

UNE CONSTITUTION REGIONALE POUR L'ESPACE CEDEAO : LE PROTOCOLE SUR LA DEMOCRATIE ET LA BONNE GOUVERNANCE DE LA CEDEAO

Les Etats membres de la Communauté économique des Etats membres de la CEDEAO se sont doté d'un document juridique qui, par les principes et valeurs qu'il consacre, est une Constitution.

La nouveauté ici est qu'il est question d'une « Constitution régionale ». On pouvait encore avoir quelque doute sur son statut de Constitution ou sur la valeur constitutionnelle de ses dispositions. Le doute n'est plus permis avec la **DECISION DU 9 JUILLET 2009** que vient de rendre la Cour constitutionnelle du Togo. Ainsi que le fait remarquer **Stéphane Bolle dans son commentaire**, la Cour « *vise seulement le protocole CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, et non les autres engagements internationaux consacrant ce droit (Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 21 1. et Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 25 a)* ». Faisant montre d'une hardiesse et d'une ouverture d'esprit remarquables et privilégiant les textes endogènes (secrétés en Afrique) sur les textes exogènes venus d'ailleurs, le juge constitutionnel togolais contribue à « vulgariser » les dispositions du protocole et à « réhabiliter » ce texte important qui devrait être considéré comme le texte de référence du constitutionnalisme régional.

Au regard de son importance, ce texte mérite d'être présenté dans ses grandes lignes. Le document dont il est question porte exactement le titre ***Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité.***

Pour bien en cerner le sens et les enjeux, il importe d'étudier successivement :

- le contexte dans lequel il a été adopté
- son contenu
- et les difficultés que pourrait soulever sa mise en œuvre

1- Contexte dans lequel le Protocole a été adopté

Le Protocole dont il est question a été signé à Dakar le 21 décembre 2001. Comme l'indique son titre officiel, il se rattache au Protocole dit « de Lomé », adopté en décembre 1999, et qui porte sur le mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité. Plus indirectement, il se rattache également à d'autres instruments adoptés soit dans le cadre même de la CEDEAO, soit dans un cadre plus large, panafricain ou non. Ces divers instruments sont :

- le Traité de la CEDEAO lui-même, plus précisément son article 58, qui est relatif au « maintien de la paix » au sens large
- la Déclaration de l'OUA sur la sécurité, la stabilité, le développement et la coopération en Afrique (Abuja, 8 et 9 mai 2000)
- la Décision prise dans le cadre de l'OUA, en juillet 1999, relative à la réaction de l'OUA face aux changements anti constitutionnels de gouvernement

- la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981
- la Déclaration d'Harare adoptée par les Etats du Commonwealth le 20 octobre 1991
- la Déclaration de Cotonou adoptée le 6 décembre 2000 à l'issue de la IVème Conférence internationale sur les démocraties nouvelles ou rétablies

Au-delà de leur diversité apparente, et de la variété des contextes dans lesquels ils ont été adoptés, ces textes demeurent reliés par une certaine cohérence, par une certaine rationalité. Celle-ci consiste dans le lien, désormais bien établi, entre la paix et la stabilité politique. Plus précisément, le Protocole se fait l'écho de cette conception, qui a émergé dans les années 90, que les véritables menaces qui pèsent sur la paix du monde se trouvent désormais, non dans l'impérialisme ou la volonté de puissance des nations – comme ce fut le cas naguère –, mais bien dans leur instabilité interne, étant entendu que les dysfonctionnements politiques nationaux des Etats sont susceptibles de produire des conséquences transnationales.

Plus fondamentalement encore, cette relation entre la stabilité politique des Etats et la paix internationale participe de la formation de ce « droit d'ingérence » qui implique que les situations politiques nationales intéressent aussi la « communauté internationale », qui a désormais le droit, au moins, de se prononcer sur elles.

