvent s'étaler sur cinq (05) exercices fiscaux successifs au terme desquels, le reliquat du crédit d'impôt autorisé et non utilisé n'est ni imputable, ni remboursable.

➤ **Le régime des projets d'extension :**

- Exonération de Contribution Forfaitaire à la Charge des Employeurs (CFCE) pendant cinq (05) ans. Si les emplois additionnels créés, dans le cadre du programme agréé, sont supérieurs à cent (100) ou si au moins 90 % des emplois créés sont localisés en dehors de la région de Dakar, cette exonération est prolongée jusqu'à huit (08) ans.
- Au titre de l'impôt sur les bénéfices, les projets d'extension agréés sont autorisés à déduire du montant du bénéfice imposable une partie des investissements dont la nature sera définie par décret. Pour les projets d'extension agréés, le montant des déductions autorisées est fixé à 40 % du montant des investissements retenus.

Pour chaque année d'exercice fiscal, le montant des déductions ne pourra dépasser 25 % du bénéfice imposable.

¹¹¹ V. Art. 18 de la loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant code des investissements du Sénégal

¹¹² Voir art. 19 de la loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant code des investissements du Sénégal

Ces déductions peuvent s'étaler sur cinq (05) exercices fiscaux successifs au terme desquels, le reliquat du crédit d'impôt autorisé et non utilisé n'est ni imputable, ni remboursable.

A- La consécration du principe d'égal traitement entre nationaux et étrangers du point de vue des garanties

L'entreprise au Sénégal bénéficie de certaines garanties financières (1) mais aussi et surtout d'un droit à une certaine garantie contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition sur toute l'étendue du territoire national ; en un mot aux risques de dépossession de propriété (2).

1- Les garanties financières

Ces garanties sont prévues aux articles 5, 6 et 7 du code investissements. Ces garanties touchent la disponibilité des devises, le transfert des capitaux et des bénéfices.

○ Transferts de capitaux

La liberté pour l'entreprise de transférer les revenus ou produits de toute nature, résultant de son exploitation, de toute cession d'éléments d'actifs ou de sa liquidation, est garantie conformément aux textes en vigueur¹¹³.

Dans ce point précis, il est possible de faire la comparaison entre le Sénégal et le Ghana, pays qui prévoit des mesures très incitatives pour l'implantation d'une entreprise étrangère mais très contraignant pour le transfert des capitaux et bénéfices vers l'extérieur du pays.

○ Transferts de bénéfices

La liberté de transférer tout ou partie de ses bénéfices par un investisseur, quels qu'en soient la nature juridique et le montant exprimé en monnaie locale ou en devises, est également garantie, à tout associé ou actionnaire d'une entreprise, ressortissant d'un Etat tiers.¹¹⁴

C'est ce que prévoit d'ailleurs l'article 6 alinéa 2 qui dispose que : « *La même garantie (La liberté de transférer les revenus ou produits de toute nature) s'étend aux investisseurs, entrepreneurs ou associés, personnes physiques ou morales, non ressortissant du Sénégal, en ce qui concerne leurs parts de bénéfices, le produit de la vente de leurs droits d'associés, la reprise d'apports en nature, leur part de partage du bonus après liquidation* ».

○ Disponibilité des devises¹¹⁵

L'obtention de devises nécessaires aux activités des entreprises n'est pas limitée au sein du Sénégal. L'entreprise a, par conséquent, la garantie qu'aucune restriction ne peut lui être faite, pour ses besoins en devises, notamment pour :

¹¹³ Article 6 de la loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant code des investissements du Sénégal

¹¹⁴ Article 7 de la loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant code des investissements du Sénégal

¹¹⁵ Article 5 de la loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant code des investissements du Sénégal

- assurer ses paiements normaux et courants ;
- financer ses fournitures et prestations diverses de services, notamment celles réalisées avec les personnes physiques ou morales, hors du Sénégal.

Ces paiements ainsi que les opérations de transfert, objet des articles 7 et 8 ci-après, demeurent cependant soumis aux justifications requises par la réglementation des changes en vigueur au Sénégal.

Hormis ces garanties financières, l'investissement est protégé aussi contre les risques de dépossession.

1- Les garanties contre les risques de dépossession

Les différends relatifs aux opérations de promotion et de protection des investissements, met souvent aux prises un investisseur et un Etat qui initie des mesures de nationalisation et l'expropriation. Ils ont su se traduire par une clarification du droit des investissements et l'énoncé logique de lignes directrices se rapportant à ces mesures de dépossession, sources potentielles de controverses juridiques et idéologique derrière lesquelles se profilent les difficultés des opérations d'indemnisation.

Au sens strict, le terme dépossession vise la nationalisation et l'expropriation, c'est-à-dire toute mesure « *qui prive l'investisseur de ses droits essentiels sur l'investissement au profit de l'autorité publique* »¹¹⁶.

C'est ainsi que notre étude sera essentiellement axée sur ces deux formes de dépossession.¹¹⁷

Pour les PSD, le principe de souveraineté permanente justifie des mesures d'expropriation et de nationalisation frappant les investissements étrangers et préserve le libre choix économique. Mais il est nécessaire de rappeler aussi que ces mesures ne doivent pas être initiées en méconnaissance des droits des investisseurs qui en sont victimes.

C'est ce cadre que la Résolution 1803 qui en est le support prescrit que:

« La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité et d'intérêt national reconnus comme primant sur de simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ce sens, le propriétaire recevra une indemnité adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international ».

Dans ce même ordre d'idées la CIJ a affirmé de façon énergique cette nécessité de faire accompagner l'accueil des investisseurs d'une obligation de protection de l'investissement :

« Dès lors que l'Etat admet sur son territoire des investisseurs étrangers ou des ressortissants étrangers, il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assure certaines obligations quant à leur traitement »¹¹⁸.

¹¹⁶ D. CARREAU et P. JUIILLARD, Droit international économique, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 522

¹¹⁷ Une telle acception laisse toutefois de côté des formes de dépouillement de l'investisseur comme la confiscation, la spoliation ou la privatisation

¹¹⁸ C.I.J., Barcelona Traction Light and Power Company (deuxième phase), 5 février 1970, Rec. 1970 § 33, p. 32; Voir sentence CIRDI, Asian Agricultural c/Sri Lanka (N° ARB/87/5) du 27 juin 1990, J.D.I., chr. 1992, p. 216.

C'est ainsi que toute mesure de dépossession des biens des investisseurs étrangers au profit de l'activité publique doit être justifiée par des besoins d'utilité ou d'intérêt public.

Toutefois, le transfert dans le cadre d'une nationalisation doit être guidé par des motifs politiques, économiques ou sociaux de caractère général.¹¹⁹

Aujourd'hui, au Sénégal les textes sont tels que la licéité des expropriations et nationalisation est subordonnée à la triple condition de l'exigence d'un intérêt public, du caractère non discriminatoire et du caractère non spoliatoire de ces opérations¹²⁰.

Cela dit, est-il nécessaire de rappeler que ces mesures de dépossession doivent être accompagnées d'une obligation d'indemnisation des victimes.

Et dans ce domaine précis, la législation sénégalaise est très claire¹²¹. L'indemnité y afférente doit être prompte, effective et représenter la valeur intégrale des biens nationalisés et expropriés.

Ces qualificatifs renferment une diversité terminologique, en ce sens l'indemnité est *prompte* si elle s'inscrit dans une temporalité réduite ; *préalable* lorsqu'elle est fixée avant l'opération de dépossession et effectivement transférée à l'investisseur ; *juste* par sa représentation de la valeur réelle des biens corrigée par la raison et la vérité.

Les mécanismes institutionnels de protection des investissements privés étrangers au Sénégal

Ces institutions sont celles qui sont ainsi regroupées suivant ces deux ordres d'intervention :

D'une part, il y a les institutions chargées de la promotion des investissements et d'encadrement des grands travaux (**B**).

D'autre part, les institutions chargées du règlement des litiges d'investissement (**A**).

A- Les mécanismes judiciaires de protection des investissements privés étrangers : la possibilité de règlement institutionnel des litiges liés aux investissements privé

L'investissement est un domaine très mouvant et dynamique du fait qu'il est pratiqué pour une large part jusque derrière les frontières des Etats. Par conséquent, il est tant accompagné de normes internationales et communautaires mais aussi par des institutions spécialement chargées du règlement des litiges qui en découleraient.

Il s'agit notamment du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissement (C.I.R.D.I.) (**1**) ; et de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'O.H.A.D.A. (**2**).

¹¹⁹ Voir loi n° 99-85 du 3 septembre 1999 autorisant le Président de la République à ratifier l'Accord sur la promotion et la protection des investissements entre le gouvernement de Malaisie et le gouvernement de la République du Sénégal, signé à Montégo Bay le 10 février 1999 (J.O.R.S. du 25 septembre 1999, pp. 1268-1272)

¹²⁰ Dans l'affaire Benvenuti, le gouvernement congolais avait transformé la société d'économie mixte par simple note de service et avait fait occuper la société par l'Etat.

¹²¹ V. Art. 4 al. 2 de la loi précitée « L'entreprise est notamment garantie contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition sur toute l'étendue du territoire national, sauf pour cause d'utilité publique, légalement prévue. Le cas échéant, l'entreprise bénéficiera d'une juste et préalable indemnisation.

1- Par des institutions internationales (l'exemple du CIRDI)

Le groupe de la Banque Mondiale renferme en son sein cinq institutions. Il s'agit de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (B.I.R.D.), de l'Association Internationale de Développement (I.D.A.), de la Société Financière Internationale (S.F.I.), de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I.), et enfin du Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux investissements.

Le C.I.R.D.I, fondée en 1966, cherche à faciliter le règlement, par voie de conciliation et d'arbitrage, des différends qui peuvent opposer investisseurs étrangers et Etats d'accueil.

Depuis son entrée en vigueur le 14 octobre 1966, la convention lie une grande majorité d'Etats africains.¹²²

D'ailleurs, « Les contrats d'investissement internationaux, les codes d'investissement nationaux et les conventions d'investissement bilatérales ou multilatérales contiennent souvent des dispositions prévoyant que les litiges seront réglés par arbitrage sous les auspices du CIRDI ». Son importance est attestée par le nombre d'Etats adhérents.

En effet, jusqu'au 30 Juin 2004, 150 Etats figurent sur la liste des adhérents ayant signé la convention pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Les 140 Etats de la même liste ont déposé leur instruments de ratification, parmi lesquels le Sénégal. De manière plus précise, le Sénégal a signé la dite Convention depuis 1966, il a ensuite déposé ses instruments de ratification le 27 Avril 1967, ce qui a conduit à l'entrée en vigueur de la Convention à la date du 21 Mai 1967.

Le CIRDI compte aujourd'hui de plus en plus d'Etats contractants. Outre l'aide apportée au règlement des différends, il mène des activités de recherche, de conseil et de publication dans les domaines du droit relatifs à l'arbitrage et à l'investissement.

Parmi ses publications figurent une revue semestrielle « ICSID Review - Foreign Investment Law Journal » et deux séries de publications périodiques « Lois sur les investissements dans le monde » et « Conventions d'investissement ». Le CIRDI publie son propre **rapport annuel**, qui peut être demandé à son secrétariat.

Cela étant, l'avantage que le Sénégal a su tirer de ses rapports avec le C.I.R.D.I., c'est plutôt le fait que celui-ci ait renforcé la richesse et la diversité de son cadre juridique principalement par le moyen, de l'arbitrage international, pour une meilleure promotion de la connaissance du règlement applicable aux litiges d'investissement sur son territoire. Ce qui n'est pas sans profit considérable à la fois pour les investisseurs internationaux déjà établis, les investisseurs potentiels pas encore établis au Sénégal, et les juristes sénégalais dans leur souci de s'adapter aux techniques modernes de règlement du contentieux d'affaires.

C'est quasiment les mêmes objectifs assignés à la C.C.J.A., seulement cette fois-ci, ils sont envisagés sous une dimension communautaire et plus récente, qui prône la lutte contre l'insécurité judiciaire avant tout.

¹²² Au 1^{er} octobre 2002, 153 ont signé le traité et 136 l'ont ratifié. Parmi ces derniers on peut citer les Etats d'Afrique subsaharienne suivants : Bénin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cameroun, Congo, RDC, Cote d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Kenya, Liberia, Malawi, Madagascar, Maurice, Mauritanie, Mozambique, Niger, Nigeria, Ouganda, République Centrafricaine, Rwanda, Sénégal, Sierra Léone, Soudan, Tanzanie, Tchad, Zambie, Zimbabwe.

1- Par des institutions communautaires (l'exemple de la CCJA)

Aux termes d'une étude menée sur les rapports entre la réforme de l'O.H.A.D.A. et la mondialisation, il est précisé que «L'insécurité judiciaire constitue l'un des griefs récurrents des investisseurs privés dans les pays membres de l'OHADA. Au nombre des multiples maux souvent décriés figure l'instabilité de la jurisprudence qui a elle-même pour conséquence l'issue incertaine des procédures. L'une des explications de ce phénomène est l'insuffisante formation des magistrats au contentieux du droit des affaires. D'autres causes moins avouables expliqueraient la crainte constante des milieux d'affaires africains aux prises avec les justices étatiques. Il a donc semblé impératif aux auteurs du Traité de l'OHADA d'adopter des mesures susceptibles de restaurer la confiance en faveur leurs institutions judiciaires. L'une de ces mesures, sans doute la plus importante a été la création de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). L'accent a également été mis sur la formation des magistrats et des auxiliaires de justice ».

Pour ainsi dire, avec la C.C.J.A., les pays membres dont le Sénégal se sont dotés d'un Droit Uniforme du contentieux des affaires, pouvant, en principe, jouer un rôle important dans le règlement de certains litiges liés à l'investissement au Sénégal. En effet, le Traité organise deux voies de règlements des litiges.

Dans un premier temps, par voie judiciaire, il connaît du contentieux de l'application des Actes Uniformes règle en première instance et en appel par les juridictions nationales.

Il peut aussi jouer le rôle de cassation en lieu et place des cours suprêmes ou de cassations nationales. De surcroit, les décisions de la C.C.J.A. ont l'autorité de la chose jugée et force exécutoire sur le territoire de chacun des Etats-parties.

Dans un second temps, par la voie de l'arbitrage, le Traité de l'O.H.A.D.A. fait de l'arbitrage l'instrument majeur du règlement des différends contractuels. Ainsi, même si la C.C.J.A. ne tranche pas elles-mêmes les différends, elle nomme ou confirme les arbitres. Elle est également informée du déroulement de l'instance et examine les projets de sentences, mais ne peut proposer que des modifications de pures forme.

Les sentences arbitrales rendues ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etats-parties au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat.

Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur.

Enfin, si l'unification du Droit des Affaires est sans nul doute l'un des points les plus importants concernant les investisseurs, elle devrait pour cette raison profiter au Sénégal, notamment en consolidant et en crédibilisant sa politique d'attraction des investissements privés, à travers la promotion de l'arbitrage contractuelle, un des moyens alternatifs les plus appréciés par les parties dans les résolutions des conflits d'affaires qui peuvent les opposer.

A- Les mécanismes administratifs de protection ou promotion des investissements privés étrangers: Rénovation du cadre institutionnel de promotion de l'investissement

On assiste vers la dernière grande réforme de 2004 à la création de nouveaux organes ayant respectivement pour mission de créer un cadre incitatif et d'améliorer l'environnement

des affaires. Parmi ces organes certains sont spécifiquement d'appui à l'investissement (1) alors que d'autres sont chargés de l'amélioration de l'environnement des affaires(2).

1- Par la mise en place d'organes spécifiques d'appui à l'investissement

Les structures d'appui les plus modernes et les plus en vue dans le domaine de promotion des investissements sont au nombre de quatre (04) : l'A.P.I.X. (Agence nationale chargée de la Promotion de l'Investissement et des grands travaux), l'A.D.E.P.M.E. (Agence de Développement et d'Encadrement des Petites et Moyennes Entreprises), l'A.S.N. (Agence Sénégalaise de Normalisation), et enfin le F.P.E (Fond de Promotion Economique).

Ce nouveau dispositif est plus spécialisé et plus simple, dans la mesure où il réduit le nombre de structures existantes et exerce l'ensemble des fonctions de promotion et d'appui à l'investissement en conformité avec les objectifs recherchés. En outre, la coordination des activités de ces structures spécialisées est assurée par une structure unique, le C.G.C.D (Comité Général de Concertation pour le Développement).

➤ **L'Agence nationale chargée de la Promotion de l'Investissement et des grands travaux (APIX)**

L'A.P.I.X¹²³ est une structure créée en juillet 2000, avec pour objectif principal d'assister le Président de la République du Sénégal dans la conception et la mise en œuvre de la politique définie, d'abord dans le domaine des investissements.

De manière plus précise, sa mission de promotion des investissements consiste à :

- a. Encourager les activités d'exportation des produits locaux ;
- b. Promouvoir le Sénégal comme destination d'investissement en incitant les entreprises et investisseurs étrangers à produire au Sénégal pour exporter ;
- c. Rechercher et identifier des investisseurs nationaux et étrangers en vue d'augmenter le volume des investissements ;
- d. Suivre des contacts et évaluer des projets d'investissement en contribuant ainsi à améliorer l'image du Sénégal.

Cependant, le rôle joué par l'A.P.I.X. n'a pas suffi. Ce qui aurait conduit, un an après à la création de l'A.D.E.P.M.E (Agence de Développement et d'Encadrement des Petites et Moyennes Entreprises).

➤ **Agence de Développement et d'Encadrement des Petites et Moyennes Entreprises (ADEPME)**

Rappelons que par la création par le Décret n° 2001-1036 du 29 Novembre 2001 de l'A.D.E.P.M.E¹²⁴, l'Etat sénégalais a décidé de faire du secteur privé le moteur de la croissance.

¹²³ L'organisation fonctionnelle de l'Agence repose sur les deux entités que sont : *Le Comité stratégique pour la promotion de l'investissement* est l'organe de supervision et de suivi des activités de l'Agence dans le domaine de la promotion de l'investissement, au regard des orientations définies par le Président de la République. C'est ainsi qu'il propose les mesures susceptibles de favoriser l'investissement de créer une atmosphère de bonne gestion et de bonne gouvernance.

En même temps, il définit le programme opérationnel, le budget et les procédures de l'agence dans le domaine de la promotion de l'investissement.

Il assure également le suivi de la réalisation des activités de l'agence et approuve le rapport d'activité du Directeur Général en matière de promotion de l'investissement. *La Direction Générale* est chargée de veiller à la parfaite exécution de l'ensemble des Missions de l'Agence. Pour l'exécution quotidienne de son mandat, la Direction Générale s'appuie sur ces trois directions opérationnelles : la Direction de la Génération d'Investissement (D.G.I) ; la Direction du Service aux Investisseurs (D.S.I.) ; la Direction de la Communication (D.C.O.) ; et enfin la Direction des Grands Travaux (D.G.T.).

