

MANUEL PRATIQUE DES DROITS DE L'HOMME

Deuxième édition

Sous la direction de :

- ◆ *Alioune SALL*
- ◆ *Sidy Alpha NDIAYE*

UCAD

IDHP

KAS

MANUEL PRATIQUE DES DROITS DE L'HOMME

Deuxième édition

Presses Universitaires de Dakar

**© Presses Universitaires de Dakar
Dakar (Sénégal), Mars 2022
Tous droits de traduction, de reproduction et d'adaptation
réservés pour tous pays**

ISBN : 978-2-36895-097-5

EAN : 9782368950975

REMERCIEMENT

La réalisation de cet ouvrage, dédié aux droits de l'homme, n'aurait pas pu se faire sans la dynamique coordination de Monsieur Sylla SOW, Maître de conférences assimilé en droit public à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar et Directeur des Études de l'Institut des Droits de l'Homme et de la Paix (IDHP).

MOT DE L'INSTITUT DES DROITS DE L'HOMME ET DE LA PAIX

Penser les droits de l'homme en termes de catégorie juridique est une vue de l'esprit qui ne s'accommode plus aux mutations de notre modernité juridique. Ils renvoient davantage à un paradigme transportant, un enjeu de civilisation. En ce sens, comme objet civilisationnel, ils transgressent les frontières classiques du droit et réinventent une nouvelle épistémologie du droit en Afrique. Ils déstructurent les classifications traditionnelles, devenues anachroniques, et créent des passerelles ou des congruences disciplinaires. En somme, les droits de l'homme essaient dans toutes les disciplines du droit.

Ce « Manuel pratique des droits de l'homme » invite à saisir le paradigme transdisciplinaire des droits de l'homme par la convocation d'une charge critique de catégories perçues, à travers les différentes contributions réunies, comme des espaces d'expression des droits fondamentaux. L'ouvrage parcourt, décrit et explique la dualité de l'univers épistémique des droits de l'homme. D'une part, le prisme horizontal des rapports sociaux *individu-individu* questionne le vivre-ensemble africain. D'autre part, le versant vertical des relations *État-individu* interpelle sur une querelle dont l'arbitrage en faveur de l'une ou de l'autre des parties au dialogue débouche soit sur l'autoritarisme, soit sur le tournant de la démocratie libérale. Au demeurant, l'interdit totalitaire explique la sur-présence des droits de l'homme dans toutes les catégories juridiques. C'est en cela que sa dimension paradigmatique est postulée. L'ouvrage en ce sens est éclectique en ce qu'il aborde, sans être exhaustif, l'enfant, la famille, le travailleur, l'*institutionnel*, l'État-capable, le pouvoir dans ses différents avatars, les normes qu'il s'agisse de celles de l'ordre juridique ou qu'il s'agisse des normes sociales traduisant un « code culturel » non positivé. Par conséquent, l'ouvrage propose une introspection dans les linéaments de l'État de droit dans sa vocation substantielle et non pas seulement formelle. La mobilisation des collègues de droit privé et de droit public confirme la vocation transversale et transfrontière de l'ouvrage. L'Institut des Droits de l'Homme et de la Paix (IDHP) les remercie de leur accompagnement scientifique.

Ce « Manuel pratique des droits de l'homme » essaye de convaincre que les droits de l'homme sont des « ressources dogmatiques communes » à toutes les disciplines. Cet empirisme, postulé par la fondamentalisation *du droit* ou *des droits*, se manifeste à plusieurs égards : les questions foncières ne sont que le sous-produit du droit de propriété, la violence au civil, un succédané des traitements inhumains et dégradants, le licenciement abusif, un ersatz de l'égal accès à l'emploi *etc.* D'autres catégories juridiques postulent la même filiation fondamentale, la voie de fait et l'emprise irrégulière notamment.

Ce « Manuel pratique des droits de l'homme », en réalité, continue et complète une œuvre du même nom initiée par le Professeur El Hadji MBODJ, ancien Directeur de l'IDHP et parue en 1996. Dès lors, il procède d'une volonté de captation des mutations institutionnelles et normatives des droits de l'homme en Afrique constatée depuis près de 30 ans : la conversion aux droits de l'homme de la CEDEAO qui a procédé à sa mue en promouvant une conception holistique de l'intégration, le contentieux devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples qui concrétise la subjectivisation des droits des peuples, à côté des droits individuels promus, la jurisprudence réaliste et constructiviste des juridictions constitutionnelles investies dans une normativité sociale atypique en Afrique, l'inaptitude de l'État gendarme africain à se constituer débiteur fiable des droits post-historiques (droits-créances et droits de solidarité) *etc.*

Ce « Manuel pratique des droits de l'homme » est donc un hommage à la pensée avant-gardiste du Professeur El Hadji MBODJ. C'est une fierté de ressusciter un de ses legs à la science du droit en Afrique.

Cet ouvrage a pu être réalisé grâce au concours de la Fondation Konrad Adenauer. Dire que la Fondation Konrad Adenauer, empreinte de l'idéal d'État de droit, accompagne l'IDHP dans la déclinaison de ses activités scientifiques est un lieu commun. Toutefois, c'est le lieu, ici, de leur manifester une profonde reconnaissance.

Sidy Alpha NDIAYE,
Directeur de l'IDHP
Agrégé des Facultés de droit

MOT DU PROGRAMME POUR LA PROMOTION DE L'ÉTAT DE DROIT EN AFRIQUE SUBSAHARIENNE DE LA FONDATION KONRAD ADENAUER

Au cours des dernières décennies, le Sénégal a fait le choix d'enraciner les droits fondamentaux au sein de son ordre juridique.

Qu'il s'agisse des droits de l'homme et des libertés publiques « classiques » (liberté, sécurité, propriété, etc.), des droits civils et politiques (citoyenneté, droit de vote, éligibilité, séjour et circulation, etc.), des droits économiques et sociaux (droit au travail, à la santé, à l'éducation, à un revenu décent etc.) ou encore des droits dits de troisième génération (droits relatifs à la solidarité, à un environnement sain, etc.).

Si bien qu'aujourd'hui, les droits fondamentaux irradiant l'ensemble des branches du droit et nourrissent un contentieux toujours plus dense, tant devant les juridictions nationales que devant les cours et organes sous-régionaux et régionaux.

Les droits fondamentaux sont fondateurs de l'État de droit, il convient de le rappeler.