C'est de cette nouvelle tendance des relations internationales, de cette innovation audacieuse, que participe le Protocole sur la bonne gouvernance. Ce qui frappe en effet, c'est le caractère ambitieux de son écriture autant que de sa logique profonde. Elle est, d'un point de vue formel, non seulement structurée à la manière d'une Constitution, mais ses dispositions mêmes intéressent directement l'organisation et le fonctionnement des « pouvoirs publics constitutionnels » des Etats. Il faut, à cet égard, reconnaître ce qu'on pourrait appeler sa « témérité tranquille » : l'on a en effet déjà vu au moins un texte international prétendre à la qualité de « Constitution » - la fameuse « Constitution européenne » rejetée en 2005-, mais l'ambition affichée par ce texte n'était que symbolique, elle s'arrêtait à l'appellation. Au contraire, nous sommes ici en présence d'un texte *matériellement constitutionnel*, même s'il ne prétend pas l'être formellement. Il suffit, pour s'en convaincre, de se pencher sur le contenu du Protocole.

2 – Contenu du Protocole

Le Protocole se compose de trois « chapitres », dont le dernier porte sur les « dispositions finales ».

Le « chapitre 1 », au contenu très riche, est relatif aux « *Principes* ». Il s'agit d'abord de ce que les auteurs du texte appellent les « *principes de convergence constitutionnelle* » (section I). Il est question d'une série d'options constitutionnelles que le Protocole considère comme communs aux Etats membres de la CEDEAO. On peut donc y voir le volet « politique » de l'intégration économique, qui est l'objet initial de la Communauté.

Ces options sont, pêle- mêle, le principe de la séparation des pouvoirs, le respect des droits du Parlement et de ses membres, l'indépendance de la justice, les droits de la défense reconnus aux avocats, la transparence des élections et le bannissement de tout mode anti

constitutionnel d'accession au pouvoir. L'Etat doit être laïc. L'opposition politique doit être libre, et un système de financement public des partis politiques est encouragé. Les Etats membres de la CEDEAO doivent assurer l'exercice sans entraves des libertés publiques, et doivent également élaborer un **"statut" pour les anciens chefs d'Etat.**

S'agissant de l'épineuse question de l'organisation des élections, le Protocole interdit toute réforme importante de la loi électorale dans les six mois qui précèdent une élection, sauf si consensus clair se dessine pour la modification. Le fichier électoral des Etats doit être tenu à jour, et sa fiabilité doit être garantie ; les organes de surveillance des élections doivent être réellement indépendants et les scrutins eux-mêmes doivent se tenir à intervalles réguliers et prévisibles. Une fois le verdict des urnes délivré, celui-ci doit être respecté par tous les acteurs du jeu politique. Un esprit de « fair play » est encouragé, et toute « chasse aux sorcières » exclue, une fois les résultats connus.

Ce texte prévoit de façon précise qu'aucune réforme substantielle de la loi électorale ne doit intervenir dans les six mois précédant l'élection sans le consentement d'une large majorité des acteurs politiques. Il prescrit la tenue régulière des élections à date échue, l'observation des élections et l'assistance de la CEDEAO. Outre les principes constitutionnels et électoraux, le protocole dégage des principes de bonne gouvernance et recommande la promotion des droits des femmes et des enfants. Pour assurer le respect de ces dispositions et éviter la manipulation malintentionnée des normes constitutionnelles par les pouvoirs, le protocole prévoit, en cas de non-respect des principes, des sanctions applicables aux États. Sur le point particulier des élections, le protocole dresse une liste de principes dont le respect est requis des Etats. Sur la base de cet instrument sous-régional de garantie des principes démocratiques qu'est le Protocole, serait souhaitable la mise en place, à l'échelle de la CEDEAO, d'un mécanisme de suivi des violations des principes fondamentaux régissant les élections par les Etats qui aurait pour support un format admis par la CEDEAO. La mise en place de ce mécanisme servira à attirer l'attention sur les pays critiques dans lesquels la pro-activité s'impose pour éviter les dérives préjudiciables à la paix civile, à la démocratisation et au développement.

Le protocole est ainsi à la fois une bonne base et une source de légitimation de l'entreprise de l'adoption de normes et standards en matière électorale dans la région ouest africaine. Cela peut se révéler d'autant plus réalisable si l'on sait qu'il y a ailleurs dans le continent des expériences concluantes d'harmonisation des normes et pratiques électorales.