¹²⁴ Après sa création par le Décret n° 2001-1036 du 29 Novembre 2001 et son rattachement au Ministère des P.M.E., l'A.D.E.P.M.E. est chargée d'assurer :

De la même manière a-t-il décidé d'appuyer les P.M.E. qui s'avèrent incontournables dans le développement économique du pays.

C'est tout le sens du Document de Stratégie de Développement du Secteur Privé (D.S.D.S.P), élaboré dans le cadre d'un partenariat entre l'Etat, le secteur privé et les bailleurs de fonds.

Une autre nouvelle structure est venue renforcer la politique de l'A.D.E.P.M.E, voire l'élargir aux concepts de qualité.

➤ Agence Sénégalaise de Normalisation (ASN)

L'Agence Sénégalaise de Normalisation est une association à but non lucratif qui a pour mission de promouvoir la qualité, la productivité et la normalisation.

Elle est notamment chargée : _

- De mettre en place un système d'informations et de mesures (normalisation, Certification, métrologie, indicateurs de productivité) ;
- de l'inventaire des freins au développement de la production et de la productivité et de l'inventaire des besoins en normalisation ;
- de la sensibilisation de tous les acteurs à la nécessité de relever le niveau de productivité et de qualité ;
- de l'analyse comparative des différents coûts pour l'adoption des normes véritablement adaptées aux conditions de travail des différents secteurs ;
- de la mise en place d'un système permanent de détection des surcoûts et de non qualité ;
- de l'étude et de la prospective des nouvelles techniques de production ;
- de l'étude comparative des niveaux de productivité et des niveaux de rémunération inter entreprises, inter branche et entre Etats ;
- de l'évaluation du coût des prestations de l'Administration et de l'impact de son mode de fonctionnement sur la productivité globale ;
- de la mise à dispositions techniques et d'outils de diagnostic et d'étude ;
- de l'assistance-conseil aux entreprises ;
- enfin, de la formation des acteurs et des prestataires

D'autre part, a-t-on l'habitude de dire, « les banques ne prêtent qu'aux riches ». Par conséquent, même si l'A.S.N. aide les entreprises de petites tailles à se développer, il n'en demeure pas moins qu'elle devrait aussi être relayée par une autre structure qui aura pour mission particulière de faciliter l'accès au financement de cette catégorie d'entreprises, car toute activité de production ou de distribution semble inconcevable sans crédit.

-
- le développement des créations d'entreprises par la stimulation de l'initiative entrepreneuriale ;
 - l'aide à la mise en place d'un environnement au développement des entreprises ;
 - la mise en place et le pilotage du système d'appui national ou international en conseils ou techniques d'entreprise ;
 - appuyer le développement des organisations patronales et professionnelles en les aidant au renforcement de leur expertise permanente, à la diversification de leurs sources de revenus, à l'accroissement du nombre de leurs adhérents et répondre de façon satisfaisante à leurs préoccupations; à la mise en place de bases de données fiables ; à la fourniture des informations nécessaires à la création de l'entreprise; à la réalisation d'études de faisabilité ; à la redéfinition et montages de projets ; à la réalisation de plan d'affaires ; à la mise au point de produits ; aux recherches de partenaires ; à la recherche - développement et innovation ; aux choix technologiques ; à l'audit et restructuration; à l'assistance juridique et fiscale; aux offres de services administratifs; aux études diverses ; à la gestion et enfin à la facilitation de joint-ventures.

1- Par la mise en place d'organes chargés de l'amélioration de l'environnement des affaires

Parmi ces organes qui sont très nombreuses, nous avons choisi le **C.PI.** (Conseil Présidentiel Des Investissements) et la **CNLNTCC** (Commission Nationale de lutte Contre la non transparence la Corruption et la Concussion).

➤ **Le Conseil Présidentiel Des Investissements (CPI)¹²⁵**

Instituée en Novembre 2002, est un cadre de Concertation et de réflexion sur les réformes à initier pour améliorer l'environnement des affaires et attirer les investisseurs.

Sous son impulsion, nombre d'entre elles sont d'ailleurs déjà effectives au Sénégal. La quatrième session du C.P.I. qui s'est tenue le 10 Mai 2004 a été l'occasion de s'engager encore plus loin. Elle a aussi permis d'avancer dans la préparation de la Stratégie de Croissance Accélérée (S.C.A.).

En d'autres termes, le Conseil Présidentiel de l'investissement (CPI) a été mis en place pour aller à la conquête du secteur privé. Ce Conseil, chargé de supprimer les obstacles qui bloquent l'investissement, se propose d'aider le Sénégal à établir des priorités dans son programme de réformes.

Le Conseil Présidentiel est un organe consultatif dont la mission principale est de renforcer le dialogue entre le Gouvernement et les investisseurs, afin d'accélérer le processus d'identification et de mise en œuvre des réformes propres à améliorer l'environnement des affaires, c'est donc « un outil puissant pour doper l'investissement ».

Ces membres se sont librement engagés pour une période de deux ans à se concerter tous les semestres avec le Président de la République du Sénégal.

Ainsi, en deux ans de fonctionnement, le Conseil Présidentiel de l'Investissement a permis au Sénégal de mettre en place le plus vaste programme de réformes économiques depuis la dévaluation du Franc CFA en 1994, notamment dans le domaine de la fiscalité, des barrières administratives, du cadre réglementaire des projets d'infrastructures et de la législation du travail.

Dans la même dynamique d'amélioration de l'environnement des affaires il a été créée la Commission Nationale de Lutte contre la Non-transparence, la corruption et la concussion, en vue d'assainir et de crédibiliser l'image du cadre juridique d'accueil auprès des investisseurs.

➤ **La Commission Nationale de lutte Contre la non transparence la Corruption et la Concussion (CNLNTCC)**

La Commission Nationale de Lutte contre la Non-transparence, la Corruption et la Concussion est une structure autonome par rapport aux pouvoirs publics, garantissant ainsi sa totale indépendance. Elle est chargée :

¹²⁵ Le CPI est une structure de taille réduite, composée de 28 Chefs d'entreprises, selon le schéma suivant :
- un tiers d'investisseurs sénégalais, un tiers d'investisseurs étrangers établis au Sénégal
- et un tiers d'investisseurs étrangers non établis au Sénégal.

Dans un premier temps, d'identifier les causes structurelles de la corruption et des incriminations connexes à ce délit.

Deuxièmement, de proposer toutes réformes législative, réglementaire ou administrative tendant à promouvoir une bonne gouvernance, y compris dans les transactions internationales.

Troisièmement, de recevoir les réclamations physiques ou morales se rapportant à des faits de corruption ou de délits connexes.

Enfin, d'initier toutes les diligences utiles sur le bien fondé de ces réclamations en permettant aux personnes ou organismes mis en cause de prendre connaissance des faits allégués et de présenter des observations sur les faits dénoncés, et en recueillant les déclarations de toute personne susceptible d'établir les faits en cause.

La Commission exerce ses missions sans préjudice de l'activité des juridictions. Lorsqu'elle estime disposer d'indications pouvant justifier l'ouverture d'une procédure judiciaire, elle transmet une note circonstanciée et des recommandations au Président de la République en précisant l'identification des personnes susceptibles d'être soumis à des poursuites.

La Commission, du point de vue de sa composition, compte dix (10) membres dont :

- Un président ;
- Trois (3) représentants de l'administration ;
- Trois (3) représentants de la société civile ;
- Trois (3) représentants du secteur privé et organisations socio-professionnelles.

Tout compte fait, la rénovation du cadre institutionnel de promotion des investissements ne s'est pas simplement limitée à la réforme des structures d'appui au développement de la productivité et de la compétitivité des entreprises nationales ou étrangères, ou aussi à la mise sur pied d'organes chargés d'améliorer l'environnement des affaires.

C'est ainsi que, dans sa dynamique de revitalisation du climat des investissements privés, le Sénégal a développé un nouveau cadre institutionnel réservé aux infrastructures, connus pour leur sensibilité dans l'attractivité des capitaux.

Conclusion :

La dernière grande réforme engagée par l'Etat se matérialise par des efforts d'adaptation des outils juridiques préexistants et la création de nouvelles structures favorables à l'instauration d'un climat incitatif des investissements privés, nationaux ou étrangers. Cette réforme à ses forces en vertu des avantages juridiques qu'elle peut consentir aux investisseurs privés. Elle offre également des possibilités juridiques multiples et variées pour élargir l'éventail de choix des investisseurs tant du point de vue des textes législatifs que du dispositif organique d'accompagnement. C'est d'ailleurs ce qui fonde son attractivité.

C'est donc pour ces raisons qu'il est possible d'affirmer que l'ensemble la législation sénégalaise est très attractive des investissements privés étrangers.

Toutefois, il faut relever quelques contraintes pouvant être analysés comme étant des obstacles à l'esprit d'investissement et d'entrepreneuriat dont les plus spectaculaires demeurent le secteur informel et la corruption

- Le Sénégal est caractérisé par un secteur informel très développé comme en atteste l'enquête « 1-2-3 » réalisée par l'Ansd¹²⁶ en 2003¹²⁷. D'après cette étude, le secteur informel occupe une place très importante dans les économies des pays en développement comme les nôtres. La contribution dudit secteur est évaluée à 60% du Produit intérieur brut (Pib) au Sénégal. Les animateurs du secteur sont cependant jusqu'ici rétifs à tout acquittement normal de leurs impôts, même dans le cadre de la Contribution globale unique (Cgu)¹²⁸ au moment où les entreprises du secteur formel sont astreintes à payer l'impôt. Ce constat fait que ce secteur informel, en constante évolution, demeure un véritable concurrent du secteur formel.
- La corruption, relevée quelque part dans le fonctionnement de la justice, peut aussi être un frein à l'arrivée des investisseurs étrangers qui craindront pour la sécurité de leurs capitaux.

La corruption est généralisée et affecte toutes les composantes de la justice ; des magistrats, greffiers et éléments de la police judiciaire en passant par les avocats¹²⁹.

Ainsi, si on veut faire d'avantage du Sénégal une destination cible des investisseurs étrangers il nous au moins corriger ces deux lacunes : assainir davantage notre administration en veillant beaucoup plus au gré sur la corruption mais aussi en essayant d'accompagner le secteur informel vers un processus de formalisation.

¹²⁶ Agence nationale de la statistique et de la démographie

¹²⁷ L'enquête a révélé que dans la seule région de Dakar, le secteur informel a produit, en 2002, 508,8 milliards de FCfa de biens et de services et a créé 356,3 milliards de FCfa de valeur ajoutée, soit 10,7% du Produit intérieur brut (Pib).

¹²⁸ Source : Journal sud quotidien du 24 novembre 2008, Fiscalité du secteur informel au Sénégal : le bois plus grand Fraudeur

¹²⁹ Dans le cas spécifique des avocats, le témoignage suivant est assez illustratif : « Faites le tour de certains cabinets le 31 décembre, vous verrez des cadeaux enveloppés destinés à des magistrats : des cravates, des parfums des ceci, des cela, c'est de la corruption ».

ESSAIS SUR LES CAUSES DE L'INEFFECTIVITE DU PRINCIPE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS DANS LES RAPPORTS ENTRE LE POUVOIR EXECUTIF ET LE POUVOIR JUDICIAIRE DANS LE SENEGAL POST ALTERNANCE.

Par Papa Fodé Kanté*

S'inspirant des principes démocratiques issus de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui prévoit que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution », ¹³⁰ et animé d'une volonté d'instaurer un État de droit, le Sénégal a consacré dans sa constitution du 22 JANVIER 2001 le principe de la séparation des pouvoirs. « La séparation et l'équilibre des pouvoirs conçus et exercés à travers des procédures démocratiques... » ¹³¹.

Le contenu de ce principe est extrêmement simple: « il ne faut pas dans un État remettre tous les pouvoirs à un même individu ou à un groupe d'individu, il faut les répartir entre des organes distincts ; attribué à des organes constitutionnels distincts l'exercice d'une fonction sociale spécifique ».

C'est de ce principe dont faisait état Montesquieu en affirmant que « lorsque dans une même personne ou le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté, parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement ». Ce principe, contrairement à une opinion très répandue, Montesquieu ne l'avait ni découvert ni inventé. En effet, la doctrine de la séparation des pouvoirs a été inventée par ARISTOTE, reprise par LOCK et systématisée par Montesquieu qui lui a donné son aura actuel. C'est d'ailleurs LOCK qui considérait que « ce serait provoquer une tentation trop forte pour la fragilité humaine, sujette à ambition que de confier à ceux la même qui ont déjà le pouvoir de faire les lois celui de les faire exécuter ». Ce principe si cher à Montesquieu est devenu le principe fondateur des démocraties modernes. Nul État aujourd'hui qui ne se réclame dans son organisation et fonctionnement de ce principe. Il permet de faire la distinction entre régimes dictatoriaux d'une part et régimes démocratiques d'autre part. Le gouvernement issu de l'alternance le 19 MARS 2000 au Sénégal ne fait pas exception à la règle, dans la mesure où le principe comme précédemment dit est consacré par la charte fondamentale.

Cependant, nonobstant la constitutionnalisation de ce principe, « qui est le degré le plus haut de sacralisation d'une norme », il existe de multiples limites à son application concrète. Cette absence de conformité entre les prescriptions de la loi et la réalité est plus regrettable et plus préjudiciable à l'État de droit et à la démocratie dans les rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaires. Cette situation peut être à l'origine de la réduction de la confiance, sentiment le plus partagé des sénégalais à l'égard des tribunaux. (les résultats des sondages d'Afrobaromètre de 2006 montrent que 58 % des Sénégalais avaient confiance

* Doctorant d'Etat en Droit public à l'Université Gaston Berger de Saint Louis du Sénégal.

¹³⁰ Article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

¹³¹ Préambule de la Constitution du 22 janvier 2001.

à la justice, les résultats des enquêtes du Round 4 de 2008 ont montré que seulement 46% des Sénégalais ont une confiance totale aux tribunaux). Désolant paradoxe car, à l'orée du changement démocratique de régime politique, les nouvelles autorités sénégalaises avaient manifesté leur ferme volonté de clore la page des dérives autoritaires et de l'exercice solitaire du pouvoir qui ont émaillé l'histoire politique de l'Afrique, des indépendances jusqu'aux années 1990 et qui subsistent encore dans certaines zones du continent. Ces dérives ont avec les difficultés économiques dans une large mesure contribué à la chute du parti socialiste Sénégalais après quatre décennies d'exercice du pouvoir. Fort de ces considérations, le leitmotiv du régime libéral était la consolidation des fondements de l'État de droit, gage de tout développement. Avec en premier lieu une justice indépendante et impartiale apte à rendre à chaque citoyen quelque puisse être sa position sociale, son obédience politique et ses convictions religieuses sa « *droiture* »¹³². C'est dans cette perspective que les autorités de la troisième république ont affirmé sans ambages l'importance du pouvoir judiciaire dans l'architecture institutionnelle du pays. A ce sujet, le président de la république Abdoulaye WADE affirmait à l'occasion de son discours de la rentrée solennelle des cours et tribunaux de 2005 que la justice « *assure un équilibre qui permet à l'ensemble des forces sociales de tenir leur place dans la confiance et la sécurité* ». Cette affirmation était en phase avec les exigences de l'État de droit et les aspirations des sénégalais à être gouverné autrement et mieux sur tous les plans (politique, économique et social). Une décennie après son accession à la magistrature suprême, le constat qui s'impose à tous les observateurs sur fonctionnement de la justice c'est que celle-ci du fait de nombreux facteurs notamment structurels et conjoncturels est en panne de crédibilité et peine à assurer son rôle de gardienne des droits et libertés des citoyens définis par la Constitution. Il existe un écart béant entre les dispositions Constitutionnelles et législatives sur le principe de la séparation des pouvoirs et l'indépendance du pouvoir judiciaire et leur application effective. Ce qui fait qu'aujourd'hui, la justice est au centre de vives polémiques, et fait l'objet de critiques acerbes de la part des justiciables, des politiques, des membres de la société civile et même de certains membres du corps judiciaire. Tant l'immixtion de l'exécutif dans le fonctionnement et la gestion de certains dossiers de l'institution judiciaire est flagrante. C'est dans cette perspective que l'affirmation de AUEUR est pertinente : « *l'État contemporain en récupérant le dogme politique de la séparation des pouvoirs l'a vidé de sa dimension d'équilibre des pouvoirs pour en faire une règle d'organisation purement formelle qui au demeurant n'empêche nullement une concentration des pouvoirs chez l'un ou l'autre des trois organes classiques* ».¹³³ Dans le contexte Sénégalais actuel, le pouvoir exécutif a supplanté le pouvoir judiciaire et exerce une grande influence sur lui. S'il est hors de doute que c'est dans l'effectivité des règles du principe de la séparation des pouvoirs que réside le respect et la consolidation d'un État de droit, c'est une lapalissade que de dire que pour l'approfondissement de la démocratie, il est impératif que l'indépendance entre les pouvoirs exécutif et judiciaire soit beaucoup plus garantie. Surtout que les conséquences du phénomène majoritaire font que deux principaux pouvoirs "s'opposent" réellement pour la sauvegarde des libertés dans l'État. Le pouvoir législatif étant devenu de facto du fait de notre système de collaboration des pouvoirs le soutien de l'exécutif. C'est dans cette perspective que monsieur Ibrahima DIALLO affirme que « *pour assurer un équilibre des pouvoirs au sein de l'État de droit et garantir les droits et libertés fondamentales des citoyens, l'intervention effective d'une justice indépendante est indispensable voire irremplaçable* »¹³⁴. Ainsi, dans un État qui se veut démocratique, régi par la primauté du droit, la justice doit constituer un rempart

¹³² Selon Ulpian dans les Institutes de Justinien, justice est volonté ferme et perdurable qui rend à chacun sa droiture. Il est cité par madame Sokhna TOURE ; conseiller à la Cour d'appel de DAKAR dans son discours de rentrée solennelle des Cours et tribunaux de novembre 1991, dans le droit de savoir numéro 8 : le pouvoir judiciaire au Sénégal face aux autres pouvoirs, publié par les éditions du CRAFTON, P9.

¹³³ A. AUEUR : le principe de la séparation des pouvoirs dans les États africains : l'exemple de la Constitution malgache de 1992 ; revue de droit des pays d'Afrique francophone, numéro 816 oct.-déc. 1994.

¹³⁴ Ibrahima , DIAOLLA , à la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle

contre les abus des autorités politiques en même temps qu'elle protège les citoyens contre les actions illégales dans l'exercice du pouvoir. Cette exigence de l'État de droit, fondement des démocraties modernes, est-elle une réalité dans le Sénégal d'après 19 MARS ?

Avant de répondre à cette question, des précisions sémantiques sur le sujet de notre réflexion s'imposent à l'abord.