Ce sont les droits fondamentaux qui posent l'État en tant qu'État de droit, et l'État n'a pour fonction que de les concrétiser et les garantir à la fois.

La souveraineté normative de l'État lui donne ainsi l'obligation juridique, sanctionnable par toutes sortes de procédés (juridictionnels, démocratiques, y compris le droit de résistance à l'oppression et les recours internationaux), d'inscrire les droits fondamentaux dans son corpus juridique et d'en assurer leur réalisation effective.

Le citoyen sénégalais doit avoir conscience de cette obligation qui pèse sur l'État et ses représentants, mais aussi et surtout de sa capacité de contraindre ces derniers à la respecter.

Cet ouvrage réalisé en partenariat avec l'Institut des Droits de l'Homme et de la Paix (IDHP) vise à l'affirmer haut et fort.

Abordant tour à tour les sources normatives des droits de l'homme au Sénégal, leur contenu et les moyens permettant d'assurer leur protection, le « Manuel pratique des droits de l'homme » a pour objectif d'informer, d'instruire et de vulgariser l'arsenal juridique existant en la matière.

Il s'agit ici de dépasser les frontières du monde universitaire, intellectuel ou expert sur ce sujet, et de permettre au citoyen de comprendre effectivement et se saisir de ses droits.

Cet ouvrage apparaît ainsi comme un véritable outil d'utilité publique. Et c'est une réelle fierté et un honneur pour notre Programme pour la promotion de l'État de droit en Afrique subsaharienne d'y être associé.

La vision que nous portons est en effet celle d'une promotion, d'une défense et d'un soutien acharnés de toutes les initiatives visant à faire bouger les lignes des démocraties africaines, dans le sens d'une amélioration de l'État de droit, et ce dans toutes ses composantes : droits humains, justice, bonne gouvernance, constitutionnalisme, paix et sécurité.

L'IDHP n'est pas une simple structure parmi d'autres au Sénégal en matière de droits humains. Elle en constitue un moteur. Un moteur en puissance.

Par la qualité de ses formations et enseignements, par son dynamisme notamment au travers de sa participation, voire de l'organisation, aux côtés de notre Fondation, de séminaires sur des problématiques essentielles dans ce domaine.

Sa récente obtention du statut de membre affilié auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples apporte la démonstration que l'IDHP est voué à rayonner au-delà du territoire sénégalais, sur l'ensemble du continent.

Ce qui en fait un acteur de poids dans la promotion et la protection des droits humains, et un partenaire stratégique pour notre Bureau régional.

Cher partenaire, nous vous adressons un immense bravo pour le travail accompli et un chaleureux remerciement pour la confiance que vous nous témoignez.

Chers lecteurs, du Sénégal ou d'ailleurs, nous vous souhaitons une excellente lecture, espérant que celle-ci avivera la flamme des défenseurs des droits que vous êtes.

Ingo Badoreck, Directeur
Margaux Wipf, Coordinatrice principale

SOMMAIRE

Remerciement	5
Mot de l'Institut des Droits de l'Homme et de la Paix	7
Mot du Programme pour la promotion de l'état de droit en Afrique subsaharienne de la fondation Konrad Adenauer	9
Sommaire	11
Liste des abréviations.....	15
Préface	19
CHAPITRE INTRODUCTIF	23
Section 1 : La définition des libertés publiques	25
Section 2 : Les modes d'expression des libertés.....	26

PREMIÈRE PARTIE : LES SOURCES NORMATIVES DES DROITS DE L'HOMME

TITRE I : LES SOURCES INTERNATIONALES.....	33
CHAPITRE 1 : LA DÉCLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME	
Par Sylla SOW, Maître de conférences assimilé - UCAD.....	34
Section 1 : Le contenu de la Déclaration universelle des droits de l'homme	34
Section 2 : La portée de la Déclaration universelle des droits de l'homme	35
Section 3 : Les déclinaisons de la Déclaration universelle des droits de l'homme : les Pactes internationaux des Nations Unies relatifs aux droits civils et politiques et aux droits sociaux, économiques et culturels.....	36
CHAPITRE 2 : LES CONVENTIONS INTERNATIONALES VISÉES PAR LA CONSTITUTION DU SÉNÉGAL DU 22 JANVIER 2001	
Par Sylla SOW, Maître de conférences assimilé - UCAD.....	38
Section 1 : La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979.....	38
Section 2 : La Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989	41
Section 3 : La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples	45

TITRE II : LES SOURCES NATIONALES.....	60
CHAPITRE 1 : LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION	
Par Boubacar BA, Agrégé des Facultés de droit - UCAD.....	61
Section 1 : Le contenu matériel du préambule.....	62
Section 2 : La valeur du préambule.....	70
CHAPITRE 2 : LA CONSTITUTION	
Par Boubacar BA, Agrégé des Facultés de droit - UCAD.....	78
Section 1 : Les droits de la première génération.....	79
Section 2 : Les droits de la deuxième génération.....	85
Section 3 : Les droits de la troisième génération.....	91
CHAPITRE 3 : LA LOI	
Par Boubacar BA, Agrégé des Facultés de droit - UCAD.....	97
Section 1 : Les garanties législatives des droits de l'homme.....	98
Section 2 : l'efficacité de la législation des droits de l'homme....	104

DEUXIÈME PARTIE : LE CONTENU DES DROITS DE L'HOMME

TITRE I : LES DROITS DE LA PERSONNE HUMAINE.....	111
CHAPITRE 1 : LES DROITS DE L'INDIVIDU	
Par Ababacar GUEYE, Maître de conférences assimilé - UCAD.....	111
Section 1 : La sûreté.....	111
Section 2 : La protection de la vie privée.....	114
Section 3 : L'égalité devant la loi.....	121
Section 4 : La liberté d'expression et d'opinion.....	127
Section 5 : La liberté religieuse.....	151
Section 6 : La liberté d'aller et de venir.....	155
CHAPITRE 2 : LE DROIT DE PROPRIÉTÉ	
Par Cheikh Abdou Wahab NDIAYE, Agrégé des Facultés de droit - UCAD.....	156
Section préliminaire : Introduction générale.....	156
Section 1 : Les propriétaires.....	167
Section 2 : Les atteintes au droit de propriété.....	182
CHAPITRE 3 : LA PROTECTION DE LA FEMME ET DE L'ENFANT	
Par Ndeye Coumba Madeleine NDIAYE, Agrégée des Facultés de droit - UCAD.....	190
Section 1 : Le statut de la femme.....	194
Section 2 : Le statut juridique de l'enfant.....	238