Au demeurant, le Protocole ne se contente pas d'exprimer ces « *principes de convergence constitutionnelle* ». Il énonce la possibilité, pour tout Etat membre, de solliciter l'aide et l'assistance de la CEDEAO dans l'organisation d'élections, « codifiant » ainsi une pratique de l'organisation inaugurée autour des années 90. Quelques directives sont même énoncées au sujet de l'organisation de la mission d'observation : il est nécessaire qu'elle soit composée de personnes dont l'indépendance est au-dessus de tout soupçon, qu'elle comporte des femmes, qu'elle ait un aperçu du « terrain » avant son déploiement, au besoin en se concertant avec les autorités du pays. La mission d'observation doit également produire un rapport au terme de son travail, et le Protocole indique même quelques règles relatives à la préparation et à l'élaboration de ce rapport.

L'armée fait l'objet d'une section spéciale (« section IV »). Cette insistance sur le statut des forces de sécurité se comprend aisément, si l'on se souvient que celles-ci ont été l'instrument de « coups de force », le moyen par lequel, précisément, des changements anti constitutionnels ont été opérés dans la quasi- totalité des Etats africains en général. Le Protocole insiste donc sur la neutralité politique de l'armée, ainsi que sur son caractère « *républicain* ». Il énonce la vocation des forces militaires des Etats, le rôle et les fonctions qui doivent être les siens : la défense de l'indépendance, la participation à des tâches de développement national et, éventuellement, à des missions de maintien de la paix confiées à l'organe militaire de la CEDEAO, l'ECOMOG, dont le Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion et de règlement des conflits avait institutionnalisé l'existence. Le Protocole sur la bonne gouvernance va jusqu'à donner des indications sur ce que doit être la conduite à tenir, pour des militaires chargés de « surveiller » des « manifestations » : interdiction de l'usage d'armes pour disperser des manifestations pacifiques, nécessité et proportionnalité de la violence que les forces de l'ordre pourraient éventuellement être amenées à utiliser...

L'ambition du Protocole sur la bonne gouvernance est également remarquable par le fait qu'il se limite pas à formuler des principes simplement « politiques », touchant des principes fondateurs de l'Etat. Il ne se contente pas non plus de mentionner des libertés de l'homme abstraitement considéré. Il va plus loin, il cherche à saisir celui-ci dans sa réalité d'être social et de sujet besogneux, c'est-à-dire d'individu inséré dans une collectivité et pourvu d'aspirations et de besoins. On pourrait, en reprenant des catégories développées par le constitutionnaliste français G. Burdeau, dire qu'il ne s'attache pas seulement au « citoyen », mais s'intéresse également à l' « homme situé », ou encore, qu'il n'est pas seulement pénétré de « démocratie politique », mais également de « démocratie sociale ». En effet, il cite, au titre des devoirs des Etats, « *la lutte contre la pauvreté* » et « *la promotion du dialogue social* ». Au titre du premier objectif, les Etats doivent faire tout leur possible pour satisfaire les besoins et services essentiels des populations. Cela passe par la création d'un environnement favorable à l'investissement privé, et par la mise en place de mécanismes de solidarité nationale et de répartition équitable des revenus. Quant à la promotion du dialogue social, il suppose l'existence d'un cadre légal favorable aux syndicats ainsi que des mécanismes institutionnalisés d'échanges entre « partenaires sociaux », avec éventuellement la participation de l'Etat.

Le Protocole évoque aussi, à côté des droits de la personne en général, les droits de catégories particulières de la population, comme les femmes et les enfants. Pour les premières, l'accent est mis sur la nécessité d'éliminer toute forme de discrimination à leur égard, et pour les seconds, le texte insiste plus particulièrement sur le droit à l'éducation, la prohibition de tout asservissement, par le biais du travail ou de tout « *trafic* ».

L'existence, dans un instrument international comme le Protocole, de *mécanismes de sanction* des obligations des Etats constitue un autre fait assez surprenant. Tel est l'objet du « chapitre II ». Le fait confirme ce qui a été dit, au sujet du caractère quelque peu « téméraire » du Protocole. Il n'est en effet pas courant que des textes de cette nature soient assortis de sanctions. Or, il s'agit ici, manifestement de « marquer le coup », d'indiquer clairement que l'on entend sortir des « proclamations de principe » pour adopter de véritables engagements juridiques, que l'on entend substituer au « droit mou » un droit impératif.