Le Sénégal post alternance coïncide d'avec la période de l'an 2000 à nos jours qui est marquée par un changement démocratique de régime politique, constituant une nouvelle ère de la longue marche vers la consolidation de la démocratie.

Quant à l'alternance démocratique, selon le professeur Ibrahima FALL : « *c'est la faculté juridiquement organisée pour les partis politiques ayant des projets de société différents de se succéder au pouvoir par le jeu des règles démocratiques de dévolution et d'exercice du pouvoir fondé sur la souverain du peuple.* ¹³⁵»

Le pouvoir judiciaire quant à lui est celui qui dans l'État est chargé de trancher les litiges et de s'exprimer dans la constatation d'une situation légale. Le pouvoir exécutif est l'organe qui est chargé de l'exécution des lois par l'acte administratif. La doctrine de la séparation des pouvoirs est celle qui prône l'idée selon laquelle : pour garantir la liberté des citoyens dans l'État, chacun des trois pouvoirs doit être confié à des organes distincts et indépendants l'un de l'autre. L'ineffectivité quant à elle exprime ici un échec, une lacune, un défaut, un refus ou un désintérêt à l'application concrète du principe de la séparation des pouvoirs. Elle se mesure à l'aune de l'effectivité d'une autre norme qui traduit ici une application concrète du principe de la séparation des pouvoirs, conforme à sa lettre et à son esprit, c'est-à-dire à l'intention de son auteur. Autrement dit, c'est le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement ou encore le caractère d'une situation qui existe réellement. Cependant, entre la consécration formelle d'un principe fut-il universel et son application, il peut exister de nombreuses limites.

Ainsi, aussi effectif que puisse paraître le principe de la séparation des pouvoirs dans la théorie au Sénégal, il n'en demeure pas moins qu'il souffre de nombreuses exceptions dans la pratique. Notre préoccupation consistera par conséquent dans cet essai à dépasser les considérations théoriques afin d'essayer de nous prononcer concrètement sur les causes de l'ineffectivité de cette séparation des pouvoirs tant prônée mais qui, reste à l'état de simple principe à valeur purement politique. En effet, ce tares de la consécration du principe de la séparation des pouvoirs dans les rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire à pour origine un certain nombre de facteurs que nous appelons des causes structurelles d'abord, ensuite, les causes conjoncturelles. Les causes structurelles sont celles inhérentes à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir judiciaire qui est sous la tutelle d'un conseil supérieur de la magistrature et qui de par sa composition et ses attributions constitue un véritable limite à l'indépendance de la justice. Les causes conjoncturelles sont liées au contexte socio-politique d'après alternance et surtout à la conception que les nouvelles autorités ont des différentes institutions et de leurs rapports. C'est sur la base de ces considérations que nous allons à travers une double démarche voir d'abord les causes structurelles de l'ineffectivité du principe de la séparation des pouvoirs dans les rapports entre l'exécutif et le judiciaire dans le Sénégal post alternance (I) avant d'aborder les causes conjoncturelles de l'ineffectivité du principe de la séparation des pouvoirs dans le Sénégal post alternance (II).

¹³⁵ Ibrahima FALL: sous développement et démocratie multipartite, l'expérience sénégalaise-DAKAR-ABIDJAN NEA-1977-P70.

I- DES CAUSES STRUCTURELLES DE L'INEFFECTIVITE DU PRINCIPE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS ENTRE L'EXECUTIF ET LE JUDICIAIRE DANS LE SENEGAL POST ALTERNANCE

L'une des causes fondamentales de l'absence d'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis du pouvoir exécutif en Afrique en général et au Sénégal en particulier se situe au niveau même de son organisation institutionnelle. En effet, au Sénégal l'influence négative que l'exécutif exerce sur le conseil supérieur de la magistrature et qui se répercute sur l'indépendance des magistrats n'est plus à démontrer. La manière dont le conseil supérieur de la magistrature fonctionne fait de lui un organe dépourvu de toute indépendance. Pourtant, l'idée à la base de son érection était de garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire. Il se trouve qu'aujourd'hui, l'institution est dépouillée de sa mission originelle pour devenir une véritable limite à l'effectivité du principe de la séparation des pouvoirs. Seulement, avant de mettre en exergue ses limites, il importe de passer en revue ses missions originelles.

A- UN CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE EN DEPHASAGE AVEC SES MISSIONS ORIGINELLES

A l'origine de sa création en France, le rôle essentiel qui était dévolu au conseil supérieur de la magistrature était d'affranchir le pouvoir judiciaire de la tutelle et de la pression des pouvoirs politiques

a- DE PROTECTION DES MAGISTRATS CONTRE LES EVENTUELLES PRESSIONS DES POUVOIRS POLITIQUES

Selon le Professeur DEBBASCH : « *le conseil supérieur de la magistrature est une autorité administrative indépendante chargée de protéger l'indépendance des magistrats. Selon lui, l'indépendance de la justice c'est-à-dire l'absence de toute soumission des juges dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle à des pouvoirs extérieurs est une composante essentielle de l'État de droit* ¹³⁶ ».

Le conseil supérieur de la magistrature : institution héritée de la tradition politique Française a pour objectif déclaré de mettre les magistrats détenteurs de la « *puissance de juger* » à l'abri des tentations des pouvoirs politiques. Cependant, durant toute son évolution en France, l'exercice de sa mission n'a pas été une sinécure. Depuis sa naissance qui remonte à la III^e République, dans les années 1880, sa trajectoire est marquée par une période peu glorieuse car caractérisée par une magistrature sous la domination de l'empire. Mais, l'institution réapparaît sous les auspices de la Constitution de 1946 marqué par une ferme volonté de fonder une justice indépendante des pouvoirs politiques. Cependant, l'institution bute sur une forte composition (6 membres élus pour 6 ans par l'assemblée nationale, 2 par le Président de la République et 4 membres élus par le corps judiciaire) politique dont elle subie les pressions. C'est en 1958, pour rétablir la continuité de l'État républicain et lui donner une magistrature digne de lui que la Constitution de la V République a instituée l'actuel conseil supérieur de la magistrature pour assister le chef de l'État, chef de voûte des institutions dans sa mission constitutionnelle de garant de l'équilibre et de l'indépendance des différentes institutions. C'est cette 3^e naissance qui a fortement inspirée les législateurs de plusieurs pays d'Afrique francophone à l'indépendance notamment, celui Sénégalais. Ainsi, de par ses compétences, le conseil supérieur de la magistrature est le seul organe qui

¹³⁶ DEBBASCH, C, L'indépendance de la justice, in mélanges en l'honneur de Louis DUBOIS: au carrefour des droits, Paris, DALLOZ, 2002.

peut prononcer des sanctions disciplinaires contre les magistrats et est seul chargé de la nomination et de l'avancement de ces derniers sans dépendance aucune vis-à-vis d'hommes politiques fussent-ils membres d'un gouvernement. L'objectif première du législateur est de faire en sorte que les magistrats ne soient pas liés dans l'exercice de leur mission de gardiens des libertés individuelles à l'influence d'une quelconque autorité politique. C'est ainsi que pour diminuer la pression de l'exécutif sur les magistrats que la législation ne donne au Président de la République la possibilité de siéger au conseil supérieur de la magistrature qu'en matière de nomination. De la même manière, en matière disciplinaire, la formation du conseil supérieur de la magistrature siège au palais de justice sur la présidence de ses membres de droit magistrats. Les autorités exécutives sont catégoriquement exclues de sa composition dans le but d'assurer la tranquillité des juges vis-à-vis de leur autorité de nomination ou de leur supérieur hiérarchique pour les procureurs de la République.

Selon le Professeur PACTET, « sur le plan juridique, l'indépendance des juges peut être garantie ... en confiant le contrôle de leur avancement à un organe indépendant du gouvernement et largement corporatif ». C'est sur la base de ces considérations que le conseil supérieur de la magistrature a été créé en France par la Constitution de 1946 et maintenu par les articles 64 et 65 de la Constitution actuelle c'est-à-dire celle du 4 octobre 1958. C'est la même logique qui est à la base de la reprise de l'organe par le législateur Sénégalais au lendemain des indépendances. Mentionné par l'article 90 de la Constitution du 22 janvier 2001, le conseil supérieur de la magistrature fait l'objet quant à son organisation et son fonctionnement de l'ordonnance n° 60-16 du 3 septembre 1960 modifiée par la loi organique n°92-26 du 30 mai 1992 et par la loi n° 2008-36 du 8 août 2008. Selon l'article premier de cet ordonnance, le conseil supérieur de la magistrature est présidé par le Président de la République et le ministre de la justice en est le vice président. Le conseil comprend des membres de droit et des membres élus. L'article 2 de l'ordonnance susvisée en déclare membre de droit : le président du conseil d'État, le premier président de la Cour de cassation et le procureur général près la même Cour, les premiers présidents de Cours d'appel et les procureurs généraux près lesdites Cours. Avec la réforme judiciaire supprimant le conseil d'État et instituant la Cour Suprême par la loi organique n° 2008-35 du 7 août 2008, c'est le premier président de la Cour Suprême, le procureur général près la dite Cour, les premiers présidents de Cours d'appel et les procureurs généraux près les dites Cours qui sont membres de droit de l'institution. L'article 3 du même texte dispose que le conseil comprend, en outre trois membres élus pour quatre ans par leurs pairs parmi les magistrats. Sont élus dans les mêmes conditions que les titulaires trois membres suppléants. Pour garantir l'indépendance des magistrats, leur nomination à divers postes à responsabilité, leur avancement, et leur discipline relèvent de la compétence du conseil supérieur de la magistrature. Cependant, le constat est que de par sa composition, le conseil supérieur de la magistrature dans l'exercice de sa mission présente des lacunes qui le détournent de sa mission originelle de garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

b: DE GARANT DU FONCTIONNEMENT NORMAL DE LA JUSTICE

Le conseil supérieur de la magistrature est le principal organe de désignation des magistrats. Leur nomination à divers postes de responsabilités, leur avancement et leur discipline relèvent de sa compétence. En matière de nomination, le conseil supérieur de la magistrature se réunit sur convocation du chef de l'État ou, le cas échéant, du garde des Sceaux. Il est alors présidé par celui-ci ou en cas d'empêchement, par celui-ci, C'est le ministre de la justice qui formellement propose un candidat à la nomination au vu d'un rapport fait par un membre qui aura étudié le dossier administratif de l'intéressé et aura formulé des recommandations sur son aptitude à exercer la fonction judiciaire. L'organe

émet son avis purement consultatif : (c'est-à-dire que ses recommandations ne lient pas l'autorité de nomination) sur les propositions de nomination qui lui sont soumises par le ministre de la justice.

A la délibération, la voix de l'autorité présidant le conseil, c'est-à-dire le Président de la République ou le ministre de la justice est prépondérante en cas de partage des voix. Lorsqu'aux termes des délibérations, il apparaît que le conseil s'est prononcé pour la nomination d'un magistrat à un poste déterminé, cette nomination ne sera juridiquement établie que lorsqu'elle est habilitée d'un décret. C'est par conséquent le Président de la République en sa qualité de gardien de la Constitution, chef suprême de la magistrature et garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire qui entérine la procédure de nomination. Il officialise au sens juridique du terme la nomination des magistrats à divers postes de responsabilités. Cependant, tout au long de la procédure, le conseil doit veiller en outre à ce que les nominations obéissent d'une part à la règle de l'impartialité, ce qui est une garantie de l'indépendance des magistrats, et d'autre part aux critères de probités et de cursus professionnel qui constituent un gage de la qualité des magistrats dans l'exécution de leurs tâches. En effet, la principale garantie de l'indépendance des magistrats se trouve dans le processus de leur nomination. L'intervention du conseil, organe technique de désignation et de régulation de la carrière des magistrats sert en principe à soustraire le processus de leur nomination de l'emprise de l'exécutif et donc de le mettre à l'abri des influences politiques. Le conseil supérieur de la magistrature est l'instrument de régulation du service public de la justice. Car, comme le montre les faits, la nomination des magistrats par le conseil uniquement ne garantit guère une totale indépendance de ceux-ci. C'est dans ce cadre qu'une présence effective de celui-ci dans la gestion de leur carrière est promue. En effet, dans l'exercice de leur fonction, les magistrats sont soumis à un certain nombre d'obligations du fait de l'éminence de leur fonction et de la gravité des décisions qu'ils prennent. Ces obligations sont d'ordres professionnels le plus souvent et vont des incompatibilités aux interdictions. En effet, la quête d'indépendance de sérénité et d'impartialité inhérente à la «¹³⁷ fonction de juger » explique les dispositions de la loi numéro 92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats en son article 9, modifiée par la loi numéro 2005-21 du 5 Août 2005 qui stipule que « *les fonctions judiciaires sont incompatibles avec toute activité publique ou privée* ». En effet, la place éminemment importante qu'occupe le juge dans la société fait qu'il doit être dans une position telle que les décisions qu'il aura à rendre soient exemptes de toutes reproches. C'est ainsi que l'article 13 de la loi précitée stipule que « *ils ne peuvent se prononcer dans la connaissance personnelle 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* ». Dans le souci de garantir cette neutralité et éviter toute tentative de corruption, « *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 garde des Sceaux, ministre de la justice suivant les règles établies aux articles 27 et suivant du présent statut* ». Étant donné que la conséquence du caractère obligatoire d'une norme juridique est la sanction de son non respect, tout magistrat qui ne respecterait pas les exigences de son statut en répondra devant les autorités compétentes. C'est ainsi que l'article 15 de la loi précitée stipule que « *tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire* ». Et le conseil supérieur de la magistrature est la seule autorité, en vertu des prérogatives que lui confère la loi apte à contrôler et à sanctionner la conduite d'un magistrat en cas de mauvaise conduite. Selon les dispositions de la loi 92-27 du 30 mai 1992 portant statut

¹³⁷ MONTESQUIEU, de l'esprit des lois 1748.

des magistrats modifiée « Le conseil supérieur de la magistrature est compétent pour les nominations, les mutations et les déplacements des magistrats. Il est le conseil de discipline de tous les magistrats. » C'est ce qui se dégage des propos de Wilfrid MBILAMPINDO quand il affirme que: « C'est à travers ses attributions en matière disciplinaire et d'administration de la carrière des magistrats que le conseil détient véritablement un pouvoir décisionnel »¹³⁸. En effet, le conseil est l'autorité disciplinaire unique des magistrats. Il est placé sous la présidence du premier président de la Cour Suprême et du procureur général près la dite Cour. Il a toute la liberté pour prononcer l'une des sanctions prévues par le statut des magistrats. En matière disciplinaire, le conseil supérieur de la magistrature a le caractère d'une juridiction souveraine : sa décision n'est susceptible d'aucun recours. Les sanctions à l'égard d'un magistrat fautif en dehors des avertissements que peuvent donner les chefs de Cours aux magistrats placés sous leur autorité sont diverses et vont de la réprimande à la révocation. Et comme tout fonctionnaire, les infractions commises par les magistrats sont pénalement sanctionnées. La responsabilité pénale d'un magistrat est engagée en cas de détournement de deniers publics, de concussion, de corruption ou d'abus d'autorité. Elle peut aussi être engagée en cas de détention arbitraire. Les compétences en matière disciplinaire s'exercent conformément au statut de la magistrature ; il n'en demeure pas moins qu'en sa qualité d'organe de désignation, il lui appartient d'apprécier le comportement fautif susceptible de justifier une sanction à l'encontre de l'agent en cause.

B : LES LIMITES DU CSM DANS L'EXERCICE DE SA MISSION ORIGINELLE

Il s'agira ici d'analyser les limites du conseil supérieur de la magistrature dans l'exercice de sa mission de garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire à travers d'abord sa composition (a) ensuite du point de vue de ses attributions (b)

a : DU FAIT DE SA COMPOSITION

Bien que le principe d'indépendance du pouvoir judiciaire soit consacré dans la Constitution de 2001 en son article 88, l'effectivité de ce principe laisse à désirer du fait de la l'indépendance douteuse du conseil supérieur de la magistrature. En effet, selon les observations tirées du rapport d'enquête d'**Afrimap** (le projet pour l'observation et le plaidoyer sur la gouvernance en Afrique, un programme de la fondation **OSISA** (Open Society Initiative for Southern Africa) publié en 2007, effectuée dans 6 pays africains : (Bénin Mozambique ,Sénégal,Afrique du Sud ,Malawi et Ghana): le Sénégal est l'exemple type du pays où le contrôle de l'exécutif sur le conseil supérieur de la magistrature a une influence négative sur l'indépendance du pouvoir judiciaire. En effet, en vertu de l'ordonnance numéro 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 n°92 -26 du 30 mai 1992 et par la loi n° 2008-36 du 8 août 2008, le Président de la République et le ministre de la justice, sont au dessus des membres composant le conseil supérieur de la magistrature. La loi organique sur le conseil supérieur de la magistrature précitée dispose que : le conseil supérieur de la magistrature est présidé par le Président de la République. Le garde des Sceaux, ministre de la justice est le vice président. Ces deux personnalités de l'exécutif jouent les premiers rôles dans l'administration de l'organe qui assure la carrière des magistrats. En tant que président et vice président, soit c'est le Président de la République qui convoque les réunions du conseil , soit c'est le ministre de la justice .C'est ce qui ressort des dispositions du décret 92-918 du 17 juin 1992 qui stipule que « le conseil supérieur de la magistrature se réunit au palais de

¹³⁸ W.MBILAMPINDO, l'institution d'un conseil supérieur de la magistrature au CONGO, in revue juridique et politique des pays d'Afrique francophone, N P310.

la République sur convocation de son président ou, en cas d'empêchement de ce dernier, de son vice président le garde des Sceaux ministre de la justice. Le conseil supérieur de la magistrature en dehors du Président de la République et du ministre de la justice est composé d'autres membres de droit que sont le premier président de la Cour Suprême, le procureur général près la Cour Suprême, les premiers président de Cours d'appel et les procureurs généraux près les Cours d'appel. En dehors des membres de droit, il y'a trois magistrats élus par leurs pairs pour quatre ans avec des suppléants élus dans les mêmes conditions que les titulaires. La composition du conseil est fortement critiquée au Sénégal par une large section des magistrats qui pensent qu'elle menace l'indépendance du pouvoir judiciaire. Et qu'elle fait du CSM un organe non représentatif des magistrats. Dans un entretien accordé à la presse dès sa nomination à la tête de l'union des magistrats du Sénégal, le juge NIANG, conseiller à la Cour des comptes, a indiqué qu'une des priorités de son programme serait d'obtenir le réexamen de la composition du conseil supérieur de la magistrature, afin de rendre majoritaire les membres élus par leurs pairs. Selon lui, pour que le CSM puisse jouer son rôle, « *les magistrats élus doivent être majoritaires, dans la mesure où ce sont eux qui reflètent la diversité au niveau de la magistrature.* » L'idéal serait pour lui de couper le cordon ombilical entre le CSM et l'exécutif. Il a déclaré à la radio privée Radio Futurs Médias (RFM) le 19 Août 2007 que puisque « *le Président de la République ne peut pas être chef de l'assemblée nationale ni du sénat* » par principe et pour assurer une indépendance effective des magistrats « *il ne peut être le chef du pouvoir judiciaire à travers le conseil supérieur de la magistrature.* » Devant l'évidence de ces propos, il faut noter que la composition uniquement ne constitue pas la seule limite de cette institution dans l'exercice de sa mission. Ses attributions sont aussi de sérieuses lacunes.