Section 2 : Les organes de protection	462
CHAPITRE 2 : LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES DROITS DE L'HOMME AU NIVEAU SOUS-REGIONAL Par Alioune SALL, Professeur titulaire des Universités - UCAD.....	482
Section 1 : Une protection assumée et organisée : la CEDEAO	483
Section 2 : Une protection avortée : la Communauté d'Afrique de l'Est et la Communauté de déve- loppement de l'Afrique australe	485

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AHRLJ :	African Human Rights Law Journal
AJDA :	Actualité juridique Droit administratif
ANSD :	Agence nationale de la Statistique et de la Démographie
AOF :	Afrique-Occidentale française
AUF :	Agence universitaire de la Francophonie
CADHP :	Commission africaine des droits de l'homme et des peuples
CAE :	Communauté d'Afrique de l'Est
CC :	Code civil
CC. :	Cour constitutionnelle
CCJA :	Cour commune de justice et d'arbitrage
CCNI :	Convention collective nationale Interpro- fessionnelle
CE :	Conseil d'État
CEACR :	Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations
CEDEAO :	Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest
CEDEF :	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CEDH :	Cour européenne des droits de l'homme
CEMAC :	Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale
CER :	Communautés économiques régionales
CF :	Code de la famille du Sénégal
CGI :	Code général des impôts
ch. adm. :	chambre administrative
ch. civ. :	chambre civile
ch. com. :	chambre commerciale
ch. soc. :	chambre sociale
Charte africaine :	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

CIDE :	Convention internationale des droits de l'enfant
CIJ :	Cour internationale de Justice
CNRA :	Conseil national de Régulation de l'Audio-visuel
CNRS :	Centre national de la Recherche scientifique
Commission africaine :	Commission africaine des droits de l'homme et des peuples
Commission de l'UA :	Commission de l'Union africaine
Convention de Kyoto :	Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers
COOC :	Code des obligations civiles et commerciales
Cour africaine :	Cour africaine des droits de l'homme et des peuples
CPC :	Code de procédure civile
CPP :	Code de procédure pénale
CREDILA :	Centre de Recherche, d'Étude et de Documentation sur les Institutions et les Législations Africaines
CREI :	Cour de Répression de l'Enrichissement illicite
CRISP :	Centre de recherche et d'information socio-politiques
CS :	Cour Suprême
Cs. :	Cour de cassation
CURRAP :	Centre universitaire de Recherches sur l'Action publique et le Politique
DDHC :	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789
DUDH :	Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948
EDJA :	Éditions juridiques africaines
EHCVM :	Enquête harmonisée sur les Conditions de Vie des Ménages
GF :	Groupe Flammarion
ISRA :	Institut sénégalais de Recherches agricoles

JORS :	Journal officiel de la République du Sénégal
LGDJ :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LGF :	Librairie générale française
NEF :	Nouvelles éditions africaines
OCDE :	Organisation de coopération et de développement économiques
OHADA :	Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique
OIT :	Organisation internationale du Travail
ONCAD :	Office national de Coopération et d'Assistance pour le Développement
ONU :	Organisation des Nations unies
OUA :	Organisation de coopération et de développement économiques
PIDCP :	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
Presses UT1 :	Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole
Protocole de Malabo	Protocole relatif aux amendements au Protocole sur le Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme
Protocole de Maputo	Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique
Protocole de Ouagadougou	Protocole créant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples
PUF	Presses universitaires de France
RAMReS	Revue Africaine et Malgache de Recherche Scientifique
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGDIP	Revue Générale de droit International Public
RIAN	Règlement intérieur de l'Assemblée nationale
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
SADC	Communauté de développement de l'Afrique australe
TPOM	Droit africain du travail

UA
UCAD
UEMOA

Union africaine
Université Cheikh Anta Diop de Dakar
Union économique et Monétaire Ouest
Africaine

PRÉFACE

Sébastien TOUZÉ

*Professeur à Paris Panthéon-Assas Université
Directeur de la Fondation René Cassin
Vice-Président du Comité contre la torture des Nations Unies*

« Notre ambition est de contribuer à la promotion et à la protection des droits de l'homme en Afrique. Nous avons le sentiment très net que la première démarche vers le règne des droits de l'homme est la pleine connaissance de ces droits par les personnes au profit desquelles ils sont édictés. Cette connaissance populaire des droits de l'homme ne peut être transmise que par des enseignants de tous les niveaux et par les intellectuels leaders ou non des formations politiques ».

Ces quelques mots de Kéba MBAYE concluant l'avant-propos de son formidable ouvrage intitulé « Les droits de l'homme en Afrique »¹ trouvent dans l'ouvrage dont vous vous apprêtez à entamer la lecture un formidable relai : celui de la connaissance militante ou, pour être un peu plus neutre, de la réflexion simplement nécessaire et indispensable. Nécessaire et indispensable car la construction et la vie d'une société humaine ayant en partage les valeurs de l'État de droit passent indubitablement par la reconnaissance à celles et ceux qui la composent, des droits et des devoirs nécessaires à sa survie et que seuls ceux qui savent pourquoi et comment s'en prévaloir, sont en mesure de les invoquer effectivement. À cette fin, il est heureux que deux brillants universitaires dakarois participent à cette réflexion et à cette transmission fondamentale dans le cadre de ce très bel ouvrage.

Participant à cette action, *ce Manuel pratique des droits de l'homme au Sénégal* est en effet amené à devenir une référence tant il apporte à la défense et à la promotion des droits et des libertés. Il le

1. K. MBAYE, Les droits de l'homme en Afrique, Pedone, Paris, 1992, p. 10.

fait de manière élégante et précise tout en prenant aussi le risque d'offrir au lecteur une vision (que l'on doit trouver pertinente) des aspirations d'une société. Ceci transparait en effet à travers une approche transversale dans laquelle le droit est lu à la lumière des droits fondamentaux et des libertés qui doivent nécessairement guider sa mise en application et sa sanction. Non limité à une approche théorique, ce qui est ici martelé à chaque ligne est la mise en œuvre concrète et effective de ces garanties essentielles qui fondent un espace démocratique respectueux des valeurs de l'État de droit. En cela, ce Manuel pratique est un outil indispensable bien entendu pour l'étudiant qui doit avoir une vision complète des règles juridiques qu'il est amené à apprivoiser dans le cadre de son apprentissage mais aussi et surtout pour le praticien qui y trouvera l'ensemble des informations indispensables dans le cadre de ses fonctions qu'elles soient de conseil ou juridictionnelles.

