

Compte-rendu du petit déjeuner débat du 5 octobre 2017 avec M. Jean du Bois de Gaudusson, professeur à l'Université de Bordeaux.

La fabrique des institutions et de l'Etat de droit, retour sur quelques expériences en Afrique francophone.

Jean de Gaudusson : Mon propos est à la fois celui d'un théoricien universitaire, d'un observateur sur le terrain et d'un acteur, certes modeste mais dans des lieux et circonstances exceptionnels. L'approche des dispositifs institutionnels et juridiques de l'Afrique est souvent et encore actuellement victime d'un mythe persistant, celui du « mythe de la copie »: l'élaboration du droit est présentée comme s'effectuant en termes de mimétisme, réduisant le rôle des « jurislatoeurs » africains à celui de copistes rédigeant leurs textes et arrêts sous l'autorité, l'influence d'acteurs de l'extérieur. Cette présentation est entretenue par le discours légitimant, notamment pour leur position, de certaines élites des pays concernés insistant sur la performance des modèles exogènes sans toujours analyser les structures locales effectives et laissant à croire qu'elles font comme ailleurs, sous-entendu, aussi bien qu'ailleurs.

Contrairement à une opinion courante, cette approche, sous le seul angle de la copie de ce qui existe ailleurs, ne rend pas compte de la réalité et de la complexité qui la caractérise ; elle la dénature et occulte ce qui caractérise et fait l'originalité de la fabrique du droit et du rôle de chacun de ses acteurs.

De nombreux textes sont formellement proches de leurs équivalents issus d'autres grands systèmes internationaux, mais bien souvent (peut-être la plupart du temps), ils ont été élaborés par les « jurislatoeurs », personnes composites qui rassemblent juristes, experts, fonctionnaires et élus qui auront échangé, discuté, cherché, négocié pour arriver à un texte fini. Le processus de fabrication, et, plus encore, la manière dont ils sont interprétés, appliqués, instrumentalisés, seront fort différents de celui qui a cours sous d'autres latitudes.

Ainsi, en matière constitutionnelle, la similitude des textes avec, par exemple les normes du constitutionnalisme libéral et démocratique, ne saurait dissimuler qu'il y ait eu dans leur adoption un véritable processus de création normative qui a pu donner lieu des vifs débats, voire plus, entre les forces politiques. Et l'on sait qu'en certaines circonstances la lettre est souvent une apparence et en tout cas n'exclut pas les appropriations, les adaptations, les routinisations tant par les gouvernants que par les gouvernés. Il n'est pas rare que les textes intégrant toutes les garanties et tous les mécanismes d'équilibre inhérents à la théorie démocratique puissent n'être que des paravents utiles au maintien de régimes très peu soucieux de l'état de droit. Les démocraties illibérales, pour reprendre le terme du politologue Fareed Zakaria, ne manquent pas en Afrique. Zakaria désigne de la sorte les régimes dont les dirigeants sont élus mais qui ont une pratique

machiavélique, autoritaire du pouvoir, réduisant tout contre-pouvoir et limitant les libertés politiques.

Le propos ne doit pas être généralisé et l'on observe que le constitutionnalisme en Afrique ne joue plus simplement le rôle de figurant auquel il a longtemps été cantonné. Il est même en certaines circonstances à l'origine de mouvements violents de la part de ce que l'on a appelé des « patriotes constitutionnels » descendant dans la rue pour défendre le respect de la constitution menacée par le pouvoir, tentant notamment de la réviser ; les insurrections au Burkina Faso ou lors des « printemps arabes » et dans bien d'autres cas offrent des exemples des agissements de ces « insurgés constitutionnels » que l'on peut appeler des nouveaux acteurs constitutionnels...

En fin de compte, il est pertinent d'examiner le processus de fabrication du droit en Afrique non pas uniquement sous l'angle de la comparaison avec ce qui se fait ailleurs mais d'abord en examinant concrètement les manières dont sont dans la réalité produites les normes,

Dans cette perspective, et pour rendre compte de la réalité de cette fabrique telle qu'elle existe, deux acteurs parmi d'autres méritent d'être évoqués :

D'abord, *les juges constitutionnels* ont actuellement un rôle essentiel dans la fabrication du droit.

Ce droit, ils le font appliquer, dans des environnements politiques qui peuvent être difficiles, jusqu'à parfois être réquisitionnés lors des coups d'Etat ; et, en interprétant les textes, ils contribuent à le forger, avec imagination, inventivité et en prenant en compte les différentes sources du droit, international comme local.

Il y a aussi *les acteurs que l'on qualifiera de « l'extérieur »*. Leur influence n'est pas propre à l'Afrique mais celle-ci y est plus sensible. Elle subit plus que d'autre l'ordre juridique international ; mais là encore on observe que son rôle dans le marché mondial du droit qui se construit évolue. Ainsi la plupart des 54 pays d'Afrique ont conclu les grands pactes internationaux en matière de droits humains et tendent à les appliquer. La transposition des principes internationaux prend différentes formes et l'offre d'appui et d'expertise ne manque pas. En Afrique même, l'émergence de Cours régionales, rattachées à l'Union Africaine et aux différentes organisations sous-régionales du continent soumet le juge national à différents niveaux de contrôle. Les travaux d'harmonisation conduits dans différents domaines comme ce que fait l'OHADA dans le domaine du droit des affaires contribuent également à faire évoluer le paysage juridique africain.