b: DU FAIT DE SES ATTRIBUTIONS

En réalité, un nombre important de compétences ayant une influence directe sur la carrière des magistrats comme la nomination sont exercées directement par l'exécutif. Dans ce cadre, le CSM subit les influences des membres de l'exécutif, ce qui conduit à vider de son contenu le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire. En matière de nomination par exemple, le CSM statue dans un premier temps sur la proposition de nomination du ministre de la justice, dans un second temps, il est confronté à la prépondérance de la voix de l'autorité exécutive qui préside le CSM. Après adoption de la proposition par le conseil supérieur de la magistrature, c'est le Président de la République qui détient les prérogatives d'entériner par décret le choix du CSM. C'est donc en réalité à une véritable « tutelle de l'exécutif » que la loi soumet le pouvoir judiciaire au Sénégal. C'est d'ailleurs ce qui fait dire au président de l'UMS que le CSM est incompatible avec le principe de la séparation des pouvoirs dont le respect aurait signifié « *qu'il n'y ait pas de mécanisme de tutelle d'un pouvoir sur un autre. Les pouvoirs dans le principe constitutionnel, sont indépendants et séparés.* » Seulement, la pratique montre que les procédures de délibération et de vote au sein du CSM ne sont souvent que de simples formalités dont les autorités exécutives présidant le CSM s'en passent parfois lorsqu'il s'agit de nommer ou de promouvoir des juges pour des raisons purement politiques. Selon le rapport de JURISCOPE, intitulé le statut particulier des magistrats et le régime de la magistrature au Sénégal, 1997, p6 : « *tantôt le Président de la République faisant suite au rejet manifesté par le CSM d'une proposition de nomination du garde des Sceaux, ministre de la justice s'est gardé de nommer le magistrat proposé, tantôt le Président de la République malgré l'avis favorable des membres du CSM n'a pas donné suite à la nomination de magistrats proposés.* » Sur les mutations également, le degré de contrôle attribué à l'exécutif sur le CSM est tel que pratiquement toutes les décisions de ce dernier en matière de mutation et de déplacement des juges font l'objet des suspicions. C'était le cas en février 2007 lorsque Mme DIAKHATE,

juge d'instruction au tribunal régional de DAKAR a été muté par le garde des Sceaux sur avis conforme du CSM à la Cour de justice de l'UEMOA. En ce moment elle s'occupait de l'affaire des chantiers de l'ANOCI (agence nationale pour l'organisation de la conférence islamique dirigé par Karim WADE fils du Président de la République) dont le secrétaire général de la présidence était impliqué. La persistance des rumeurs sur les motivations politiques de cette mutation avait même conduit le ministère de la justice à faire un communiqué de démenti sur son site officiel. (<http://www.justice.GOUV.sn/actualités.php>)

II : DES CAUSES CONJONCTURELLES DE L'INEFFECTIVITE DU PRINCIPE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS DANS LES RAPPORTS ENTRE L'EXECUTIF ET LE JUDICIAIRE

La situation actuelle de non respect du principe de la séparation des pouvoirs entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire n'est un secret pour personne dans le Sénégal post alternance. Toutes les forces vives de la société, de La classe politique, à la société civile, en passant par des membres du corps judiciaire aux simples citoyens l'ont reconnu et décrié. Ce qui fait que « *depuis quelques années, la justice est au centre d'une vaste problématique et au milieu de nombreuses polémiques* ¹³⁹ ». Les études de l'ONG RADI (réseau africain pour le développement intégré) publiées récemment et effectuées dans les zones urbaines des régions de THIES, DAKAR, KAOLACK et SAINT-LOUIS nous renseigne tant soit peu sur la perception négative que les Sénégalais ont de leur justice. Seulement, il faut reconnaître que cette situation ne date pas de l'avènement de l'alternance politique survenu au Sénégal en 2000. Elle est le fruit d'une longue évolution qui à ses soubassements dans l'organisation même du service public de la justice que nous décrivions à l'abord comme étant les causes structurelles de l'ineffectivité de la séparation des pouvoirs. Cependant, même si le nouveau régime peut être exonéré de reproches en ce sens, il n'en demeure pas moins responsable de la « *crédibilité des juges qui est sérieusement battue en brèche* ¹⁴⁰ » après dix ans d'exercice du pouvoir. Cette situation est due en grande partie à l'absence d'une conception claire du principe de la séparation des pouvoirs surtout des autorités exécutives, (A) condition sine qua non de l'existence d'un État de droit. Mais aussi, c'est le résultats d'un mauvais entendement de la notion d'institution (B) base de toute démocratie.

A- L'ABSENCE D'UNE CONCEPTION CLAIRE DU PRINCIPE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS TEL QUE CONSACRE PAR LA CONSTITUTION

Un des critères d'appréciation des régimes démocratiques et de l'existence d'un État de droit : c'est le principe de la séparation des pouvoirs. Ce principe si cher à MONTESQUIEU est érigé en principe constitutionnel au Sénégal. C'est à dire qu'il s'impose à toutes les autorités politiques, administratives et juridictionnelles qui par ailleurs doivent veiller à son observation stricte à travers le respect des dispositions constitutionnelles. Seulement, le constat qui s'impose à tout observateur dans le contexte Sénégalais de l'alternance, c'est que la Constitution, loin de sa mission de gardienne des libertés et d'organisation des pouvoirs est considérée comme une règle d'organisation purement formelle. Ce qui à des conséquences négatives sur la sécurité juridique et la liberté des citoyen en général et sur l'indépendance du pouvoir judiciaire particulièrement. Cette banalisation de la Constitution ne vise en particulier qu'à pérenniser un régime.

¹³⁹ Pr Demba SY, la condition de juge en AFRIQUE: l'exemple du Sénégal, revue AfrilexN°3, Juin 2003.

¹⁴⁰ Alioune Badara FALL, le juge, le justiciable et les pouvoirs publics, revue AfrilexN°3, Juin 2003.

a- LA CONSTITUTION UNE REGLE D'ORGANISATION DES INSTITUTIONS PUREMENT FORMELLE

Aux termes de l'alinéa premier de l'article 88 de la constitution Sénégalaise du 22 janvier 2001 qui jette les bases de la troisième République et ouvrant une nouvelle page de l'histoire politique et institutionnelle du Sénégal : « *le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif* ».

En consacrant sans ambiguïtés cette vieille disposition des constitutions précédentes, les nouvelles autorités Sénégalaises n'ont fait que confirmer une tradition ancienne qui marque l'attachement du Sénégal aux idéaux issus de la pensée de Montesquieu et aux principes démocratiques affirmés par la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, base de la philosophie libérale. En effet, Après la chute des régimes communistes, le seul système qui prévaut aujourd'hui est la démocratie libérale dont le fondement est la liberté individuelle et la légalité juridique. C'est ce régime politique qui permet de nos jours à faire la distinction entre régimes démocratiques d'une part et régimes dictatoriaux d'autre part. Le Sénégal comme bon nombre de pays en Afrique et à travers le monde s'en réclame à tort ou à raison. En effet, une chose est de consacrer une philosophie politique ou un principe général du droit et une autre est de veiller à son application effective par le respect de la Constitution, charte fondamentale qui domine et organise la hiérarchie des règles juridiques dans l'État. Dans le Sénégal post alternance, le non respect des prescriptions de la Constitution par les plus hautes autorités, ceux la même qui ont été à la base de son adoption semblent être la règle et son respect l'exception. En effet, la preuve de violation de l'autorité de la chose jugée et du principe de la séparation des pouvoirs, la plus notoire des dispositions constitutionnelles nous est venue du Président de la République, chef de l'exécutif, gardien de la Constitution. En effet, un an après son accession à la magistrature suprême, le chef de l'État a outre passé ses prérogatives en adressant une correspondance au conseil constitutionnel, la plus haute juridiction du pays dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours en vertu de la loi, pour des explications. Et cela suite à une décision rendu parle conseil à l'orée des élections législatives de 2001, défavorable à son parti. Cette attitude d'immixtion officielle du politique sur le fonctionnement de la justice était à notre connaissance demeurée inédite au Sénégal avant l'alternance. Et elle est d'autant plus déplorable qu'elle pouvait influencer les décisions futures des différentes autres institutions judiciaires en vertu du poids politique important du Président de la République et de ses prérogatives en matière de nomination des hauts magistrats. Plus regrettable encore parce qu'elle renseigne sur la conception que la plus haute autorité du pays, chef de l'exécutif a de ses rapports avec le pouvoir judiciaire malgré les dispositions claires et précises de la Constitution qui dispose en son article 90 que « les juges ne sont soumis qu'à l'autorité de la loi dans l'exercice de leur fonction ». Cette attitude du chef de l'État à l'égard de la juridiction chargée de la régulation de la vie politique sur la base de la Constitution contribue à saper les fondements de l'État de droit, car totalement contre l'esprit et les valeurs cardinales du constitutionnalisme moderne qui reconnaît à la norme suprême sa place privilégiée d'organisation des pouvoirs et de régulation de leurs rapports. La seconde affaire qui a fait l'objet de beaucoup de controverses pour avoir laissée une forte impression d'immixtion de l'exécutif dans le judiciaire, mais aussi un sentiment de non respect de la constitution, c'est l'affaire des poursuites pour tortures en 2000 contre l'ancien président du TCHAD Hissein Habré. Ce procès n'a jusqu'à présent pas eu lieu et cela, malgré l'insistance de la communauté internationale et de certaines associations de défense des droits de l'homme. En effet, au sortir de la réunion du conseil supérieur de la magistrature du 30 juin 2000, la première présidée par le chef de l'État quatre mois après son élection, il a été décidé de

muter le juge Demba KANDJI de son poste de juge d'instruction alors qu'il était en charge de l'affaire des poursuites pénales contre Habré alors que l'instruction était en cours. Au cours de la même réunion, il a été décidé de promouvoir le président de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de DAKAR, monsieur DIAKHATE comme juge au conseil d'Etat, alors que cette chambre d'accusation était saisie de l'appel de Habré contre son inculpation et cela trois jours avant qu'elle ne rende sa décision. Bien que ces décisions de mutation étaient juridiquement légales car prévues par le statut des magistrats même si elles portent un sérieux coup au principe de l'inamovibilité des magistrats du siège. Elles font planer de sérieux doutes sur leur opportunité, d'autant plus qu'elles sont intervenues quelques jours après que le principal avocat de Habré, Madické NIANG actuel ministre des affaires étrangères du Sénégal avait accepté le poste de conseiller juridique du Président de la République. Même si on excepte pour des raisons de rigueur scientifique tout jugement de valeur sur une possible tentative de l'exécutif à influencer le fonctionnement du pouvoir judiciaire dans cette affaire, c'est la question de l'application stricte des dispositions constitutionnelles qui est encore en jeu, car n'étant pas encore dénoué. En effet, le Sénégal ayant signé et ratifié en 1986 la convention internationale contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 qui autorise tout État parti à exercer sa juridiction aux infractions en cause, quels que soient le lieu de leur commission ou la nationalité de leur auteur, se devait purement et simplement de respecter les dispositions de sa Constitution et ses engagements vis-à-vis de la communauté internationale. La troisième affaire qui a renforcé le doute sur l'immixtion de l'exécutif dans le fonctionnement de la justice est celle dite des chantiers de la corniche OUEST de DAKAR. En effet, cette histoire de corruption impliquait le secrétaire général du gouvernement de l'époque, actuel ministre des forces armées : monsieur Abdoulaye BALDE. En février 2007, la juge d'instruction Seynabou NDIAYE DIAKHATE du Tribunal Régional de DAKAR qui s'occupait de l'affaire a été mutée de ce poste par le ministre de la justice sur avis conforme du CSM pour être nommée à la Cour de justice de L'UEMOA. Cette décision de mutation a fait l'objet de beaucoup de débats et les rumeurs sur les motivations politiques de cette décision étaient tellement persistantes et embarrassantes que le ministère de la justice a été obligé de publier un communiqué pour lever tout soupçon. Seulement comme l'affirmait un grand juriste : « *Dans la mesure où les gouvernants trouvent dans la constitution, le fondement de la légitimité de leur autorité, ils ne peuvent s'en affranchir sans compromettre la régulation de leur décision* ». Retrouver de la crédibilité et donner une légitimité à leur décision dans ce contexte de suspicion, nécessite de la part des autorités exécutives la production d'une démocratie « substantielle ou sociale »¹⁴¹. Afin de prendre en charge les vraies aspirations des populations et ne pas confiner la Constitution au rôle d'un simple instrument de pérennisation d'un régime

b- LA CONSTITUTION UN INSTRUMENT DE PERENNISATION DU REGIME

L'avènement de l'alternance après quarante années de règne du régime socialiste avait suscité beaucoup d'espoir aux Sénégalais qui aspiraient à être gouvernés autrement et mieux dans tous les secteurs.

C'est dans cette perspective qu'après avoir ouvert les portes du palais de la République à Wade, les Sénégalais ont plébiscité la Constitution qu'il leur avait soumise, dans le but légitime de lui donner les moyens juridiques d'application de sa politique. Quelques semaines auparavant, le 1er Avril 2000, du haut des tribunes du stade du président SENGHOR, à

¹⁴¹ Babacar, KANTE: les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique, in mélanges en l'honneur de Jean GICQUEL, Constitutions et pouvoirs, Montchrestien, 2008.

l'occasion de son discours d'investiture, il affirmait sa volonté et sa détermination non seulement à « respecter et à faire respecter » les dispositions Constitutionnelles mais, il ajoutait que « *l'ère de l'exercice solitaire du pouvoir est terminée en Afrique. Commence la République des citoyens* »¹⁴². Une décennie après, les multiples tripatouillages dont a fait l'objet, la Constitution de la troisième République du Sénégal ne sont pas conformes à l'esprit de démocrate dont se prévalait le Président WADE. La Constitution apparaît comme un instrument du régime libéral, une norme taillée à la mesure du chef de l'État, au service de son parti ou de sa coalition avec pour finalité principale la pérennisation de son pouvoir. Son rôle d'organisation et de régulation des rapports entre les différents pouvoirs de même que sa mission de garante des libertés individuelles des citoyens et reléguée en seconde position. Les nombreuses révisions et modifications sans fondements idéologiques ni objectifs de satisfaction de l'intérêt général, ou de consolidation de la démocratie et de l'État de droit dont elle a fait l'objet en sont une parfaite illustration. En effet, depuis l'avènement de l'alternance en 2000, il ne se passe pas une semaine sans qu'un projet de lois déguisé en proposition sous le label d'un député de la majorité ne soit soumis à l'appréciation de l'assemblée nationale qui l'adopte sans états d'âme quelque puisse être ses visés et la motivation de son auteur. La question de la légitimité ou de l'opportunité d'une révision constitutionnelle ne se pose guère avec le régime issu de l'alternance pourvu que cette dernière permette soit de mettre les atouts de son côté en vue de remporter une bataille électorale¹⁴³, de satisfaire un clientélisme politique¹⁴⁴ ou de neutraliser un adversaire devenu encombrant¹⁴⁵. Les illustrations les plus évidentes sont la modification de l'article 33 de la Constitution à la veille des élections présidentielles de 2007. Cet article conditionnait en effet l'élection du Président de la République au premier tour à la double condition que le candidat arrivé en tête ait obtenu la majorité absolue des suffrages exprimés, représentant au moins le quart des électeurs inscrits. Le chef de l'État, redoutant qu'une faible participation des populations au scrutin pour diverses raisons (notamment un désintérêt et un désengagement des citoyens vis-à-vis des politiques qui sont peut-être pénétrés par la volonté de respecter leurs engagements vis-à-vis de leurs mandataires) lui prive de sa victoire éventuelle pose cet acte de défiance au législateur et à l'opposition qu'il réussit d'ailleurs de fort belle manière en remportant le scrutin. Quatre mois auparavant, c'est-à-dire le 12 Février 2007, soit 7 années après son élection à la magistrature suprême, le chef de l'État a modifié la Constitution pour réintégrer le sénat, deuxième chambre du parlement dans le dispositif institutionnel du pays. Pourtant, il avait fait de la suppression de cette institution qu'il considérait comme un instrument de satisfaction de la clientèle politique de l'ancien régime, donc budgétivore et sans rendement un argument de campagne. Peu après son élection, il l'avait supprimé avant de changer d'avis. Voulant se débarrasser de l'ancien baron du parti socialiste Mbaye Jacques DIOP rallié au PDS entre les deux tours de l'élection présidentielle qui n'entrait plus dans son schéma politique et qui refusait de démissionner, le chef de l'État a fait adopter en conseil des ministres un projet de loi de suppression du CRAES, l'institution de consultation qu'il dirigeait (conseil de la République pour les affaires économiques et sociales), voté par l'assemblée nationale le 26 Novembre 2007. De la même manière le 19 Février 2007, à quelques jours de l'élection présidentielle, la loi constitutionnelle numéro 2007-19 du 19 Février 2007 modifiant l'article 34 de la constitution fut adoptée. A l'époque, l'ex premier ministre, candidat au scrutin s'était réconcilié d'avec le Président WADE après 7 mois d'emprisonnement. Dans la mesure où les dispositions constitutionnelles en question

¹⁴² Abdoulaye WADE, Président de la République du Sénégal, discours de son investiture le premier Avril 2000.

¹⁴³ Report des élections législatives du 25 février 2006 jusqu'au 27 février 2007 pour couplage avec le scrutin Présidentiel pour venir en aide aux sinistrés des inondations de l'époque selon le régime. Stratégie politique pour mieux s'organiser selon l'opposition.

¹⁴⁴ Modification de la Constitution le 12 février 2007 pour reconduire le Sénat que le Président de la République lui-même considérait comme inutile et coûteux du temps du parti socialiste et servait uniquement à satisfaire une clientèle politique.

¹⁴⁵ Projet de loi de suppression du CRAES adopté en conseil des ministres et voté par l'assemblée nationale le 26 Novembre 2007.

disposaient que le retrait d'un candidat en cours de campagne entraîné automatiquement le report de l'élection, la révision visée le retrait de SECK du scrutin sans entraîner son report. C'est Cette cascade de révisions uniquement basées sur des tactiques politiques en vue de satisfaire un « *bétail politique* » pour ne citer que celles-ci qui font que le professeur Ismaïlia Madior FALL parle de « *pathologie du révisionnisme constitutionnel* » qui selon lui démontre une fois encore si besoin en est qu'en Afrique et au Sénégal, « *l'idée de Constitution n'est pas sociabilisée* ». Cette situation qui n'est rien d'autre que du détournement d'impératifs et de l'abus de pouvoir notoire nous fait penser avec Assane THIAM que « *le Sénégal n'est pas un État de droit au dessus de toute critique. Et que la règle de droit y est moins perçue comme un absolu à respecter que comme le reflet d'un rapport de force qui peut être modifiée au gré des circonstances*¹⁴⁶ ».