Au-delà, cet ouvrage arrive à point nommé et participe à une réflexion renouvelée sur les droits et les libertés. Cette réflexion s'appuie sur une idée réaliste des finalités établies dans la proclamation des droits et qui, sans les remettre en cause ou les occulter, doivent être systématiquement confrontées à la vérité humaine et sociale. L'on voit en effet trop d'écrits qui se détachent de cette vérité et qui occultent, le plus souvent par dogmatisme, les spécificités sociales, sociologiques, historiques, économiques, politiques ou autres au profit d'une approche chirurgicale totalement désincarnée et diamétralement opposée à cette visée universelle que prône la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Pensés et appliqués dans les différences, les droits et les libertés ne sont pas remis en cause mais ils sont au contraire définis, pensés et adaptés afin de se déployer dans des sociétés par nature différentes mais qui restent focalisées sur l'objectif ultime d'une protection effective des droits de l'Homme.

En lisant ce Manuel, l'on se rend ainsi compte que seul ce dernier objectif doit être poursuivi mais qu'il ne peut l'être qu'en rappelant que si la proclamation universelle et régionale reste un socle intangible, la réalisation des droits qui y sont énoncés est attendue dans la mise en œuvre des règles internes de chaque État, seules à même de régir la situation juridique des individus et les rapports que ceux-ci entretiennent avec les autorités nationales. Et c'est justement cette vérité juridique qui est rappelée par les professeurs Alioune Sall et Sidy Alpha Ndiaye lorsqu'ils font le choix d'une approche résolument tournée vers la mise en application concrète et sur la connexion constante

avec tous les domaines du droit interne. Ce faisant, ce Manuel apporte de manière évidente à la nécessaire promotion des droits de l'homme dont faisait état Kéba Mbaye mais il va au-delà et nous rappelle également que si la réalisation des droits passe par leur nécessaire connaissance, elle est tributaire et doit être liée à une réalisation collective de ceux-ci. Les auteurs le relèvent d'ailleurs dans leur définition des libertés tout en rappelant une réalité souvent oubliée. Les droits de l'homme sont des normes sociales qui sont amenées à évoluer en fonction des sociétés. À ce titre, leur définition est en constante mutation et n'est ainsi aucunement figée. Mais, plus encore, ces mêmes normes sont amenées à évoluer au sein d'une collectivité humaine qui doit être la principale créancière de leur respect. Si l'individu se voit reconnaître des droits et des libertés, leur exercice plein et entier ne peut se faire qu'en tenant compte des intérêts de la communauté au sein de laquelle ils sont amenés à évoluer. La revendication individuelle n'est ainsi admissible que si elle contribue à la consolidation des valeurs et des principes sur la base desquels la communauté a été fondée et est amenée à vivre ; l'inverse aboutissant à la négation de ces derniers et à l'anéantissement de la vie sociale de la communauté. La reconnaissance des droits peut ainsi aussi passer par la limitation de leur exercice en fonction des intérêts supérieurs de la Communauté. Cette approche très concrète, souvent écartée au profit d'un individualisme exacerbé, ne vaut bien évidemment pas pour les droits absolus mais participe incontestablement à la promotion et à la défense des droits et sert tant leur efficacité que leur effectivité.

Mais au-delà, et ce Manuel le présente de manière complète, ce sont les acteurs de la protection qui sont aussi à identifier tant leur rôle est essentiel dans le schéma fonctionnel de la proclamation. À ce titre, l'on constatera que la structure de l'ouvrage est totalement pertinente. Si sur le plan normatif, le point de départ est international, la question de la sanction des droits est envisagée principalement au niveau national. Cette évidence bien élégamment posée par les professeurs Alioune Sall et Sidy Alpha Ndiaye ne l'est pas toujours et, pourtant, elle joue un rôle essentiel dans la mise en œuvre des droits et des libertés qui repose principalement sur les autorités nationales ; les organes internationaux (qu'ils soient juridictionnels ou non) n'intervenant qu'à titre subsidiaire. Si certaines particularités du contentieux international, particulièrement bien exposées dans ce Manuel, permettent exceptionnellement de s'écarter de cette logique, il n'en demeure pas moins que la pleine réalisation des droits et des libertés est avant tout une

question interne et que le juge national doit être appréhendé comme le gardien naturel des valeurs qu'ils véhiculent. Systématiquement rattachée à la notion d'État de droit, cette logique est celle qui traverse ce formidable ouvrage que le préfacier a eu grand plaisir à lire. Au-delà des réflexions stimulantes qu'il a provoquées et des connaissances qu'il lui a apportées, ce Manuel démontre avec force mais simplement que ce très beau pays du Sénégal – pour lequel le préfacier éprouve une ancienne et profonde affection – abrite des universitaires brillants à la pointe d'une très belle réflexion contemporaine sur les droits de l'Homme.

Paris, le 18 janvier 2022

CHAPITRE INTRODUCTIF

Les droits de l'homme restent depuis toujours une aspiration fondamentale de l'être humain. Plus de deux siècles après les déclarations américaine et française des droits de l'homme (1776 et 1789)¹ et près d'un demi-siècle après la Déclaration universelle des droits de l'homme², les États, même ceux qui passent pour des modèles de démocratie, sont toujours interpellés par la problématique susdite³.

Il reste que l'équilibre de la terreur, qui avait été cultivé dans la conscience collective universelle par la montée du totalitarisme, les deux guerres mondiales, les outrances de l'épuration ainsi que les conflits de la décolonisation, justifient, historiquement, d'ériger les droits de l'homme en rempart contre l'arbitraire. C'est ainsi que l'attachement au respect des droits de l'homme fait l'objet d'affirmations solennelles et répétées dans la quasi-totalité non seulement des constitutions des États, mais également dans les instruments juridiques internationaux.