La « révolution » est d'autant plus profonde que l'événement susceptible de déclencher lesdites sanctions est défini en termes plutôt « généraux », ce qui ne laisse pas de surprendre eu égard aux graves conséquences qui s'attachent à la transgression des dispositions du Protocole. Ce fait-condition, cette cause de sanction, c'est en effet la « *rupture de la Démocratie par quelque procédé que ce soit* » ou « *la violation massive des droits de la personne dans un Etat membre* ». Ces événements ne sont pas définis avec toute la rigueur souhaitable, et l'on peut craindre qu'ils ne soient interprétés de manière extensive, pour justifier une sanction infligée à un Etat. Il est vrai que l'on peut comprendre le laconisme des rédacteurs du Protocole, qui, ce faisant, souhaitaient sans doute ménager une part de liberté à la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement, organe habilité à prendre les sanctions en question.

Dans un ordre de leur gravité, ces sanctions sont les suivantes :

- le refus de soutenir les candidatures présentées par l'Etat qui a méconnu ses engagements à des postes électifs dans les organisations internationales
- le refus de tenir une réunion de la CEDEAO sur le territoire de l'Etat en cause
- la suspension de cet Etat dans toutes les instances de la CEDEAO.

Il est toutefois précisé que pendant la période de suspension, « *la CEDEAO continuera de suivre, d'encourager et de soutenir tout effort mené par l'Etat membre suspendu aux fins de retour à la vie institutionnelle démocratique normale* ».

L'insertion d'une disposition de cette nature est révélatrice. Elle atteste que les rédacteurs du Protocole sur la bonne gouvernance, tout soucieux qu'ils ont été de concrétiser des valeurs démocratiques, n'en sont pas moins restés « réalistes », et n'ont pas perdu de vue les difficultés, indépendantes de sa volonté, qu'un Etat peut rencontrer dans l'exécution de ses engagements internationaux. Comme tout instrument juridique, le Protocole pourrait donc, à l'épreuve des faits, se révéler, au moins provisoirement, totalement ou partiellement inapplicable. Il faut donc, au-delà de l'hypothèse que voilà, se pencher sur ses difficultés d'application en général.

3 – Les difficultés d'application du Protocole

La première difficulté d'application du Protocole sur la bonne gouvernance tient à sa nature juridique. En effet, il constitue bien un traité international, même si sa structure et son contenu ne se rencontrent pas habituellement. Cela signifie que son destin, c'est-à-dire les suites qui lui seront réservées, dépendent de ces Etats, libres de les ratifier ou non. A cet égard, ces derniers ne sont évidemment soumis à aucune contrainte. S'ils refusent ou rechignent à exprimer leur consentement à être liés par cet instrument, nul ne pourra leur en faire grief, du moins du strict point de vue des principes juridiques.

La nature conventionnelle – c'est-à-dire le caractère de traité international – du Protocole comporte ainsi une autre conséquence : c'est l'incertitude susceptible de peser sur l'égalité de ses conditions d'application. En d'autres termes, son application pourrait faire apparaître des distorsions, ou des déphasages, selon les Etats, selon les circonstances. Le risque que les Etats « rudent » avec leurs obligations est d'autant plus grand que le Protocole s'est « ingéré » dans un secteur sensible de la souveraineté de ces Etats, qui est celui de leur organisation constitutionnelle, politique, administrative. On pourrait, en caricaturant un peu les choses,

avancer que les Etats n'ont, avec le Protocole, que des obligations à assumer et presque aucun avantage à tirer. Ce fait ne les prédispose bien sûr pas à exécuter allègrement leurs engagements.

La deuxième difficulté d'application du Protocole sur la bonne gouvernance tient au fait que, comme nous l'avons vu, il demeure un instrument juridique matériellement constitutionnel, c'est-à-dire que les dispositions qu'il renferme touchent la matière constitutionnelle même : le statut du pouvoir dans l'Etat, l'organisation des « pouvoirs publics », les rapports que ceux-ci entretiennent entre eux, les droits et libertés fondamentaux, l'organisation juridictionnelle... Or, il existe un autre instrument juridique qui a trait à ces questions, et qui n'est autre que la Constitution même des Etats membres. Cela signifie qu'avec l'entrée en vigueur du Protocole, l'on aura deux textes fondamentaux gouvernant une même matière, et donc, des sources de conflits potentiels entre eux.