B- L'ABSENCE D'UNE CONCEPTION CLAIRE DE LA NOTION D'INSTITUTION

Dans toutes les démocraties modernes, « le but de toute association politique est la garantie des droits et libertés des citoyens et la satisfaction de leurs exigences. L'idée d'État s'inscrit dans cette perspective. Ainsi, Les moyens matériels, humains et juridiques colossaux mis à la disposition des dirigeants dans l'exercice de leur fonction leur sont délégués par le peuple, et ne se justifient que par le but qu'ils permettent d'atteindre. Malheureusement cette conception de l'État institution et souvent occultée par certains gouvernants qui confondent leur personne à l'institution qu'elles incarnent d'où les tendances à la patrimonialisation du pouvoir politique, phénomène courant dans le Sénégal post alternance.

a- la patrimonialisation du pouvoir exécutif

Le pouvoir institutionnalisé qui est le mode d'organisation de nos États modernes aménage d'une manière claire et précise les modalités de dévolution et d'exercice du pouvoir politique. Ses règles différencient la personne de celui qui exerce le pouvoir et de celles qui en sont les détenteurs originels : c'est à dire le peuple . Ce mode d'organisation du pouvoir garantit le mieux les droits et libertés des citoyens et est plus à même de refléter l'idée d'institution au service de la satisfaction de l'intérêt général dont l'État est porteuse. Les personnes investies de cette mission en premier lieu le Président de la République ne sont que des agents du pouvoir mandatés par la collectivité pour traduire leurs aspirations en réalité. Ils se retireront une fois la délégation terminée car la structure en question est appelée à demeurer alors qu'elles ne sont que passagères. « *Les hommes passent et les institutions demeurent* ». C'est cette acception de l'État institution, qui fait dire au professeur () « *qu'une institution est une entreprise au service d'une idée, organisée de telle manière que l'idée placée à l'origine de l'institution dispose de puissance et d'une durée supérieure à celle des individus pour lesquels elle existe*¹⁴⁷ ». Ici, la notion de pouvoir est une fonction. Cette conception diffère de celle que semble adopter le Président WADE, c'est-à-dire celle où le pouvoir est considéré comme une propriété personnelle de celui qui l'exerce et qui met « *l'État à son service au lieu de se mettre au service de l'État* ». Le pouvoir libéral a en effet du mal à se forger une âme de démocrate dans la mesure où, tout ce qu'il dénonçait au temps du régime socialiste (érection d'institutions budgétivores comme le Sénat et le conseil économique et social, dilapidation des deniers publics pour le financement des activités du parti ... sans aucun impact positif sur la consolidation de la démocratie et le bien être des populations) devient pour lui une source de pérennisation de son régime. En témoignent les rencontres organisées par le parti au pouvoir au palais de la République et qui ont pour nom : mouvements de soutien au Président de la République ou ralliement d'opposants au PDS, (parti au pouvoir). En plus

¹⁴⁶ Assane THIAM, « une Constitution, ça se révisé ! ». relativisme constitutionnel et État de droit au Sénégal, politique Africaine N°108, Décembre 2007.

¹⁴⁷ Thomas GOUDOU, l'Etat, la politique et le droit parlementaire en Afrique, Paris, Berger-Levrault, 1987, P 29.

de la mobilisation des moyens de l'État pour des intérêts partisans comme les fonds estimés à des millions mobilisés par le gouvernement et mis à la disposition des militants qui se sont déplacés en France pour assister à la cérémonie de remise au chef de l'État du prix du Président Houphouët BOIGNY pour la recherche de la paix. Cela témoigne de la part du Président WADE et de son régime d'une négligence des préoccupations essentielles des Sénégalais qui, selon le dernier ROUND de l'enquête d'Afrobarometre effectué en 2008 sur toutes l'étendue du territoire se résumaient : à l'insécurité alimentaire pour 33% des Sénégalais, à la gestion de l'économie pour 14% des Sénégalais, à la santé pour 14% des sénégalais et au chômage pour 11% des Sénégalais.

Cette absence de prise en charge des difficultés quotidiennes des Sénégalais est à l'origine de la relative confiance que les citoyens accordent aux institutions publiques notamment au Président de la République. Les résultats des sondages précités montrent que 27% seulement des Sénégalais ont totalement confiance au Président de la République.

Ce sont ces diverses raisons qui font dire au journaliste Jupiter NDIAYE dans sa contribution publiée dans le site d'information seneweb intitulé : pourquoi les Sénégalais en veulent à Wade et aux libéraux ?

Que « si Wade bat des records d'impopularité et si les Sénégalais se révoltent contre lui, c'est en raison de l'affligeante désinvolture qui caractérise sa mode de gestion du pouvoir. Le premier délit politique de Wade c'est le monarchisme qui s'est manifesté dès son accession à la tête du Sénégal. Élu sur la base d'un contrat moral, il a fait fi des aspirations immédiates des masses sénégalaises en donnant, une fois installé à la magistrature suprême, la priorité à son confort : réfection du palais présidentiel, renouvellement du parc automobile de la Présidence de la République, hausse du budget de celle-ci etc. Sans aucun état d'âme, il exulte à la vue des Fonds politiques que Diouf lui a légué et lance : « Nos soucis d'argent sont terminés » !

Ainsi, tout ce que les Sénégalais ont conquis par le biais du suffrage pour plus de démocratie et le renforcement de l'État de droit tombe dans les mains d'un Président qui confond l'institution qu'il incarne à sa personne.

C'est ici dans le contexte Sénégalais du règne du régime de l'alternance que l'affirmation de Pierre ROSAVALLON est pertinente « l'élection ne garantit pas qu'un gouvernement soit au service de l'intérêt général ni qu'il y reste ¹⁴⁸ » .

La théorie de la personnalité morale de l'État dont le professeur HAURIOU notait avec profondeur les bienfaits : « La notion de personnalité morale est techniquement utile et socialement bienfaisante et qui traduit son « institutionnalisation » signifie que l'État est au service d'un objet qui le dépasse ».

Malheureusement, l'État de droit qui selon Claude GOYARD est « un État dont les autorités, les administrations, les agents, du plus haut degré au dernier de l'échelle des compétences se conforment au droit » est miné dans le Sénégal post-alternance par l'instrumentalisation du pouvoir judiciaire, garant de son effectivité. Dans ce Sénégal post-alternance, le droit est dit en fonction des convictions politiques et au gré des convenances d'une élite, au détriment des couches les plus faibles. C'est le reflet des résultats des enquêtes d'**Afrobaromètre** du round 4 précité qui montrent que 55% des Sénégalais estiment que dans ce pays les gens ordinaires qui violent la loi sont souvent punis. Et 46% des citoyens Sénégalais pensent que les officiels qui violent la loi restent souvent impunis.

¹⁴⁸ Pierre Rosanvallon La légitimité démocratique Impartialité, réflexivité, proximité; Coll. Points, Essais Paris, Éditions du Seuil, 2010.

b- L'instrumentalisation du pouvoir judiciaire

Le constat des observateurs les plus avertis sur fonctionnement du pouvoir judiciaire est amer mais unanime est que : la justice Sénégalaise est malade. Cette pathologie est étroitement liée à la nature des rapports qu'elle entretient avec le pouvoir exécutif qui n'hésite pas à faire entrer la politique dans le prétoire. Et selon un adage célèbre : « *quand la politique entre dans le prétoire par la porte, le droit en sort par la fenêtre* ». Cette main mise de l'exécutif sur le fonctionnement de la justice fait que beaucoup de décisions rendues par les juridictions : qui selon le dictionnaire constitutionnel désigne un organe chargé de dire le droit avec force de vérité légale manquent de crédibilité. Les exemples tangibles de politisation de certaines affaires judiciaires et de judiciarisation de certaines questions politiques sont lésions depuis 10 ans dans ce pays.

En effet, il a fallu que le chef de l'État dise avoir été déçu par la gestion de feu Abdou Latif GUEYE, ancien Président de l'ONG « l'Afrique aide l'Afrique » qui assurait l'exécution de l'important programme d'assistance aux personnes vivantes avec le VIH en antirétroviraux pour qu'il soit emprisonné quelques mois pour détournement fonds, avant d'être libéré pour insuffisance de preuves. A la suite de l'agression grave dont a été l'objet Talla SYLLA opposant au régime de WADE (chef du parti Jeff Jeel) qui a failli lui coûter la vie, alors que la justice était à deux pas de déférer les personnes incriminées par la gendarmerie, le chef de l'État lui-même, par une déclaration publique a minimisé l'ampleur des dommages et la gravité des faits relatifs à la tentative de meurtre dans cette affaire. La justice, sachant que le "prince" venait de manifester sa volonté a bien décoder le message et classa l'affaire sans suite. Les agresseurs qui sont identifiés comme faisant partie de la garde rapprochée du Président de la République courent toujours. L'une des plus importantes affaires politico-judiciaire de l'histoire du Sénégal, celle dite des chantiers de THIES (ville située à 70 km de DAKAR, dont l'ex premier ministre Idrissa SECK est le maire) a révélé l'ampleur la soumission du pouvoir judiciaire et de certains juges à « l'échine très souple » au pouvoir exécutif. Dès que le chef de l'État a accusé publiquement au CICES (centre international pour le commerce extérieur du Sénégal) son ancien directeur de cabinet et ex premier ministre Idrissa SECK de dépassement budgétaire, la justice s'est acharnée sur lui sans prendre en compte le principe général du droit qu'est la présomption d'innocence. Ainsi, sans respecter les règles de la procédure il a été embastillé sept mois durant (entre juillet 2005 et février 2006) avant d'être libéré dans des conditions douteuses. La Haute Cour de justice a fini par lui délivrer en mai dernier un non-lieu dans ce scandale financier qui a tenu les Sénégalais en haleine pendant des mois. Toujours en rapport avec l'affaire dite des chantiers de THIES, l'entrepreneur Bara TALL patron de l'entreprise JEAN LEFEBVRE Sénégal réputé homme intègre, adjudicataire de la plus grande part des marchés fut emprisonné quelques mois sur aucune base juridique solide pour avoir refusé de collaborer avec le régime de l'alternance dans sa tentative de déstabilisation de l'ex premier ministre Idrissa SECK. Il a été libéré sans condition¹⁴⁹.

Suite au saccage des locaux du journal 24 heures chrono à Dakar qui avait publié des informations jugées hostiles au gouvernement du président WADE, une bande de nervis interpellés à l'occasion ont affirmé avoir orchestré leur forfait sous les ordres d'un ministre de la République proche de la famille du Président qu'ils ont nommé cité. Ce dernier n'a jamais été inquiété par la justice.

¹⁴⁹ Il avait même à l'époque refusé de quitter sa cellule sans qu'on ne lui notifie clairement les motifs de sa détention. Finalement, il a accepté de sortir sans satisfaction de la part des juges.

Les mêmes forfaits ont été perpétrés quelques mois plus tard dans les locaux de la radio télévision WALFADRJI à DAKAR. Les auteurs ayant revendiqués les délits ont avoué avoir agi sous les ordres de leur jeune guide religieux qui s'est senti offensé par les propos d'un journaliste de ce groupe de presse. Le marabout convoqué par les enquêteurs n'a jamais déféré à leur convocation et l'affaire après arrangement à l'amiable a été classé sans suite.

L'affaire de l'incendie de la bourse du travail de DAKAR au tout début de l'alternance qui avait occasionné une perte en vie humaine et dont les commanditaires présumés étaient des syndicalistes proches du régime libéral également, classée sans suite est aussi de nature à renforcer le doute sur l'indépendance de la justice et la certitude des tentatives du « pouvoir politique à s'attirer les grâces de la justice, ou à défaut de la contrôler »¹⁵⁰.

L'une des dernières épisodes de la longue série de scandales judiciaires qui ont émaillé les 10 ans du régime libéral est celui de l'incendie perpétrée à THIES lors d'un meeting du parti socialiste (principal parti d'opposition au régime de WADE qui a gouverné le Sénégal pendant 40 ans). En effet suite à ce forfait, le leader des jeunes Wadiste, Mamadou Lamine MANSALY a publiquement reconnu être le principal instigateur de cet acte. Les mises en garde des leaders et des jeunes de l'opposition d'éventuelles représailles en cas de tentative d'étouffement de l'affaire, ont fini par tordre la main aux pouvoirs publics, ce qui a valu au mis en cause deux mois de prison avant d'être libéré sans surprise.

Ces multiples scandales pour ne citer que ceux-la ont mis à nu les tares de la justice Sénégalaise et mettent en exergue l'hégémonie que le pouvoir exécutif exerce sur le pouvoir judiciaire au Sénégal et qui s'est exacerbée depuis 10 ans. Pourtant, à l'orée de l'alternance, avec les engagements du Président de la République à la cérémonie pris à l'occasion de la rentrée solennelle des cours et tribunaux de 2005 : « *je voudrais vous assurer de ma volonté, en tant que président de la République de vous donner les moyens de remplir cette haute mission qui vous est confiée par l'ensemble des citoyens* », tout semblait aller dans le sens de l'instauration des fondements de l'État de droit. Avec une justice indépendante dont la haute mission est de trancher objectivement les conflits selon les normes en vigueur et protéger les citoyens contre les violations de leurs droits et libertés et contre l'arbitraire des pouvoirs publics.

Il ne fait pas de doute aujourd'hui que c'est une justice à deux vitesses qui fonctionne dans ce Sénégal post-alternance. Et que les magistrats Sénégalais « emprisonnent des citoyens sur ordre et libèrent sur ordre »¹⁵¹. En témoignent les multiples cas de corruptions et de détournements dénoncés ça et là qui sont restés impunis. Cette situation embarrassante sapent les fondements de l'État de droit, et mine l'image de ce pays jadis réputé modèle de démocratie en Afrique.

¹⁵⁰ Alioune Badara FALL, le juge, le justiciable et les pouvoirs publics: pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique, in revue Afrilex N°2003

¹⁵¹ Les propos sont du journaliste Sénégalais Abdou Latif COULIBALY, la gazette N° du

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

Le pouvoir judiciaire au Sénégal face aux autres pouvoirs, Doctrine Politique et Réalités, les éditions du CAFORD, 2004.

PACTET. P, institutions politiques et droit constitutionnel, 21 édition, 2002.

Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, au carrefour des droits, Paris, Dalloz, 2002.

Thomas GOUDOU, l'État, la politique et le droit parlementaire en Afrique, Paris, Berger-Levrault, Décembre 1987.

Pierre Rosanvallon La légitimité démocratique Impartialité, réflexivité, proximité Coll. Points, Essais Paris, Éditions du Seuil, 2010.

REVUES :

Revue Afrilex N°3 Juin 2003.

Revue de droit des pays d'Afrique francophone, numéro 816 oct.-déc. 1994.

Revue juridique et politique des pays d'Afrique francophone, N P3 10.

Rapport Afrimap 2007 sur le conseil supérieur de la magistrature ou organes équivalents en Afrique: Avis juridiques à l'intention des parlementaires de la République Démocratique du Congo.

LEGISLATIONS

Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Constitution du Sénégal du 22 Janvier 2001.

Loi organique n° 2008-35 du 7 août 2008 instituant la Cour Suprême.

Loi organique n° 2008-36 du 8 août 2008 portant organisation et fonctionnement du conseil supérieur de la magistrature.

Loi numéro 2005-21 du 5 Août 2005 portant statut spécial des magistrats.

WEBOGRAPHIE :

www.afrobarometre.org

<http://www.justice.GOUV.sn/actualités.php>

www.afrilex.com.

www.gouv.sn

LE JUGE ADMINISTRATIF SÉNÉGALAIS ET LA CONSTRUCTION DE L'ÉTAT DE DROIT

*Par Omar Dia**

La constitution du 22 janvier 2001 affirme la volonté du Sénégal de construire un Etat de droit et pour concrétiser cette tension pas moins de 17 articles sont exclusivement destinés aux droits et libertés des citoyens et des individus. Différents mécanismes sont aménagés pour protéger les droits et libertés. Ceux-ci sont tantôt constitutionnels avec le contrôle de constitutionnalité des lois, tantôt ils sont judiciaires, tantôt ils sont administratifs.

C'est ce dernier aspect qui nous intéresse dans le cadre de cette brève réflexion. Il s'agit d'analyser ici comment le juge administratif sénégalais procède pour protéger les droits et libertés dont jouissent les individus dans l'Etat de droit Sénégalais. L'analyse s'articulera autour de deux axes. Dans un premier temps, il sera question de voir les mécanismes mis en œuvre par la Cour Suprême et l'ancien Conseil d'Etat pour sauvegarder les administrés de l'arbitraire du pouvoir administratif. (I) Dans un second mouvement, il sera procédé à une analyse critique du système sénégalais de protection des droits et libertés (II).

I. La consolidation d'un contrôle de protection des droits et libertés

En tant qu'Etat dans lequel l'Etat est soumis au droit, l'Etat de droit est un champ vaste d'investigation et d'étude. Mais ici on entend mettre l'accent sur le concret.

Ainsi si les approches possibles foisonnent, on préfère ici mettre un accent sur les règles de procédure car l'Etat de droit est avant tout un Etat où des procédures connues d'avance servent à traduire dans la réalité sociale la volonté de l'administration (A) puis on étudiera le contenu substantiel des actes posés par l'Administration au quotidien (B)

A. L'offre de garanties procédurales dans la formation de la volonté de l'Administration aux administrés

Le juge administratif sénégalais ne cesse de veiller sur les garanties que les lois et règlements ainsi que lui-même donnent aux administrés. L'analyse de quelques-unes d'entre elles sera illustrative de l'importance de ces garanties. On se propose de voir les droits à l'information, la motivation des actes administratifs négatifs. Pour le premier point le juge veille particulièrement et strictement à ce que les décisions de l'Administration soient précédées d'une information au profit des particuliers qu'elles concernent.