En Afrique noire francophone, les constitutions proclamèrent leur attachement à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

-
1. Avec la grande Charte anglaise (Magna Carta) du 12 juin 1215, les droits de l'homme étaient affirmés par l'admission du principe de l'Habeas Corpus Act de 1679. L'émergence des droits de l'homme en Amérique du nord sera marquée par la proclamation de futurs États-Unis d'Amérique avec l'adoption de la Constitution de 1787. Ce mouvement Nord-Américain aura des effets en Europe notamment en France où il s'inspira les intellectuels qui par le fruit de leurs différentes réflexions, ont contribué la révolution de 1789 suivie de l'adoption de la DDHC du 26 août 1789.
 2. Il s'agit de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Après la Deuxième Guerre mondiale et la création de l'ONU, la communauté internationale jura de ne plus jamais laisser se produire des atrocités comme celles commises pendant ce conflit. Les dirigeants du monde entier décidèrent de renforcer la Charte des Nations Unies par une feuille de route garantissant les droits de chaque personne, en tout lieu et en tout temps. C'est sous cet angle que la DUDH a été créée.
 3. Il s'agit des actes tels que : arrestations, interpellations à la légalité douteuse, voies de fait sur des manifestants, atteintes à la vie privée, brutalités dans les locaux de la police lors des gardes à vue, détentions provisoires longues et abusives, saisies répétées et injustifiées des journaux, rétentions de passeport, etc.

de 1789 (DDHC) et à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (DUDH)⁴. Par exemple, la Constitution de la République du Sénégal accorde une importance particulière aux droits fondamentaux⁵ en proclamant son attachement à l'État de droit et en instituant par ailleurs un système de garantie desdits droits. Ainsi le préambule de la Constitution du 22 janvier 2001 proclame-t-il son attachement aux droits fondamentaux de la personne humaine tels qu'ils ont été proclamés par les déclarations de 1789 et de 1948. Il énumère en outre les libertés fondamentales qui sont garanties par la Constitution. Le Titre II de la Constitution est intitulé : « *Des Droits et libertés fondamentaux et des Devoirs des citoyens* ». L'article 67 reconnaît au législateur une compétence exclusive pour fixer « *les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ». En outre, l'article 91 fait du pouvoir judiciaire « *le gardien des droits et libertés définis par la Constitution et les lois de la République* ».

Toutefois, des écarts peuvent exister entre la proclamation de principes et l'effectivité des droits c'est-à-dire entre le droit et son application⁶. Il convient de noter que la jouissance des droits fondamentaux est conditionnée dans une large mesure par la société qui peut imposer des comportements par la contrainte ou, de façon plus subtile, par des conditionnements qui obstruent ou à la limite suppriment l'envie de jouir de ces libertés. Aussi le cadre culturel, le conformisme religieux ou politique, les propagandes idéologiques restreignent-ils considérablement les conditions d'exercice des droits reconnus aux individus. Cependant, il convient de s'accorder au préalable sur le sens qu'il convient de donner aux libertés publiques.

4. K. MBAYE, « Le droit en déroute » in *La liberté et l'ordre social, Rencontre Internationales de Genève*, tome XXII, Neuchâtel, La Baconnière, 1969, p. 29.

5. L'État du Sénégal avait affirmé dans ses constitutions du 24 janvier 1959, du 26 août 1960 et du 07 mars 1963, au niveau des préambules, son attachement aux droits fondamentaux tels que définis dans la DDHC de 1789 et dans la DUDH du 10 décembre 1948.

6. F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 127.

SECTION 1 : LA DÉFINITION DES LIBERTÉS PUBLIQUES

Le concept de libertés publiques traduit la juxtaposition de deux notions : libertés et publiques.

Paragraphe 1 : La notion de liberté

La liberté peut être définie comme « *une condition de l'homme qui n'appartient à aucun maître ou qui n'est pas soumis à un maître* » ou encore « *un pouvoir d'agir ou de ne pas agir* ». Autrement dit, il s'agit essentiellement d'une possibilité d'agir ou de ne pas agir selon sa propre volonté dans le cadre d'un système politique ou social dans la mesure où l'on ne porte pas atteinte aux droits des autres et à la sécurité publique. Sous cet angle on peut dire que la liberté est un pouvoir d'autodétermination, juridiquement encadré, en vertu duquel l'individu choisit lui-même le comportement qu'il entend adopter dans sa vie de tous les jours.

Le pouvoir d'autodétermination est le pouvoir que l'homme exerce sur lui-même c'est-à-dire de choisir, entre plusieurs options, celle qui correspond à ses aspirations personnelles. Il se confond avec la reconnaissance d'une sphère d'autonomie ou de « non-contrainte » dans laquelle chacun, maître de son destin, peut agir comme bon lui semble. Il se traduit par une interdiction adressée aux autres de s'ingérer dans la sphère de l'autonomie individuelle.

Le droit permet à son bénéficiaire d'agir sur un autre en exigeant de celui-ci une prestation ou une abstention. Il protège son bénéficiaire contre les atteintes que les tiers peuvent apporter à la jouissance de ses droits.

Paragraphe 2 : La notion des libertés publiques

Les libertés publiques sont la traduction constitutionnelle des droits de l'homme. Les droits de l'homme sont des droits inhérents à la personne humaine⁷. Ils sont imprescriptibles, inaliénables et sacrés⁸. Toutefois leur positivité n'est ni absolue ni automatique. Il revient à

7. C. SAGESSER, *Les droits de l'homme*, Bruxelles, CRISP, 2009, pp. 11 et s.

8. H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 6^e édition, 2017, p. 502.

l'État de puiser dans les droits naturels de l'homme les droits qu'il veut bien consacrer dans sa sphère juridique. Ces droits consacrés par une autorité supérieure qui en aménage les conditions d'exercice et garantit leur respect sont qualifiés de libertés publiques. Les libertés publiques seraient donc l'ensemble des pouvoirs ou des facultés d'auto-détermination qui visent à assurer l'autonomie de la personne humaine, reconnue par une norme leur assurant une protection renforcée à l'égard des pouvoirs publics. Les libertés publiques sont contingentes car elles varient en fonction des valeurs politiques et idéologiques adoptées par les différents régimes politiques.

Dans l'absolu une liberté publique donnée peut disparaître puisqu'elle a été consacrée par le droit positif. De même, une loi qui consacre une liberté peut l'aménager d'une manière plus ou moins libérale en lui donnant une physionomie particulière ou en l'adoptant à une situation bien définie.

SECTION 2 : LES MODES D'EXPRESSION DES LIBERTÉS

La liberté peut être individuelle ou collective, négative ou positive, économique et sociale.

Paragraphe 1 : Liberté individuelle et collective

A. La liberté individuelle

La liberté individuelle vise à assurer l'épanouissement de l'individu dans les limites où son exercice ne nuit pas à autrui. Il s'agit d'un droit fondamental conférant à la personne la possibilité de faire tout ce que la société n'a pas le droit d'empêcher ou l'exercice des volontés légitimes de chacun dans les limites des nécessités de l'ordre social⁹. C'est une liberté dont la personne peut jouir individuellement et isolément.