On peut tenter d'écarter le spectre d'un tel conflit en invoquant un principe général de solution, qui est la supériorité du droit international sur le droit interne, et donc la primauté du Protocole sur les Constitutions nationales des Etats. Dans l'ordre international tout au moins, une telle primauté ne fait pas question, elle est par exemple énoncée dans un texte aussi important que la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (articles 27 et 46 notamment). Mais justement, une telle solution ne s'impose avec évidence que dans l'ordre international. Dans l'ordre interne, c'est-à-dire du point de vue du juge national notamment, une telle suprématie de l'instrument international ne va pas de soi. S'appuyant sur le titre en vertu duquel il accomplit son office – qui est un titre constitutionnel, national -, ce juge pourrait ne pas concevoir facilement qu'une norme « extérieure » vienne s'imposer à ce titre. Telle est, on le sait, la position de juridictions comme celles de la France, pays dont le système juridique, et volontiers la jurisprudence, inspirent la plupart des Etats membres de la CEDEAO.

Mais même dans l'hypothèse où la prépondérance du Protocole serait assurée, l'application des dispositions de celui-ci ne laisserait pas d'être problématique, eu égard à leur nature même de règles matériellement constitutionnelles. Telle est la troisième difficulté d'application du texte conçu par les Etats membres de la CEDEAO. Il existe en effet une spécificité de la norme constitutionnelle, qu'elle soit nationale ou « internationale ». Cette spécificité consiste dans son caractère essentiellement, substantiellement laconique, évasif. Une règle constitutionnelle est souvent formulée de manière plutôt « vague ». Cette « texture ouverte » n'est pas une lacune ou un accident, elle est au principe même d'une norme dont la vocation est précisément de supporter une interprétation évolutive, c'est-à-dire, en fait, changeante. D'autre part, cette norme est rarement « self executing », elle a souvent besoin d'être concrétisée, d'être mise en œuvre, au sens fort du terme, par des normes de rang inférieur. Elle est donc, fondamentalement, une règle « générale ». Les dispositions du Protocole sur la bonne gouvernance n'échappent pas à ces données. Elles pourraient, à l'épreuve des faits, nécessiter des précisions, réclamer que l'interprète les dote d'un contenu.

Enfin – quatrième difficulté d'application -, la mise en œuvre du Protocole pourrait être contrariée par des circonstances données. Un texte juridique, en effet, s'insère toujours dans un contexte, qui en permet l'application ou l'observation. Que ce contexte manque, et le texte deviendra lettre morte. En ce sens, toute prescription juridique est conditionnée, au moins implicitement. Pour obvier à ces circonstances contraires, les instruments juridiques internationaux, notamment ceux qui énoncent des droits ou des libertés – ce qui est aussi le cas

du Protocole sur la bonne gouvernance -, prévoient souvent des périodes de « suspension » de leur application, par le biais de « clauses de sauvegarde ». Or, le Protocole n'en contient aucune, et n'entrevoit même pas la possibilité de son inapplication momentanée. Une telle « omission » est curieuse, quand on sait que le réflexe des gouvernements, confrontés à un contexte adverse, est de décréter la « suspension de la Constitution ». C'est pour cela, du reste, que les Constitutions nationales elles-mêmes évoquent, au moins dans leur principe, ces dérogations à l'Etat de droit que sont, par exemple, l' « état d'urgence », l' « état de siège », l' « état de guerre », les « circonstances exceptionnelles » et autres « pouvoirs de crise », toutes notions dont le contenu est bien sûr variable, mais dont l'esprit ou la finalité reste la même : la suspension de la légalité normale, dont la plus symbolique et la plus forte est la « légalité constitutionnelle ».

Ismaila Madior FALL et Alioune SALL
Agrégés des Faculté de droit.
Faculté des sciences juridiques et politiques
Université Cheikh Anta Diop