Ainsi dans l'affaire Abdou Fouta Diakhoumpa de 2004 relativement au droit de posséder, lorsque que Abdou Fouta Diakhoumpa et Mama Diakhoumpa attributaires de terrains du domaine national sis à SALY- Carrefour, à leur grande surprise, se sont vus retirés lesdites parcelles par la communauté rurale de Malicounda suivant délibération en date du 23 juin 1999 approuvée par le sous-préfet le 27 juillet 1999 par arrêté portant désaffectation

* Doctorant d'Etat en Droit public à l'Université Gaston Berger de Saint Louis du Sénégal.

générale de l'ensemble des terrains situées dans la zone. La propriété individuelle est protégée par le juge administratif en censurant la décision de l'Administration qui y porte atteinte sans informer les propriétaires. Le Conseil d'Etat jugea alors :

« Considérant qu'il est constant qu'aucun élément du dossier n'établit l'accomplissement de la formalité requise en la matière, qu'il s'agisse de la notification aux intéressés ou de la publicité de l'acte litigieux ou qu'il s'agisse de la mise en demeure préalable aux fins de conformité aux prescriptions requises ;

Qu'il y a là une méconnaissance des dispositions de l'article 9 du décret n°72-7288 du 27 octobre 1972 qui régissent les conditions de désaffectation d'une parcelle du domaine national pour défaut ou insuffisance de mise en valeur ;

Qu'il ne ressort du dossier aucune pièce de nature à fonder la régularité de la délibération litigieuse et qu'il s'ensuit que celle-ci encours l'annulation pour excès de pouvoir en ce qu'elle concerne les requérants ¹⁵²... »

Dans une décision antérieure, le juge administratif sénégalais qualifie de « formalité substantielle » un autre moyen d'information indirecte cette fois-ci de l'administré pour une décision touchant à la propriété individuelle et au droit au logement. Il s'agissait d'un arrêté du préfet de Dakar portant évacuation dans un délai d'un Etat d'immeuble sis à la rue Galandou Diouf à cause de leur vétusté et des risques de s'effondrer sans mise en demeure du maire conformément aux dispositions de l'article 130 du code des collectivités locales. Le juge administratif se dressa là aussi contre la décision du préfet, autorité de police au même titre que le maire, en annulant l'arrêté d'expulsion en des termes on ne peut plus clairs :

*« Considérant qu'il résulte des pièces du dossier qu'aucune mise en demeure n'a été servie au maire ; que cette formalité substantielle n'ayant pas été respectée, il échet dès lors d'annuler l'arrêté n° 59/PD du préfet de Dakar en date du 27 août 1999 pour violation ... de l'article 130 alinéa 2 du code des collectivités locales ».*¹⁵³

Ces brefs exemples montrent à quel point le juge s'érige en garant d'une procédure administrative de prise de décision préservatrice dans son contrôle quotidien de l'action administrative. Ce contrôle revêt un caractère particulier quand il s'agit de motiver les actes administratifs négatifs. L'obligation qui pèse sur l'administration d'indiquer les motifs de droit et de fait qui sous-tendent ses décisions ne date pas d'aujourd'hui. Déjà dans l'affaire Cheikh Anta Diop¹⁵⁴, et bien avant même cet arrêt, le Tribunal de Première Instance comme la Cour Suprême, censurait la décision de l'autorité suprême au Sénégal, le chef de l'Etat pour défaut de motivation d'un acte d'interdiction d'un parti politique.

En effet, le juge exige de plus en plus exige la motivations des actes administratifs unilatéraux lorsque, d'une part ils remettent en cause une liberté publique ou un droit

¹⁵² CE n° 30 /4 29 juillet 2004 Abdou Fouta Diakhoumpa et Mama Diakhoumpa c/Conseil rural de Malicounda et Etat du Sénégal (inédit)

¹⁵³ CE 17 août 2000, Bada Diouf et autres c/ Etat du Sénégal in Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat 2000, p 12 et suivants

¹⁵⁴ TPI, Dakar 7 avril 1981, Ministère Public c/Cheikh Anta Diop in J. M Nzouankeu les Grands arrêts de la jurisprudence administratif sénégalaise. Dans cette affaire le Tribunal de Première Instance de Dakar jugeait qu'« aux termes de l'article 812 alinéa 3 du code des obligations civiles et commerciales, le refus d'enregistrement doit être motivé, que cependant, en l'espèce, il peut être discuté que la décision dont s'agit n'est nullement motivée étant donné son caractère implicite, que dès lors, elle est manifestement illégale alors qu'elle sert de fondement aux poursuites dirigées contre le sieur Diop »

individuel et ou collectif, et, d'autre part, lorsque ces actes ont un contenu négatif. Les précédents jurisprudentiels sont abondants : Dans l'affaire Seydou Mamadou Diarra, sur une requête introduite par un réfugié sur le sol sénégalais pour contester la mesure de police prise par le ministre de l'Intérieur, le juge administratif sénégalais en profite pour jeter les bases de sa doctrine pour ce qui est de la légalité des mesures de police administrative négatives :

« considérant que dans le dit arrêté le Ministre de l'Intérieur se borne à viser les nécessité d'ordre public pour justifier la mesure édictée à l'encontre du requérant 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 des avantages liés à son statut de réfugié »

Ici, le juge protège à la fois le droit d'établissement tel qu'il ressort de l'article 14 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme qui garantit à « toute personne » ... devant la persécution « de rechercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ».¹⁵⁵ et notamment des alinéas 3 et 4 de l'article 12 de la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples qui veulent que toute personne ne puisse en cas de persécution « rechercher et recevoir asile en territoire étranger, conformément aux lois de chaque pays et aux conventions internationales » et sur un autre plan qu'aucune personne étrangère légalement admise « sur le territoire d'un Etat partie à la présente Charte ne puisse être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi¹⁵⁶ », la liberté individuelle comme celle de circuler protégée par l'article 13 de la même déclaration.

Cette position sur jurisprudentielle sur la motivation des mesures de police est renouvelée bien plus tard dans l'affaire Bruno Batrel du Conseil d'Etat. Le 25 août 2003 celui-ci a saisi le Conseil d'Etat pour obtenir l'annulation, pour excès de pouvoir de l'arrêté n°004214 du 25 juin 2003 du Ministre de l'Intérieur, prononçant son expulsion du territoire de la République du Sénégal. Le juge annula la mesure d'expulsion pour défaut de motivation là aussi : « Considérant que l'arrêté n°004214 du 25 juin 2003 du Ministre de l'Intérieur prononçant l'expulsion du sieur Bruno BATREL du territoire de la République du Sénégal ne comporte pas de motifs ;

Considérant que, s'agissant d'une mesure de police défavorable au requérant, le Ministre est tenu d'indiquer les éléments de fait et de droit sur lesquels il s'est fondé ;

Que la référence vague aux nécessités de service qu'aucun élément du dossier n'établit, ne permet pas au juge d'exercer son contrôle ;

Qu'il s'ensuit que la décision attaquée encourt l'annulation... ; »¹⁵⁷

Il résulte de l'étude de ces quelques exemples jurisprudentiels que la motivation est devenue une condition de légalité des actes administratifs tout au moins lorsqu'ils portent mesures de police et qu'ils sont négatifs, c'est dire à chaque fois qu'ils sont susceptibles d'entraver l'exercice des droits et libertés publiques par les administrés. L'affaire LD/MPT

¹⁵⁵ Voir la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 in Editions Juridiques Africaines, 1996, p 126

¹⁵⁶ Voir la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 in Editions Juridiques Africaines, 1996, p 133

¹⁵⁷ CE. 22 Avril 2004, Bruno Batrel c/Etat du Sénégal (inédit)

contre Etat du Sénégal est pertinente pour renforcer cette conviction. Dans cette affaire le Préfet de Dakar avait interdit la marche du 30 juin 1999 de l'opposition sénégalaise. La ligue démocratique estimant que la marche est une liberté publique soumise à une simple déclaration en conséquence le préfet de Dakar n'était pas compétent pour l'interdire si, d'une part s'il n'y a pas un « risque de perturbation de l'ordre public » et, d'autre part, une « insuffisance des moyens nécessaires pour le maintien de l'ordre public ». Le juge s'appuie lui malgré les moyens soulevés par les requérants sur l'absence de motivation de la mesure d'interdiction de la liberté publique de marcher pour annuler la mesure préfectorale :

« Considérant qu' en interdisant de façon générale et absolue la marche programmée pour le 30 juin 1999, sans pour autant faire connaître les motifs sur lesquels il s' est fondé, le préfet ne permet pas au Conseil d' Etat d' exercer un contrôle normal¹⁵⁸ ». Ce contrôle normal permet aux juges de veiller sur le déroulement réel des faits incriminés puis de voir si oui ou non l'appréciation ou la qualification que l'Administration donne aux faits était la bonne. Aussi est-ce pour mieux censurer la volonté de l'Administration que le juge administratif exige ici la motivation

L'obligation de motivation des actes administratifs négatifs va au-delà des mesure de police comme en atteste l'arrêt du Conseil d' Etat du 27 Avril 1994 lorsque les sieurs Ousmane Kane Kamara, Babacar Mboup et Ibrahima Sy sont licenciés pour avoir été accusé de « participer à l' escorte de six camions chargés de marchandises prohibées venant de la Gambie pour aller en Guinée Bissau à travers le Sénégal », le juge administratif redonne un nouvel élan à la motivation des actes administratifs négatifs . En effet selon le Conseil d'Etat « en tant qu'elle inflige une sanction, la décision doit être motivée¹⁵⁹ » ; mieux le juge administratif caractérise la motivation : elle doit être « concrète, c'est dire comporter un énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent son fondement¹⁶⁰ ».

Par conséquent, elle ne doit être ni générale ni vague encore moins inexistante. Il en résulte, à coup sûr, que l'administration ne peut plus dérouler des stratégie de contournement pour éviter de faire savoir pourquoi telle ou telle décision a été édictée en direction des concernés si ce n'est avec la précision que doit vêtir toute décision portant sanction de la part de l'autorité administrative en tant qu'elle est liée par la jurisprudence du juge administratif.

Par ailleurs, il est utile d'observer que la motivation est facultative même si l'acte incriminé est négatif. Ce qui ressort de l'Arrêt du 27 Novembre 2008 de la Cour Suprême du Sénégal où la Chambre administrative de la Cour a estimé qu' «... au sens de l' article L 216 du Code du travail , le ministre statuant sur recours hiérarchique , n' est soumis à aucune obligation de motivation »¹⁶¹ .

B. Un contrôle de plus en plus substantiel du contenu des décisions unilatérales de l'Administration

Tout au long de son développement, le contentieux administratif ne cesse d'évoluer vers un contrôle substantiel sur les droits et libertés des individus. L'ancien Conseil d'

¹⁵⁸ CE 25 Novembre 1999, LD/MPT c / Etat du Sénégal in Bulletin des arrêts du conseil d'Etat, 1999, p4 et suivantes

¹⁵⁹ CE. 27 Avril 1994, *Ousmane Kane Kamara, Babacar Mboup et Ibrahima Sy* in Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat 1994 Op. Cit. *Supra*

¹⁶⁰ *Idem*

¹⁶¹ CF. CS. Arrêt n° 23 du 27 Novembre 2008, *Société 3F SARL c/Etat du Sénégal* (inédit)

Etat a joué un rôle de premier plan dans cette tendance. Ici, on se contentera de proposer d'étudier quelques exemples concrets. Ils sont relatifs au principe de base qui est l'égalité puis aux droits acquis par les administrés de l'Administration.

Si l'on considère le principe de l'égalité¹⁶² entre citoyen, il apparaît que le juge administratif veille au respect du principe dans ses différentes versions. « Égalité des citoyens » ;¹⁶³ « égalité devant l'accès à l'emploi public » ;¹⁶⁴ « égalité d'accès à la fonction publique » ;¹⁶⁵ « égal accès à l'enseignement public et aux études supérieures » ;¹⁶⁶ « égalité devant les sanctions »¹⁶⁷ etc. Depuis le début de la justice administrative au Sénégal, le juge interprète ce principe d'une façon favorable aux administrés.

Voyons à titre d'illustration jurisprudentielle, l'arrêt Association Nationale des Handicapés Moteurs du Sénégal. Alors qu'il s'agissait de ne pas admettre un handicapé moteur de la fonction publique à cause précisément de son handicap, le juge administratif sénégalais adopta une interprétation du principe de l'égalité qui va dans le sens de l'intérêt de l'handicapé, c'est dire son admission dans la fonction publique malgré son handicap paralysant. Ainsi certes « ...l'autorité administrative peut, sans méconnaître le principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public, instituer dans un souci d'intérêt général, certaines restrictions à ce principe en fixant des conditions imposant des sujétions nécessaires et acceptables au regard de l'objectif visé par la réglementation »...¹⁶⁸ mais à condition que le juge ne décèle « une mauvaise application des dispositions » légales et réglementaires.

En effet, l'exercice d'un contrôle de l'exactitude matérielle des faits « a permis au Conseil d'Etat d'apprécier que le fait, pour Boubacar Fadiya qui a souffert d'une poliomyélite, de boiter et d'utiliser une béquille pour faciliter ses déplacements, ne constitue pas une infirmité avérée incompatible avec la fonction d'enseignant ».¹⁶⁹

Aussi Monsieur Fadiya est-il autorisé par le juge administratif à exercer les fonctions d'enseignant malgré son infirmité.

Néanmoins, il serait sage de considérer que le juge administratif ne se prive pas non plus d'encadrer le principe de l'égalité tout en essayant d'assouplir sa rigueur en tant qu'il s'impose à l'Administration. Sa réserve d'interprétation dans l'affaire Prosper Guéna Nitchen et autres est significative de ce point de vue :

« considérant que si l'autorité administrative est de tenu de respecter les principes généraux du droit, en l'espèce l'égal accès de tous aux études supérieures, principe résultant de la déclaration universelle des droits de l'homme mentionnée dans le Préambule de la constitution et qui s'impose à elle, il n'en, demeure pas moins que l'égalité ne signifie pas uniformisation, elle peut, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir et sous réserve des engagements pris, réglementer les conditions d'exercice du droit d'accès

¹⁶² Alain Touraine remet en exergue la centralité de ce principe dans la démocratie moderne : « l'égalité pour être démocratique doit signifier le droit de chacun de choisir et de gouverner sa propre existence, le droit à l'individuation contre toutes les pressions qui s'exercent en faveur de la moralisation et de la normalisation ». C'est dire qu'on en présence d'une notion à géométrie variable. Voir A. Touraine, Qu'est-ce que la Démocratie ? Paris, Fayard, 1994, 458 p

¹⁶³ CS 23 Mars 1966 Samba Ndocoumane Guèye in Grandes décisions de la jurisprudence administrative sénégalaise Op. Cit. Supra ; CE 27 Juillet 2000, Momar Diop et autres c/ Etat du Sénégal in Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat Op. Cit. Supra

¹⁶⁴ CE 29 juin 2000, Association Nationale des Handicapés Moteurs du Sénégal c/Etat du Sénégal in Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat Op. Cit. Supra

¹⁶⁵ CE 26 Avril 1995, Alla Ngom et Boubacar Ndiaye c/Etat du Sénégal in Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat Op. Cit. Supra

¹⁶⁶ CE 31 Août 1994, Prosper Guéna Nitchen et autres c/ Université Cheikh Anta Diop in Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat Op. Cit. Supra

¹⁶⁷ CE. 29 Novembre 1995, Melle Fatimata Bintou Diallo in Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat, Op. Cit. Supra

¹⁶⁸ CE 29 juin 2000, Association Nationale des Handicapés Moteurs du Sénégal c/Etat du Sénégal in Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat Op. Cit. Supra.

¹⁶⁹ Ibid

à l' université et fixer le montant des frais d' inscription en pratiquant une tarification différenciée fondée sur l' intérêt général et sur la situation objective des requérants au même titre que les sénégalais peuvent bénéficier des dispenses de droits prévue à l' article 8 du Décret 70-1135 portant statut de l' Université de Dakar ». ¹⁷⁰

De même, dans l' affaire de La Compagnie des Mines du Cayor du 22 Avril 2004, le juge accorde une fois de plus un large pouvoir discrétionnaire à l' administration dans le cadre de l' interprétation et de l' application du principe de l' égalité. Le requérant estimait qu' un arrêt interministériel autorisant l' exploitation d' une mine méconnaît le principe constitutionnel de l' égalité des citoyens devant les dispositions du décret susvisé en ce que la demande de la SOECO n' a pas recueilli les avis favorables exigés ; le juge après avoir rappelé les dispositions du décret visé en ces termes : « qu' il ressort des dispositions de l' article 32 du décret susvisé que la demande d' ouverture et d' exploitation de carrière » permanente doit recueillir obligatoirement les avis favorables des chefs de service consultés ; » en conclut

« Que cette formalité est nécessaire mais pas suffisante pour que l' autorisation soit accordée ; » dès lors

« ... le dernier alinéa de l' article 32 du même décret laisse une liberté d' appréciation aux autorités compétentes lorsqu' elles sont en présence de demandes concurrentes ou d' une seule demande ; Qu' en accordant à la SOECO l' autorisation d' ouverture et d' exploitation de la carrière de Diack les autorités en cause n' ont pas méconnu le principe d' égalité des citoyens devant la loi, ni les dispositions de l' article 32 visé au moyen ;

Qu' il s' ensuit que les moyens sont mal fondés... ; ». ¹⁷¹ De ces antécédents jurisprudentiels, il découle que l' application du principe de l' égalité présuppose une interprétation variable et susceptible de degré. De ce fait, les textes constitutionnels n' interdisent pas toujours une égalité sans entorse potentielle. La discrimination est aussi une forme d' égalité à certaines occasions. Toutefois, certaines discriminations sont formellement interdites.

C' est ce que le Conseil Constitutionnel sénégalais a voulu signifier dans sa décision n° 1 /C/ 2007 sur la Parité lorsqu' il jugeait qu' il « résultait de l' article premier ... que toute discrimination fondée sur le sexe est expressément exclue, que le principe d' égal accès au pouvoir bien que de valeur constitutionnelle, ne saurait déroger à cette règle ». Le Conseil interprète l' article premier de la Constitution pour en conclure que le principe constitutionnel de l' égalité doit être compris comme ne pouvant justifier que le critère sexuel puisse être utilisé pour établir l' égalité entre citoyen. Avec le principe d' égalité, on est en présence de ce que Georges Vedel appelait « un concept fonctionnellement inévitable mais grevé d' une subjectivité inévitable » ¹⁷².

Si en conséquence la discrimination n' est pas trop prononcée le juge tant administratif que constitutionnel adopte un profil bas et laisse aux autorités publiques la discrétion de leur décision. Si par contre la discrimination est injustifiée, le juge n' y va pas avec le dos de la cuillère. ¹⁷³ Ainsi dans sa décision relative au statut des magistrats, le Conseil

¹⁷⁰ CE 31 Août 1994, Prosper Guéna Nitchen et autres c/ Université Cheikh Anta Diop in Bulletin des arrêts du Conseil d' Etat Op. Cit. Supra

¹⁷¹ CE. Arrêt N° 09/04 du 22 avril 2004, Etat du Sénégal c/Ministre de l' Economie et des Finances/ Ministre de l' Energie et de l' Hydraulique/Chef du service régional des Mines de Thiès (inédit)

¹⁷² G. Vedel, « Doctrine et Jurisprudence Constitutionnelle », RDP, 1989, p 15

¹⁷³ Voir M. Ngaindé, le Conseil d' Etat du Sénégal et le principe de l' égal accès des citoyens à un emploi public : à propos de l' arrêt du 29 Juin 2000, Association nationale des handicapés moteurs du Sénégal contre Etat du Sénégal, Arrêt n° 12, Afrilex n° 3, 2003, p 193

Constitutionnel sanctionne la discrimination entre les magistrats sortant de l'ancienne Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature et les agents de l'Etat recrutés sur titre comme constituant une atteinte inadmissible au principe de l'égalité.