Figurent au nombre des libertés individuelles la sûreté, c'est-à-dire le droit de ne pas être arrêté arbitrairement ou séquestré ou bien, en cas de commission d'une infraction, le droit d'être jugé avec toutes les garanties légales notamment le respect du principe de la légalité

9. J.-M. LHUILLIER, *Le droit des usagers*, Rennes, Presses de l'EHESP, 5^e édition, 2015, p. 25.

des infractions et des peines qui leur sont applicables¹⁰, la présomption d'innocence¹¹, les droits de la défense¹², etc.

Sont également des libertés individuelles, la liberté d'aller et de venir¹³ ainsi que le respect de la personnalité sous la forme de l'inviolabilité du domicile¹⁴ et de la correspondance¹⁵.

-
10. Il s'agit du principe de la légalité des infractions et des peines, prévu à l'article 4 du Code pénal du Sénégal « *Nul crime, nul délit, nulle contravention ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prévues par la loi ou le règlement avant qu'ils fussent commis* ». Ce principe fixe les limites de la répression au-delà desquelles toute sanction relève de l'arbitraire.
 11. La présomption d'innocence découle des grandes conventions auxquelles notre pays, le Sénégal a adhéré, notamment la DDHC de 1789 et reprise dans la DUDH de l'ONU du 10 décembre 1948 dont l'article 11 dispose que « *Toute personne accusée d'un acte délictueux est Présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au Cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui Auront été assurées* ». À ce titre, le même principe est aussi consacré par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de l'Union africaine, l'article 6 (2) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 11 novembre 1950, l'article 14 du PIDCP du 16 décembre 1966. La présomption d'innocence est un des principes les plus importants de la procédure pénale et plus particulièrement des droits de la défense. Elle signifie qu'une personne, même suspectée de la commission d'une infraction est présumée innocente tant qu'une juridiction de jugement n'a prononcé sa culpabilité. D'ailleurs, la cour de justice de la CEDEAO l'a rappelé dans son arrêt n° ECW/CCJ/JUD/17/18 du 29 juin 2018 dans l'affaire *Khalifa Sall c. État du Sénégal*.
 12. Article 9 de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001 : « *la défense est un droit absolu dans tous les Etats et à tous les degrés de la procédure* ». Les droits de la défense sont les prérogatives dont dispose une personne lors d'un procès. Ils permettent d'assurer une égalité et une loyauté entre adversaires dans le cadre d'un procès. C'est un principe à valeur constitutionnelle comme l'avait si bien rappelé la Cour suprême du Sénégal dans l'arrêt *Marie Laure Jubran c. Gozayel* du 17 septembre 2014 : « *Tant en matière civile que répressive, nul ne peut être jugé sans être mis en mesure de présenter ses moyens de défense* ».
 13. Article 8 de la Constitution du Sénégal.
 14. Article 16 de la Constitution du Sénégal.
 15. L'inviolabilité de la correspondance est un principe à valeur constitutionnelle relié à la protection de la vie privée, article 14 de la Constitution du Sénégal : « *Le secret de la correspondance, des communications postales, télégraphiques, téléphoniques et électroniques est inviolable. Il ne peut être ordonné de restriction à cette inviolabilité qu'en application de la loi* ». Le Code pénal du Sénégal condamne sévèrement la violation de cette disposition à son article 167.

B. La liberté collective

Les libertés collectives appartiennent à chaque personne mais ne peuvent s'exercer que collectivement. Elles requièrent l'intervention de deux ou de plusieurs personnes pour leur mise en œuvre. L'individu isolé ne peut jouir de ces libertés qu'une fois intégré dans un cadre social. Entrent dans cette catégorie, la liberté de réunion, d'association, la liberté syndicale¹⁶, le droit de grève¹⁷.

Paragraphe 2 : Liberté négative et positive

A. Les libertés négatives

Les libertés négatives visent à protéger les droits individuels contre les menaces d'où qu'elles proviennent. Elles s'analysent en une interdiction adressée aux autorités d'intervenir dans la sphère d'action réservée aux bénéficiaires d'une liberté donnée c'est-à-dire la non-ingérence du pouvoir d'État sur les actions individuelles.

Sont considérés comme étant des libertés négatives le droit de propriété¹⁸, le droit à la vie¹⁹, l'égalité²⁰, la liberté d'opinion, d'expression, de religion²¹.

16. Article 8 de la Constitution du Sénégal.

17. Ce droit est prévu à l'article 25 (4) de la Constitution : « *Le droit de grève est reconnu. Il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent. Il ne peut en aucun cas ni porter atteinte à la liberté de travail, ni mettre l'entreprise en péril* ». Ce droit s'exerce par un arrêt concerté et collectif du travail observé par les travailleurs dans l'entreprise pour obtenir la satisfaction des revendications professionnelles.

18. Le droit de propriété est le droit d'user (usus), de jouir (fructus) et de disposer (abusus) d'une chose, d'en être le maître absolu dans les conditions fixées par la loi. La Constitution à son article 15 dispose : « *Le droit de propriété est garanti par la présente Constitution. Il ne peut y être porté atteinte que dans le cas de nécessité publique légalement constatée, sous réserve d'une juste et préalable indemnité* ».

19. Article 7 (2) de la Constitution du Sénégal : « *Tout individu a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité* ».

20. Article 7 (1) et (4) de la Constitution du Sénégal : « *La personne humaine est sacrée. Elle est inviolable. L'État a l'obligation de la respecter et de la protéger. (...) Tous les êtres humains sont égaux. Les hommes et les femmes sont égaux en droit* ».

B. Les libertés positives

Les libertés positives ou liberté de faire s'analysent en une action positive, en une prestation que le bénéficiaire d'une liberté peut exiger de la puissance publique qui doit cultiver le cadre indispensable à son épanouissement.

Ces libertés positives ont trait au droit de participer à la vie sociale, d'y jouir des droits politiques c'est-à-dire la nécessité de participer à la vie politique, d'adhérer à des associations ou syndicats.

Paragraphe 3 : Les libertés économiques et sociales

Elles ont trait à la vie professionnelle et à l'activité économique. Les libertés économiques les plus traditionnelles sont le droit de propriété, la liberté du travail, la liberté du commerce et de l'industrie, c'est-à-dire le droit pour chacun de choisir son activité, de créer et de gérer des entreprises²².