Bref, en se méfiant de toute généralisation, l'Afrique devient plus présente et active dans ce grand mouvement contemporain de circulation juridique et institutionnelle. Non sans cependant devoir surmonter un certain nombre de défis qui lui sont propres.

Tout d'abord, l'Afrique participe à la réflexion normative tant par le dynamisme des intellectuels juristes africains que par la mise en œuvre de nouveaux dispositifs, mécanismes, et paradigmes constitutionnels avec par exemple ces principes de consensus et d'inclusivité qu'il faut bien combiner avec le principe majoritaire ; plus encore, l'Afrique participe à la réflexion sur les nouveaux défis constitutionnels tels ceux émanant des mouvements populistes, on en donnera d'autres exemples.

Ces nouveautés, des textes et des jurisprudences se différenciant de celles généralement en usage ailleurs, ne sont pas toujours comprises par une partie de la doctrine familière des théories les plus établies, oubliant que ces normes ne sont pas seulement édictées pour les facultés de droit ...du Nord mais pour faire face à des situations elles-mêmes inédites et souvent critiques. Il n'est pas interdit à une jurisprudence et à une ingénierie constitutionnelle, juridique considérée comme peu orthodoxe d'être en fin de compte victorieuse ! A une réserve fondamentale près : que les interprétations ne fassent pas dire au droit ce qu'il ne dit pas, et ne devrait pas dire, sous peine de le priver de ses fonctions axiologiques et de le transformer en instrument simplement et purement au service d'un usage perverti du constitutionnalisme et de ses valeurs.

Plus délicat encore est l'exercice consistant à inclure dans les textes fondamentaux les mythes fondateurs dont ne saurait se passer une constitution, tout en respectant les principes universels de la démocratie, eux –mêmes consacrés et reconnus par les Etats et organisations du continent africain. On y voit une condition fondamentale de l'ancrage du constitutionnalisme et de la démocratie en Afrique dans une réalité sociétale qui peut elle-même être marquée par une grande diversité de divisions ethniques, religieuses, coutumières.

Exercice difficile auquel se livrent parfois les constituants mais aussi et surtout les juges, par exemple lorsqu'ils sont confrontés au droit traditionnel ou coutumier et au sort à réserver à la justice coutumière.

Le juge constitutionnel africain ne peut ignorer les grands principes internationaux qui fondent l'universalité de la notion de démocratie, il en est le garant, et il lui est demandé de combler le décalage entre les institutions et les attentes et habitudes de la population. Comme certains auteurs le suggèrent, il s'agit d'adopter des approches endogènes et de consacrer les modes traditionnels de résolutions des conflits et les pratiques d'hybridation et de mixage normatif. La tâche est souvent ardue et certains droits que nous considérons comme fondamentaux, des femmes, des enfants, des minorités... doivent être acquis de haute lutte et leur respect est un défi.

On perçoit la difficulté de cet équilibre entre universalisme et relativisme culturel. Il y a concurrence et il peut y avoir conflit entre les sources de droit, international et local, entre différentes coutumes... On pourrait dire que l'Afrique est la victime de ces conflits et c'est la difficulté de la mission du juge, mais aussi du « jurislatureur » en général et de la doctrine que de concilier ces sources et de construire un droit cohérent, tout en contribuant à l'effort d'harmonisation à l'échelle des sous-régions et du continent.

Autant de questions qui illustrent les enjeux de cette fabrique du droit et les incertitudes et hésitations de l'expert qui, en fin de compte, sont la marque des débats au sein d'IDEFIE.

Débat :

Question : Qu'entendez-vous par l'Afrique est une victime ?

Réponse : Doublement victime : parce que l'Afrique est confrontée à une grande complexité avec peu de moyens. Elle a hérité de systèmes de droit qui lui ont été imposés de la colonisation et au moment de l'indépendance et l'on a quelque fois vu dans cette « importation » de systèmes de

l'extérieur la raison des dysfonctionnements que connaissent nombres d'Etats en Afrique. En outre, ce cadre juridique notamment international lui impose des obligations que faute de moyens, il lui est difficile de respecter. Comme on l'a dit, la situation évolue dans la mesure où l'Afrique participe à la construction du nouvel ordre international juridique et juridictionnel tout en prenant du recul par rapport aux théories et jurisprudences jadis considérées comme s'imposant naturellement, ce qui n'est plus le cas y compris dans les « pays de référence » confrontés à la nécessité de « ré-inventer », sinon la démocratie du moins ses traductions juridiques et institutionnelles

Q. : Y a-t-il un mouvement de retour vers la tradition ?

R. : C'est un phénomène réel mais qui se mêle avec d'autres réalités. La difficulté est que la référence aux mythes fondateurs est elle-même une construction, une convention qui peut varier selon les époques, les rapports de force, les interprétations qu'en font les différents acteurs. Que l'on songe au durcissement de l'application de la Charia dans des pays dont le système juridique repose de longue date sur le droit islamique sans grand effet constitutionnel. Ce qui a changé ce ne sont pas tant les sources, c'est leur application.