L'atteinte à ce principe est si grave, manifeste, si disproportionnée, si inappropriée que le juge constitutionnel jette aux orties son langage diplomatique pour user de termes sévères comme « lacune », « iniquité » ou encore « situation arbitraire », la dispense accordée aux nouveaux recrutés dans le corps des magistrats quant à leur ancienneté, la formation - six mois de stage seulement-, leur titularisation sans brevet délivré à l'issue de deux ans de formation, leur nomination à des emplois de la magistrature sans avis du Conseil Supérieur de la Magistrature amène le juge à considérer que « de telles lacunes et discriminations ... sont susceptibles d'engendrer des iniquités et des situations arbitraires au principe de l'indépendance des juges garantie par la Constitution et au principe d'égalité reconnu par la Constitution, par référence à la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, dont l'article 6 dispose que tous les citoyens sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois selon leur capacité et à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 qui, par son article 21 paragraphe 2, affirme que toute personne a droit à accéder dans des conditions d'égalité aux fonctions publiques de son pays ». ¹⁷⁴ Par ce considérant, le juge constitutionnel met le doigt sans concession sur l'excessivité de la violation du principe constitutionnel de l'égalité par l'article 4 abrogeant et remplaçant l'article 69 de la Loi organique portant statut des magistrats. ¹⁷⁵ Pareillement mais avec beaucoup plus de courtoisie, le juge constitutionnel sénégalais constate qu'« une triple différence entre les membres du collège électoral des sénateurs » est manifestement exorbitante ». Il s'agissait de l'article 116 alinéa 8 du code électoral qui organisait l'élection des sénateurs.

Il y avait que certains élus membres du collège électoral avait deux droits de vote alors que les autres n'en avait qu'un, d'autres possédaient deux droits de vote, parce que deux fois élus, dont l'un est délégué, le juge constitutionnel sénégalais en déduit alors que « l'article 116 alinéa 8 viole le principe d'égalité du suffrage consacré par l'article 2 alinéa 3 de la Constitution qui, en disposant que le suffrage est toujours égal, donne à chaque électeur le même pouvoir électoral ». ¹⁷⁶ En cette espèce, il y a aussi une disproportion on ne peut plus notoire. Pour une élection, un titulaire du droit de suffrage ne peut nullement avoir deux possibilités de s'exprimer tandis que les autres en sont privés. Une telle faveur risque de fausser le jeu et peut être même l'enjeu de l'élection concernée.

L'autre exemple choisi dans le cadre de ce travail réside dans la proportionnalité comme condition de légalité des actes administratifs et comme moyen de protections des administrés. Une mesure de l'Administration qui respecte toutes les conditions de légalité peut être déclarée illégale parce que mettant en cause des droits fondamentaux des individus. Le contrôle de proportionnalité appelle trois observations. C'est un contrôle d'adéquation ; un acte administratif édicté doit permettre de réussir l'objectif que l'on assigne à l'acte ; c'est un contrôle de nécessité, l'acte administratif ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif légal visé ; c'est un contrôle d'équilibre, si l'acte est nécessaire, qu'il soit en adéquation avec le but recherché, il doit être en proportion avec les inconvénients qu'elle est susceptibles de créer.

¹⁷⁴ CF. Considérant n°7 de la décision CC n° 2-C- 94, 27 Juillet 1994 in Editions Juridiques Africaines, 1994, 98 p

¹⁷⁵ Pour cette loi, voir JORS n° 5445 du 4 Juin 1992 p 259 et s.

¹⁷⁶ CF. Considérant n°11 de la décision CC n° 3-C-98 du 5 Mars 1998, JORS n° 5790 du 12 Mars 1998, 438p

Il y a là une mise en balance des charges entraînées par la mise en application et les avantages créés par la réalisation de l'objectif qu'on va atteindre. Les modalités d'exercice du contrôle de proportionnalité consistent pour l'essentiel en un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.¹⁷⁷ Ce contrôle est la conséquence directe du pouvoir discrétionnaire attribué à l'Administration par le constituant, par le législateur ou par le juge administratif lui-même. Ce pouvoir discrétionnaire conduit à ne sanctionner les entorses à la loi qu'en cas de disproportion. S'y ajoute que l'interprétation de certaines règles et principes légaux conduit le juge à censurer la disproportion excessive de la mise en œuvre de ces règles et principes.

Les exemples jurisprudentiels sont légion ici. Trois exemples permettront de mettre en exergue cette forme de protection des administrés. Premièrement, l'affaire Senghane Ndiaye jugée par le Conseil d'Etat de 1995. Dans cette affaire, Ndiaye avait commis la faute de se trouver à un endroit autre que celui sur lequel il devait se trouver selon l'ordre de mission qui lui avait été donnée par ses supérieurs hiérarchiques alors celle-ci lui avaient infligé une sanction à cet effet pour « indiscipline caractérisée inadmissible dans un corps d'élite ».

Le Conseil d'Etat jugeant la sanction démesurée la qualifie d'erreur manifeste d'appréciation et l'annule. En effet selon le juge « ...il résulte ... de l'analyse des éléments du dossier, qu'au regard des faits retenus contre Senghane Ndiaye, la sanction qui lui a été infligée est disproportionnée, et qu'en procédant de la sorte l'Administration a commis une erreur manifeste d'appréciation ».¹⁷⁸

Deuxièmement, pour ce qui intéresse le droit à la carrière des fonctionnaire tel qu'il ressort de l'article 21 de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme,¹⁷⁹ le juge estime une mesure de rétrogradation d'un fonctionnaire illégale parce que excessive. Accusé de contrebande de l'or en Inde, Salif Falll était un diplomate à la représentation de l'Etat du Sénégal New Delhi en Inde qui a effectué un déplacement à Hong Kong à l'insu de l'ambassadeur du Sénégal en Inde auprès de qui il était attaché, le juge administratif admet dans un premier l'existence d'une faute professionnelle de la part de M. Fall mais considère par la suite qu'elle ne « pouvait fonder sans erreur manifeste d'appréciation, une mesure de rétrogradation qui au regard de l'échelle des peines constitue une sanction sévère infligée à un agent qui, tout au long de sa carrière, a toujours donné motif de satisfaction à ses supérieurs ».¹⁸⁰

Enfin dans une jurisprudence plus récente, le Conseil d'Etat a jugé, à propos de la propriété foncière¹⁸¹, « qu'une vérification, même sommaire, de la valeur respective des titres (fonciers) invoqués aurait permis au représentant de l'Etat d'assurer le maintien de l'ordre en édifiant les parties sur leurs droits sans avoir à prendre la décision attaquée qui s'avère inadaptée aux faits qui l'ont provoquée »¹⁸² alors qu'il était question de mettre un terme à des troubles provoqués par une confrontation entre deux administrés qui était en possession d'un même terrain affecté par une collectivité locale à deux personnes différentes en violation flagrante des dispositions du décret n° 72-1288 du 27 Octobre 1972 relative à l'affectation et à la désaffectation des terres du domaine national.

¹⁷⁷ Voir P. M. Sy, le Conseil d'Etat sénégalais et le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation : commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat de la République du Sénégal du 27 octobre 1993 entre le Comité international de la Croix Rouge et l'Etat du Sénégal in Revue sénégalaise de droit pénal, 1997-1998, p 171 et suivantes

¹⁷⁸ CE 30 Septembre 1995, Senghane Ndiaye Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat Op. Cit. Supra

¹⁷⁹ 1 Selon cet article « Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis.

2. Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.

3. La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote ». Voir Déclaration Universelle des Droits de l'Homme in Editions Juridiques Africaines Op. Cit p 127

¹⁸⁰ CE. 29 Avril 1998, Salif Fall c/ Etat du Sénégal in Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat Op. Cit. Supra

¹⁸¹ Qui était protégé par l'article 12 de la Constitution du 7 mars 1963 in Editions Juridiques Africaines, 1996, 146 p ; voir aussi Constitution du 22 janvier 2001 in JORS n° 5963 du Lundi 22 janvier 2001, 772 p

¹⁸² CE. 25 Juin 2000, Groupement Féminin Keur Séga c/ Etat du Sénégal in Bulltein des arrêts du Conseil d'Etat 2000 Op. Cit. Supra

Ce bref sur vol de la jurisprudence administrative sénégalaise montre à suffisance la tournure que prend désormais l'activité de l'ancien Conseil d'Etat et de nos jours de la Cour Suprême du Sénégal pour protéger les droits et libertés des individus. Toutefois force est de faire observer que le travail juridictionnel comporte d'énormes lacunes qui sont autant d'entraves à l'exercice d'une justice administrative protectrice des droits et libertés à cent pour cent. Ce que nous allons analyser à présent.

II. Les contraintes à une protection satisfaisante des droits et libertés par le juge administratif sénégalais

Si le contrôle de l'administration révèle aujourd'hui au Sénégal des motifs réels de satisfaction comme indiqué ci-dessus il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas tout à fait exempt de reproche. Loin de là ! Différentes insuffisances d'ordre juridique et extra juridique constituent autant de points de faiblesses de la justice administrative en tant que mécanisme de protection des droits et libertés dans le cadre d'un véritable Etat de droit.

Aussi convient-il de jeter un regard sur les contraintes techniques de la justice administrative sénégalaise (A) puis de voir quelles sont les contraintes socioculturelles qui empêchent à cette justice de donner toute la plénitude de sa puissance au Sénégal (B).

A. Les pesanteurs techniques

Le constat du professeur Babacar Kanté, à propos des juges constitutionnels, est, à bien des égards, valable pour le juge administratif. Il notait qu'« effectivement dans leur démarche ...c'est une interprétation littérale du texte qui y est privilégiée mais elle s'inscrit en droite ligne dans la jurisprudence constituante du Conseil qui a adopté une position minimaliste en matière de compétence ».¹⁸³ Le contrôle de l'action de l'Administration devient alors, comme l'écrivait Madjiguène Diagne, un contrôle à la fois superficiel, littéral et formel.¹⁸⁴

Ce contrôle minimaliste n'offre pas de garanties suffisantes pour sauvegarder ni l'intangibilité des droits des administrés vis-à-vis de l'Administration ni pour entraver l'action néfaste de celle-ci pour protéger ceux-là contre les abus arbitraires. L'incompétence du juge administratif est invoquée dans question sensible comme la matière électorale. A l'occasion des élections législatives de 1998, le Parti Africain pour la Démocratie et le Socialisme, AND JEFF /PADS, a vu sa requête rejetée par le Conseil d'Etat pour incompétence. Le parti marxiste voulait obtenir annulation de l'arrêté préfectoral « n° 012 du 23 mai 1998 portant délocalisation de bureaux de vote aux élections législatives du 24 mai 1998 dans l'arrondissement de Sindian en violation de l'article L62 du code électoral qui ne donne compétence qu'au ministre de l'Intérieur pour établir définitivement les bureaux de vote ».¹⁸⁵

Le Conseil d'Etat se contente de se déclarer incompétent pour connaître de ce litige électoral sous le prétexte qu'« il résulte des dispositions des articles LO185 et LO 188 du code électoral que le contentieux des élections législatives relève de la compétence du Conseil Constitutionnel. »¹⁸⁶ Cette incompétence est une solution de facilité pour se débarrasser de la question qui lui était posée. Ceci est d'autant plus vraisemblable que le juge administratif

¹⁸³ B. Kanté, « Les Méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays francophones », in l'interprétation constitutionnelle, (Soucramanien), Paris, Dalloz, 2005, p 162

¹⁸⁴ ND. M. Diagne, Les Méthodes et les techniques du juge administratif sénégalais, Thèse, Dakar, 1995, 523 p

¹⁸⁵ CE. 27 janvier 1999, Landing Savané, Bakary Coly et Adn JEFF /PADS c / Etat du Sénégal in Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat 1999 Op. Cit. Supra

¹⁸⁶ Idem

est revenu sur cette solution lors des élections législative de 2007 lorsqu' il a censuré le décret du Président de la République portant répartition des sièges au mépris du critère de l' importance démographique.¹⁸⁷

D autres faiblesses jalonnent le contrôle du juge. Il en est ainsi des irrecevabilités à la pelle et à la moindre occasion.¹⁸⁸ Si l' on considère le cas Mamadou Thiam de 2004, on se fera une religion : le requérant contestait les résultats de son fils Ousmane THIAM à l' examen d' admission au Brevet de Fin d' Etudes Moyennes (BFEM), examen de la session de juillet 2003, organisé par le Jury du Centre CEM Unité 19 des Parcelles Assainies ; le conseil rejette les moyens pour défaut d' inscriptions des moyens ce qui est peut probable parce qu' il est difficilement imaginable que quelqu' un ayant intérêt à le faire s' attache les service d' un avocat pour saisir le juge sans dire les griefs pour les quel il le saisit.

Mais le juge administratif ne s' est guère embrassé pour déclarer la requête irrecevable : « ...que la correspondance par laquelle le requérant a saisi le Conseil d' Etat ne contient que des affirmations et une proposition relative à l' organisation d' une session spéciale d' examen pour son fils avec un Jury composé de correcteurs de son choix ;

Que sa requête ne donne aucune précision ou spécification quant à la violation par le Jury des règles régissant l' organisation de l' examen subi sans succès par Ousmane THIAM ;

Qu' en l' absence de la formulation de conclusions ou de moyens aux fins d' annulation de la décision du Jury lui faisant grief, le requérant a méconnu les prescriptions de l' article 15, 2° de la loi organique N°96-30 du 21 octobre 1996 sur le Conseil d' Etat ;

Qu' il s' en suit dès lors que le recours du sieur Mamadou THIAM doit être déclaré irrecevable »¹⁸⁹;

Ce contrôle est le résultat de l' application mécanique des textes alors qu' il aurait pu mettre en œuvre son pouvoir d' instruction comme il l' a réussi dans une longue continuité jurisprudentielle¹⁹⁰ dont la dernière en date est sa décision de 2009. La mise en œuvre du pouvoir d' instruction de la Cour Suprême a permis à celle-ci d' annuler un arrêté du maire de la ville de Dakar portant évacuation d' un immeuble qui menaçait de s' effondrer pour inexactitude matérielle des faits allégués par le maire¹⁹¹

Ailleurs, le juge invoque des manquements bénins à la procédure de saisine pour déchoir le requérant de son droit d' accès à la justice administrative. Il en est ainsi de l' affaire Association Sportive et culturelle Sonam.

Elle avait saisi, le 16 août 2005, le Conseil d' Etat aux fins d' obtenir l' annulation pour excès de pouvoir du procès verbal n°005 du 1^{er} août 2005 par lequel le comité d' appel de la Fédération Sénégalaise de Football a infirmé la décision n°22 du 21 juin 2005 de la C.C.S.R.Q. qui lui avait donné match gagné contre l' A.S.C. Médiour. Le juge administratif refuse de connaître de l' affaire pour défaut de paiement de la consigne de 5000 francs CFA et absence

¹⁸⁷ CF. Arrêt du Conseil d' Etat LD/MPT, Parti Socialiste c / Etat du Sénégal (inédit)

¹⁸⁸ A ce sujet, Madjiguène Diagne note avec justesse que le juge administratif est plus souple dans son interprétation des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Voir M. Diagne, La contribution du Conseil d' Etat sénégalais à la construction de l' Etat de Droit in Revue administrative, 2001, p 482

¹⁸⁹ CE. Arrêt n° 18, 24 mai 2004 Mamadou Thiam contre Etat du Sénégal (inédit)

¹⁹⁰ Voir Amadou Alpha Kane, Doudou Kane etc. in Annales de 1973 africaine ou Grands arrêts de la Jurisprudence administrative sénégalaise Op. Cit. Supra

¹⁹¹ CS Arrêt n° 16 du 9 Juin 2009, Adja Aïssatou Thiam et Cie c/ La Mairie de Dakar (inédit)

de signification de la requête à la Fédération Sénégalaise de Football dont la décision était attaquée : ainsi « ... il ressort des dispositions de la loi organique n°96-30 du 21 octobre 1996 sur le Conseil d'Etat, modifiée par les lois organiques n°99-70 et n°99-72 du 17 février 1999 que le demandeur est tenu sous peine de déchéance de signifier sa requête à la partie adverse par exploit d'Huissier dans le délai de deux mois suivant la saisine du Conseil d'Etat ; ... que l'examen du dossier et des pièces de la procédure révèle que le requérant n'a ni payé l'amende, ni signifié la requête à la partie adverse ; ...il s'ensuit qu'il doit être déclaré déchu de son recours ; »¹⁹²

A la décharge du juge, on rétorquera que c'est la loi qui en dispose ainsi et que la loi lie le juge. Certes mais le juge interprète la loi et, ce faisant, il aurait pu s'affranchir de certaines entraves posées à ses pieds par le législateur. Les principes du droit qu'il consacre et applique, même en l'absence de texte, ont la même valeur positive que la loi écrite au sens large du terme. La décision jurisprudentielle devient règle de droit selon la formulation d'Eisenmann : interpréter la loi, c'est la compléter ; le juge crée le droit... »¹⁹³ Il crée partant le droit administratif.