À ces libertés d'inspiration individuelle s'ajoutent la liberté de grève et liberté syndicale²³ qui sont une application de la liberté d'association reconnue aux travailleurs pour la défense collective des intérêts professionnels.

21. Article 8 de la Constitution du Sénégal.

22. La liberté du commerce et de l'industrie englobe la liberté d'entreprendre prévue à l'article 8 de la Constitution du Sénégal donnant prérogative à toute personne capable la possibilité d'exercer l'activité de son choix.

23. Le Sénégal s'est très tôt inscrit dans la consécration de la liberté syndicale à l'article 25 de la Constitution du Sénégal. Cette consécration est suivie par la ratification des Conventions de l'OIT n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical en 1960, n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective en 1961 et n° 144 sur les consultations tripartites relatives aux normes internationales du travail en 2004. Dans le Code du travail, le législateur manifeste encore cette volonté aux l'article 6 et 7 pour l'objet et la constitution des syndicats professionnels. La création de ce cadre juridique a favorisé la création d'organisations syndicales à tous les niveaux de l'activité économique.

PREMIÈRE PARTIE :
LES SOURCES NORMATIVES DES DROITS DE L'HOMME

On entend par source des libertés publiques l'origine des règles déterminant et organisant les libertés fondamentales solennellement consacrées dans l'ordre juridique. Ces règles sont nombreuses et variées. On peut les structurer en distinguant deux sources : les sources internationales et les sources internes.

TITRE I : LES SOURCES INTERNATIONALES

Le Sénégal a toujours réclamé son attachement et son profond respect aux droits de l'homme. La Constitution du 24 janvier 1959, adoptée dans le cadre de la Fédération du Mali affirme l'affiliation du peuple sénégalais « *aux droits fondamentaux tels qu'ils sont définis d'une part, par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 Décembre 1948, d'autre part, dans les préambules des Constitutions du 27 octobre 1946 et du 05 octobre 1958* ». Les Constitutions du 22 août 1960 et du 07 mars 1963 corroborent l'adhésion du peuple sénégalais à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et à la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 Décembre 1948. Elles suppriment les références aux préambules de la Constitution française du 27 octobre 1946 et du 05 octobre 1958.

Le constituant sénégalais de 1960 et de 1963 proclame le respect et la garantie intangibles des « *libertés politiques ; des libertés syndicales ; des droits et des libertés de la personne humaine, de la famille et des collectivités locales ; des libertés philosophiques et religieuses ; du droit de propriété ; des droits économiques et sociaux* ». La Constitution du 22 janvier 2001 innove avec un préambule entièrement réécrit et faisant désormais partie intégrante de la Constitution¹. Le Préambule de 2001 adhère à la « *Déclaration universelle des Droits de l'homme, à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, à la Convention relative aux droits de l'enfant 1989 et à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981* ». Au regard des différentes constitutions du Sénégal, les sources des droits de l'homme sont constituées des déclarations, qui demeurent une constante de toutes les constitutions et des sources conventionnelles.

1. D. SY, « Présentation de la Constitution du 22 janvier 2001 », in A. A. D. KÉBÉ, S. A. NDIAYE et B. BA (dir.), *Textes fondamentaux de la République du Sénégal*, L'Harmattan, Dakar, 2021, p. 86.

Dans le cadre de la présente réédition, seuls les textes énumérés par le Préambule seront étudiés.

CHAPITRE 1 : LA DÉCLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME

La Déclaration universelle des droits de l'homme a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 à Paris. Elle est une synthèse de différentes techniques nationales de formulation des droits de l'homme et un compromis entre les deux grandes idéologies qui dominaient le monde au sortir de la guerre mondiale : le libéralisme et le marxisme-léninisme. Les deux traits apparaissent dans le contenu et la portée de la déclaration universelle.

SECTION 1 : LE CONTENU DE LA DÉCLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME

C'est un texte assez bref précédé d'un préambule et composé de trente (30) articles qu'on peut regrouper en trois (3) grands axes : les articles 1 à 21 énoncent l'ensemble des libertés classiques, individuelles et collectives, civiles et politiques ; les articles 22 à 27 consacrent les droits économiques, sociaux et culturels ; les articles 27 à 30 inscrivent les droits proclamés dans un contexte social et international en conformité avec les principes de la démocratie et les idéaux des Nations Unies.

Dans son contenu, la DUDH établit un compromis peu satisfaisant entre les deux grandes conceptions de la liberté : les droits individuels hérités du libéralisme et les droits économiques et sociaux inspirés par les États marxistes et léninistes. La Déclaration n'aborde pas explicitement les droits des peuples.

Ces droits classiques concernent les droits réaffirmés par les articles 2 à 14 relatifs à la vie, la liberté, la personnalité juridique, l'interdiction de toute forme d'esclavage et de torture, l'égalité devant la loi, la sûreté, l'inviolabilité du domicile et de la correspondance, la liberté d'aller et de venir, le droit de demander et éventuellement de bénéficier de l'asile dans un autre pays et de retourner dans son pays d'origine. Déterminés par les articles 15 à 17, ces droits qui s'attachent aux attributs des personnes ont trait à la nationalité, au mariage, à la famille et à la propriété.

D'autres droits garantissent la participation de l'individu au devenir de la société. Ces droits sont relatifs à la liberté de conscience, d'opinion, d'expression de l'opinion, d'information. S'y ajoutent les droits de réunion et d'association, la participation à la direction des affaires publiques par la voie d'élections honnêtes selon les principes fondamentaux de la démocratie, le principe de l'égal accès aux fonctions publiques.

Les droits économiques et sociaux mettent à la disposition de leurs attributaires l'infrastructure indispensable à la jouissance effective des prérogatives juridiques qui leur sont reconnues. Ils se traduisent par la liberté syndicale et le droit à la sécurité sociale, au travail, à une juste rémunération, au repos et au loisir notamment par une limitation raisonnable de la durée du travail et par des congés payés périodiquement, à la santé et à un niveau de vie suffisant, à l'éducation, à l'enseignement et à la culture.

SECTION 2 : LA PORTÉE DE LA DÉCLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME

Sauf dans les pays qui l'ont intégrée dans le bloc de leur constitutionnalité, la Déclaration universelle des droits de l'homme n'est pas un texte ayant une force juridique obligatoire. Au demeurant, son universalisme reposant sur un compromis, interdit *a priori* toute prétention à formuler des obligations liant les signataires.