En tout état de cause, ces cas analysés ci-dessus sont significatifs des déboires que peut connaître un administré devant le juge administratif. Mais le plus grotesque reste encore le refus de recevoir des recours collectifs¹⁹⁴ même s'ils sont introduits par des organisations politiques ou syndicales dotées de la personnalité juridique. Celles-ci sont les protectrices des intérêts matériels et moraux des travailleurs dans le cadre des lois de la République parmi lesquelles la Loi Fondamentale. Celle-ci reconnaît aux travailleurs le droit de « adhérer à un syndicat » et de « défendre » leurs « droits par l'action syndicale ». ¹⁹⁵

Parmi les moyens de l' « action syndicale », nous en sommes convaincus, il y a les recours juridictionnels comme celui exercé devant le juge administratif. Les empêcher de saisir le juge, c'est hypothéquer l'accès à la justice. Et ce, d'autant que ces recours auraient pu constituer des garanties de premier ordre de la liberté syndicale sans exposer le travailleur à des sanctions injustifiées ou détournées. Déjà dans son arrêt de 1981, Syndicat Uniques des enseignants du Sénégal (SUDES) alors que des syndicalistes contestaient les arrêtés ministériels n° 15418 du 16 novembre 1978 et n°15675 du 22 novembre 1978 du ministre de la fonction publique portant intégration d'instituteurs dans un nouveau corps d'enseignants, la Cour Suprême rejette sans autres forme de procès le recours puisque « les arrêtés attaqués sont des actes administratifs à caractère individuel » dès lors « ils ne sauraient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir de la part du SUDES que dans la mesure où ce dernier agirait au nom des intéressés en vertu d'un mandat spécial ... »¹⁹⁶

Les faiblesses de la justice administrative au Sénégal connaissent un point culminant avec la lenteur des procédures de jugement et la faculté pour l'Administration d'exécuter les décisions de justice, y compris administrative. Dans le premier cas de figure, à l'origine dans certaines affaires un temps assez long pouvait couler entre l'introduction du recours et le jugement de celui-ci. Par le recours introduit par Dame Fall en 1980 pour contester le retrait d'avantages octroyés par l'Administration a été jugé en 1985 soit cinq ans après la saisine du juge administratif.¹⁹⁷ D'où la pertinence du sursis à exécution des décisions

¹⁹² CE. Arrêt n° 40, 30 novembre 2005, Association Sportive et Culturelle SONAM c/ Fédération Sénégalaise de Football (inédit)

¹⁹³ M.M Sy, Le Conseil Constitutionnel et la Démocratie, Mémoire de DEA, Toulouse I, 1998, p 50

¹⁹⁴ Voir ce point D. Sy, Droit administratif, Dakar, CREDILA, 2009, p 45 et suivantes

¹⁹⁵ L'article 25 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 Op. Cit. Supra

¹⁹⁶ CS 25 Mars 1981, SUDES in les Grandes Décisions de la jurisprudence administrative sénégalaise Op. Cit. Supra

¹⁹⁷ CS 25 juin 1985, Dame Fall in Grandes décisions de la jurisprudence administrative sénégalaise Op. Cit. Supra

administratives¹⁹⁸ mais là aussi depuis un certain temps le juge fait preuve d'une parcimonie rigoureuse.¹⁹⁹

Toutefois depuis la réforme de 1992, on a assisté à un effort de raccourcissement des délais de jugement des affaires soumises au juge administratif. Ainsi la requête que formait Guy Alain Preira contre l'Ordre National des Experts Comptables et Comptables agréés du Sénégal en 2004 a été jugé au bout de deux ans c'est à dire en 2006.²⁰⁰ Il reste néanmoins que deux ans sont encore longs compte tenu des enjeux considérés.

Quant à l'exécution des décisions de justice administrative, la situation est scandaleuse dans la mesure où l'Administration peut refuser de façon délibérée d'exécuter les décisions juridictionnelles qui la condamnent à respecter tel ou tel droit de l'individu prononcée par la juridiction administrative. Une telle éventualité réduit à néant tout espoir d'un Etat de droit. Elle équivaut à l'inexistence de la justice tout court. Néanmoins, le juge n'est pas resté inerte, et c'est heureux, devant une telle carence. En effet dans plusieurs décisions, il tente de faire respecter l'autorité de la chose jugée si l'Administration tente de l'outrepasser.

C'est ainsi que il a contrecarré la volonté du ministre de la Santé de donner une deuxième autorisation d'implanter une pharmacie en violation de la distance de 500 mètres entre deux officines de pharmacie,²⁰¹ et après annulation d'une première autorisation, en énonçant que « la décision annulée ne pouvait²⁰² être rééditée que sur une base légale différente ». En d'autres termes, l'autorité administrative ne pouvait prendre une décision qui contrarie l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions du Conseil d'Etat. Une telle attitude de la juridiction administrative est plus que salutaire. Pour autant, son action est loin d'être satisfaisante pour des raisons, il est vrai, juridiques mais aussi extra juridiques (B)

B. Les pesanteurs sociologiques

Au delà des contraintes juridiques, l'efficacité de la justice administrative est plombée par d'autres considérations d'ordre socioculturel. Aussi l'accès au juge n'est -il pas systématique. Bien mieux, il est à bien des égards trop aléatoire.²⁰³ Plusieurs écueils se dressent devant les potentiels justiciables.

D'abord, l'écrasante majorité des sénégalais ne reconnaît pas le système de justice étatique qui rend la justice au nom d'on ne sait quel peuple. D'autres facteurs président à leur rapport à l'Etat : celle de la soumission devant un Etat administratif qui prend goût depuis toujours à humilier ses propres citoyens.²⁰⁴ Ceci s'explique par le fait que pour beaucoup de sénégalais, ce système de justice administrative leur est complètement étranger. Les droits de l'homme qui sont la justification de l'Etat de droit et la justice administrative qui en est une des multiples garanties sont des produits d'importation sur le sol sénégalais et ne sont davantage reconnus par ceux-là qu'ils sont censés protéger. Beaucoup en dehors du « Sénégal officiel » considèrent les droits de l'homme comme une manifestation de l'impérialisme occidental et un chemin vers la déculturation si ce n'est purement et simplement vers l'acculturation. Ce qui correspond du reste pour une large part à la réalité.

¹⁹⁸ Voir Conseil d'Etat 29 Octobre 1997, El Hadji Serigne Tacko Fall in Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat Op. Cit. n° 75

¹⁹⁹ Voir CE 26 Juin 1997, Baïdy Bâ in Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat Op. Cit. Supra

²⁰⁰ CE. 9 mars 2006, Guy Alain Preira c/Ordre Nationale des Experts Comptables et Comptables Agréés (inédit)

²⁰¹ CE 25 Août 1993, Jean Esplan c/ Etat du Sénégal in Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat de 1993, Op. Cit. Supra

²⁰² CE 31 Mai 1995, Dorothee De Souza in Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat de 1995 Op. Cit. Supra

²⁰³ P. Sy, l'Accès à la justice, UGB, Thèse, 2010, 320 p

²⁰⁴ Le régime de Senghor procédait à des séances de saupoudrage de paysans qui n'étaient pas en mesure de rembourser leurs dettes contractées vis-à-vis de l'Etat.

A la vérité, la dignité sur le socle de laquelle les droits de l'homme, et partant l'Etat de droit, sont édifiés est un concept culturel dont le principe épistémologique et théorique comme le déploiement pratique est localisable et dans l'espace et dans le temps. Leur contenu axiologique est le produit d'une culture qui a suivi une trajectoire historique qui n'est en rien similaire à ce que d'autres cultures ont connu sous d'autres horizons et simultanément. Autant Mallarmé et Balzac²⁰⁵ si savant en beaux mots, en cuisine auraient été des sots, autant les si valeureux droits de l'homme de l'Occident sont une sous-humanité au Bamenda au Cameroun, au Djolof au Sénégal ou encore à Kandahar en Afghanistan. Les droits de l'homme sont l'expression d'une subjectivité humaine. Ils ne sont ni a-spatiaux ni intemporels. Et l'Etat de droit, qui les formalise, est un « Etat de valeurs particulières » comme l'écrivait Dominique Rousseau.

Alain Touraine met en évidence cette subjectivité en l'appliquant un droit spécifique, l'égalité, et à un plan interne mais qui est extensible à la société internationale, si tant est que cette appellation ait un sens. Pour le sociologue français, « l'égalité pour être démocratique doit signifier le droit de chacun de choisir et de gouverner sa propre existence, le droit à l'individuation contre toutes les pressions qui s'exercent en faveur de la moralisation et de la normalisation ».²⁰⁶

De même les droits, pour être universels, doivent accorder la possibilité pour chacun de se gouverner selon sa propre culture et de juger son Administration d'après ses propres références de justice. Il en résulte que le système de protection des droits individuels et des libertés publiques pratiquées à travers la Cour Suprême comme le Conseil d'Etat de naguère est inadapté, voire incompatible, aux croyances, à l'éthos, aux mœurs et à l'éthique de la plupart des sénégalais. Les droits comme les mécanismes qui en assurent la diffusion sont totalement extérieurs aux sénégalais. Dès lors, il ne fait aucun doute qu'ils restent inefficaces voire inopératoires sous nos latitudes.

Si le Sénégal protégeait ses propres valeurs, le contrôle qu'il soit social ou juridictionnel serait plus efficace. L'Afrique précoloniale a eu à expérimenter l'élaboration de droits particuliers et à l'instauration de mécanisme de contrôle de ces droits.

Le professeur Cheikh Anta Diop²⁰⁷ rendait compte de la conception africaine de l'homme et de ses prérogatives dans la société africaine de l'Antiquité pour montrer que la civilisation dont se glorifie l'Occident, et qui a connu son point d'achèvement avec l'avènement des droits humains, constitue en réalité une régression de l'humanité ? Aussi écrivait-il :

«Le sentiment patriotique est, avant tout, un sentiment de fierté nationale. L'individu est subordonné à la collectivité, car c'est du bien public que dépend, le bien individuel ; donc le droit privé est subordonné au droit public. Ce qui ne veut pas dire que l'individu est une quantité négligeable et que les civilisations méridionale par opposition aux nordiques , font très peu cas des unités humaines , de la personnalité humaine »

²⁰⁵ L'allusion renvoie à Molière dans ses « femmes savantes ».

²⁰⁶ A. Touraine, Qu'est-ce que la Démocratie, Fayard, 1994, p 36 et suivantes

²⁰⁷ C. A. Diop, L'Unité culturelle de l'Afrique. Domaines du patriarcat et du matriarcat dans l'Antiquité classique. Paris, Présence Africaine, 1959, p137-139

Il ajoute :

« Il est assez probable que le citoyens égyptien ne fut écrasé sous le poids des impôts et des corvées à l'époque de la construction des pyramides mais il n'a jamais connu cette intrusion de l'Etat dans sa vie privée ». Il est impossible de citer dans l'histoire de l'Egypte et de l'Ethiopie et de l'Afrique Noire, un seul cas où l'autorité étatique aurait imposé d'exposer les enfants, pour les seules raisons qu'ils sont nés difformes ou de permettre la limitation de leur naissance. Au contraire, le respect de la vie humaine était tel que d'après Hérodote, lorsque un citoyen nubien était condamné à mort, l'Etat se contentait de lui intimer l'ordre de se supprimer, mais sa propre mère veillait alors, par patriotisme et par civisme, à l'exécution de la sentence et s'en chargeait elle-même si le fils venait à faillir ».²⁰⁸

Tout système extraverti est, par définition, voué à l'échec parce qu'étant privé consubstantiellement des ressorts qui pourront le faire fonctionner convenablement. Le système de protection de l'Etat de droit vit d'extranéité au Sénégal en particulier et en Afrique de façon générale. Cette extranéité débouche sur la confrontation civilisationnelle entre l'ordre juridique étatique d'origine occidentale et l'ordre juridique local de type négro africain Comme en témoigne les décisions rendues respectivement par la Cour Suprême du Sénégal et la Cour Constitutionnelle du Bénin. La Cour Suprême du Sénégal était saisie par une partie de la Collectivité Léboue pour contester la validation de l'élection d'El Hadj Bassirou Diagne par le ministre de l'Intérieur en tant que Grand Sérigne de Dakar et Chef Supérieur de la Collectivité Lébou.

Pour les requérants, Bassirou Diagne est un usurpateur ; il n'est pas élu selon les règles de la tradition léboue. En conséquence, l'arrêté du ministre de l'Intérieur est entaché de détournement de pouvoir et d'exactitude matérielle des faits. La Cour juge que « l'arrêté ministériel dont s'agit qui se borne simplement à prendre acte d'une situation décidée par les instances coutumières de la Collectivité Léboue, seule compétente en la matière, est insusceptibles de recours pour excès de pouvoir comme ne faisant pas grief²⁰⁹ ». Ce qui est faux : l'acte de validation fait bel et bien grief vu les avantages que l'Etat accorde au Grand Sérigne du fait de son statut. La vérité, c'est que deux vérités juridiques s'opposent ici et que la justice administrative ne peut guère résoudre car rentrant dans un autre schéma de vie et d'éthique sociale. Depuis lors, l'Etat a retiré sa reconnaissance à Bassirou Diagne à la faveur de l'alternance de 2000 avant de le réhabiliter mais en concurrence avec un autre Grand Sérigne.²¹⁰

La décision de la Cour Constitutionnelle béninoise du 19 Février 2002 dans l'affaire EGBAKOTAN II va dans le même sens que celle de la Cour Suprême du Sénégal dans la logique de rupture entre justice étatique et justice locale. La requête visait le pouvoir royal. Monsieur Boris Gbaguidi portait plainte devant la Cour Constitutionnelle contre le Roi EGBAKOTAN II ; selon le requérant pour un crime ou délit, il appartenait au Roi et à sa cour de décider du sort du coupable. Pour les vols, le Roi demandait à ces sujets de mettre la main sur le voleur, celui-ci est conduit au Palais Royal pour y subir de véritables et humiliants sévices corporels. Le requérant estimait contraires à l'Etat de droit de tels sévices. En effet, personne n'étant habitué à faire de telles actions, on est alors en face d'une violation de la Constitution béninoise. Surtout du Préambule qui énonce que la justice est rendue au nom du Peuple béninois.

²⁰⁸ Citant Fustel de Coulanges, p 139

²⁰⁹ CS arrêt n° 60 du 1^{er} Avril 1989 in Editions Juridiques Africaines, Dakar, 1996, p13-14

²¹⁰ Grand Sérigne Ibrahima Diop puis à son décès Massemba Koki Diop

Le Roi soutient de sa part que des actes comme le vol, le viol, l'inceste sont interdits dans le Royaume de DASSA-ZOUME et par les coutumes d'IDAASHA ; il est normal alors que les coupables soient attachés à des cordes pour subir un châtement corporel consistant à le faire frapper de chicotte. La Cour Constitutionnelle déclare que le Roi de DAASA-ZOUME a dû agir à l'encontre de la Constitution.

Selon la Cour « considérant que la royauté n'est pas une institution de la République, que ni la Constitution, ni la loi ne donnent compétence au pouvoir royal en matière de justice... Que le roi se prévaut de la coutume, inflige des sévices corporels et des traitements inhumains et dégradants aux personnes en cause son action est inconstitutionnelle puisque violant l'article 18 de la Constitution ; qu'agissant comme ils le font, même pour prévenir des châtements divins beaucoup plus cruels, le Roi EGBAKOTAN II et sa cour violent la Constitution ». ²¹¹ Il ressort de ces exemples jurisprudentiels que deux formes d'Etat de droit nourrie par deux conceptions différentes de la justice et de l'équité, et s'il vous plaît, frontalement incompatibles sont concomitamment à l'œuvre en Afrique.

La deuxième contrainte qui pèse sur l'efficacité de la justice administrative est de nature financière. La justice coûte chère. Elle n'est pas gratuite, elle est payante et payée. Il en découle que ceux qui n'ont pas de quoi payer n'ont pas non plus accès à la justice administrative.

Dans l'Etat de droit, les droits sont à la vérité des privilèges et non des prérogatives Les droits de l'homme ne « se définissent » pas « comme l'ensemble des prérogatives reconnues et garanties par la société auxquelles tout individu peut aspirer du fait de son appartenance à la communauté ». Cette définition n'opère pas à l'étude des droits de l'homme et, en voie de conséquence, de l'Etat de droit ? Les droits de l'homme constituent -ils des prérogatives placées à la discrétion de l'homme ? Non! Dérivé du latin « praerogativa » dès 1235 qui, se rapportant aux centuries romaines, comporte l'idée de vote.

La prérogative était un privilège accordé à celles-ci de voter les premières. Puis le vocable a signifié avantage, honneur, privilège, don, faculté dont jouissent les êtres d'une certaine espèce ou d'un état donné à l'exclusion des autres plus nombreux. L'idée de « prérogative » implique à la fois celle de puissance et d'exclusivité. Elle présuppose qu'on dispose d'une certaine capacité de jouir de ces droits et de façon personnelle. En est-il ainsi des droits de l'homme ? La réponse est incontestablement non. En effet, pour jouir des droits que les droits de l'homme consacrent, il faut un intermédiaire : la bourse. Le portefeuille bien garni en Euro, Dollar, Yen, Rouble ou en franc CFA est la garantie la plus crédible de la jouissance des droits de l'homme. Il est une contrevérité manifeste que la constitution ou je ne sais quelle loi ou convention internationale garantissent les droits de l'homme.

Qu'on me cite un seul individu à qui la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme a jamais eu à payer son enseignement supérieur même si l'article 26 de celle-ci reconnaît l'égalité d'accès à cet enseignement en fonction du mérite. Même dans le service public, cette stipulation est controversée car il est mis des conditions qui excluent nombre d'apprenants d'accéder à l'enseignement supérieur. Combien d'ordonnances la Constitution sénégalaise du 22 Janvier 2001 a-t-elle payées pour les patients de l'Hôpital Le Dentec à Dakar ou ceux d'un hôpital de Kaolack quoique l'article 8 de la Constitution du 22 janvier 2001 ait reconnu à chaque sénégalais le droit à la santé ? Combien de véhicules la Convention interaméricaine des droits de l'homme a-t-elle distribuées aux chiliens pour mettre en application la liberté d'aller et de venir dans l'espace andin ?

²¹¹ CC 19 Février 2002 in www.accapuf.fr

L'un des droits les plus importants pour l'effectivité d'un véritable Etat de droit est un rêve pour la majorité des hommes : l'accès au juge. Beaucoup renoncent à une action judiciaire parce qu'ils n'ont pas de quoi se payer les frais de justice, que ce soit s'attacher les services d'un avocat ou, en cas de perte du procès, s'acquitter des dépens qui attendent ?

Aussi l'« éloignement de la justice » en raison de la pauvreté est-elle une entrave à l'exercice des droits dits de l'homme quoique la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme comme la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des peuples accordent ce droit de façon égalitariste à tous. Tant est si bien que la justice des droits de l'homme est une justice distributive discriminatoire par opposition à la justice commutative égalitaire si elle n'est pas égalitariste. Incidemment, l'Etat de droit est un Etat à géométrie variable et la justice administrative qui en est l'un des garants est une justice des privilégiés.

Aussi « le respect et la consolidation d'un Etat de droit dans lequel l'Etat et les citoyens sont soumis aux mêmes normes juridiques sous le contrôle d'une justice indépendante et impartiale »²¹² sont une incantation mystificatrice du constituant sénégalais.

En un mot comme en cent, la justice administrative pas davantage que la justice judiciaire²¹³ ne permet une protection maximale des droits et libertés garantis aux citoyens dans le cadre du système juridique sénégalais.

La protection de l'Etat de droit passe nécessairement par un contrôle adéquat et utile de tous les pouvoirs administratifs.

Depuis le chef de l'Etat jusqu'au plus bas niveau des hiérarchies administratives, aucune décision de l'Administration ne doit échapper à ce contrôle contrairement à ce que l'on observe dans l'activité jurisprudentielle des différentes juridictions administratives que le Sénégal a expérimentée depuis son indépendance.

Les problèmes qui gênent le système de protection doivent être levés dans le respect du génie du peuple sénégalais : il ne sert à rien d'instaurer des mécanismes de protection de droits dont les destinataires ne se reconnaissent pas ou qu'ils ignorent en tout point à la limite.

²¹² Préambule de la Constitution du Sénégal Op. Cit. Supra

²¹³ Dont l'article 92 de la Constitution du 22 Janvier a fait « le gardien des droits et libertés définis par la Constitution et les lois »