Il apparaît à travers la conciliation entre les droits anciens et les droits nouveaux, mais aussi dans certains droits qui ont été redimensionnés. C'est ainsi que le droit de grève, qui est un droit économique et social, est absent dans la déclaration universelle. Inversement le droit de propriété qui est un legs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 a été élargi à la propriété collective.

La Déclaration universelle des droits de l'homme est une première dans l'histoire de l'humanité. En effet, à travers elle, un consensus sur un ensemble de valeurs définissant une éthique commune a pu être établie à l'échelle mondiale en dépit des différences culturelles. Elle tient compte de la spécificité de certains droits qui débordent le cadre territorial d'un État et requièrent l'intervention de la société internationale.

Il en est ainsi du droit à une nationalité, du droit à une personnalité, du droit de quitter tout pays y compris le sien et d'y revenir, du droit

de chercher, de recevoir et de répandre des informations et idées sans considération de frontière.

SECTION 3 : LES DÉCLINAISONS DE LA DÉCLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME : LES PACTES INTERNATIONAUX DES NATIONS UNIES RELATIFS AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES ET AUX DROITS SOCIAUX, ÉCONOMIQUES ET CULTURELS

Afin de donner aux droits consacrés une force obligatoire par le biais du consentement à être lié des États, la Déclaration universelle des droits de l'homme a été déclinée en deux Pactes : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC). Les deux instruments furent adoptés par l'Assemblée générale le 16 décembre 1966. Bien que le Sénégal n'énumère pas ces deux conventions dans son préambule, il les a tout de même ratifiés.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques correspond à la première partie de la Déclaration universelle. Il contient une énumération longue et précise des droits individuels. Il se compose d'un préambule et de 53 articles. L'article 1 traite du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en déterminant librement leur statut politique et en organisant librement leur développement économique, social, et culturel.

Tous les droits classiques ont été rappelés, précisés et détaillés notamment l'égalité et la non-discrimination, le droit à la vie, l'interdiction de la torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage et de la traite des esclaves sous toutes ses formes, la sûreté. Il s'y ajoute des droits non prévus en 1789 à savoir les droits d'association, les droits des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques. Afin de donner une pleine effectivité au Pacte, un protocole facultatif *se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été adopté 16 décembre 1966*, le Sénégal l'a ratifié le 13 février 1978². Au terme, l'article premier de ce Protocole facultatif :

« Tout État partie au Pacte qui devient partie au présent Protocole reconnaît que le Comité a compétence pour recevoir

2. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=_fr, consulté le 21.10.2021.

et examiner des communications émanant de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent être victimes d'une violation, par cet État partie, de l'un quelconque des droits énoncés dans le Pacte ».

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels se compose d'un préambule et de 31 articles reprenant les droits économiques et sociaux inscrits dans la Déclaration universelle. Il consacre le droit au travail et à une rémunération juste et équitable, le droit syndical, le droit à la sécurité sociale, à la protection et à l'assistance de la famille, à un niveau de vie suffisant pour toute personne et sa famille y compris à une nourriture, à un vêtement et un logement suffisant, le droit à un meilleur état de santé physique et mentale par la diminution de la mortalité infantile, le droit à l'éducation avec un enseignement primaire obligatoire, accessible et gratuit, le droit de participer à la vie culturelle, de bénéficier des progrès scientifiques, la liberté de la recherche scientifique ainsi que la coopération et les contacts internationaux. Contrairement au Pacte relatif aux droits civils et politiques, ce n'est que le 10 décembre 2008 que le Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux va se doter d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Les droits économiques et sociaux imposent davantage une obligation de moyen en ce sens que leur « justiciabilité » est plus problématique que celle des droits historiques. En effet, ils correspondent à des aspirations politiques qui sont vaguement définis. Par conséquent, il est difficile d'imposer leur mise en œuvre à travers un mécanisme de justiciabilité.

Le Protocole stipule que :

« Tout État Partie au Pacte qui devient Partie au présent Protocole reconnaît que le Comité a compétence pour recevoir et examiner les communications prévues par les dispositions du présent Protocole (...), des communications peuvent être présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État Partie, qui affirment être victimes d'une violation par cet État Partie d'un des droits économiques, sociaux et culturels énoncés dans le Pacte ».

Il faut signaler que le Sénégal n'a pas encore ratifié ledit Protocole.

CHAPITRE 2 :
LES CONVENTIONS INTERNATIONALES VISÉES PAR
LA CONSTITUTION DU SÉNÉGAL DU 22 JANVIER 2001

La Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 vise expressément trois (3) conventions dans son préambule, il s'agit de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 (CEDEF), de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CIDE) et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 (Charte africaine). Il conviendra d'étudier tour à tour ces conventions, d'abord pour aborder le contenu des droits consacrés mais aussi le mécanisme de protection mis en place en vue de garantir l'effectivité de ces droits.

Cependant, à ce stade, deux observations peuvent être faites : la première tient au manque de générosité, la parcimonie avec laquelle le préambule de la Constitution érige les conventions internationales auxquelles le Sénégal est parti à un rang constitutionnel, ce contrairement à d'autres États africains. Même s'il faut le souligner, il s'agit « *d'instruments riches et denses, touchant des droits divers et variés, et dans lesquels (...) tout plaideur trouve de quoi alimenter une saisine des juridictions constitutionnelles* ». Le deuxième est relatif au choix des conventions citées, même-ci ce choix demeure, on peut s'interroger toujours sur l'omission par exemple des pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques et sociaux ou sur l'absence de conventions visant d'autres catégories vulnérables comme les handicapés.

SECTION 1 : LA CONVENTION SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES
FORMES DE DISCRIMINATION A L'ÉGARD DES FEMMES
DU 18 DECEMBRE 1979

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979. Elle est entrée en vigueur le 3 septembre 1981, conformément aux dispositions de l'article 27 (1)³. La Convention a

3. Article 27 (1) de la Convention « *La présente Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra la date du dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion* ».

été signée par le Sénégal le 29 juillet 1980 et ratifiée le 5 février 1985, elle est entrée en vigueur le trentième jour après la date du dépôt par cet État de son instrument de ratification ou d'adhésion.

Il sera question des droits consacrés par la CEDEF puis des mécanismes de garantie mis en place par ladite convention.

Paragraphe 1 : Les droits consacrés

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes est dans l'ordre de citation la première que le préambule de la Constitution énumère. Cette place de prééminence témoigne certainement d'une certaine importance quant à la catégorie de personne protégée : les femmes.

Composée de trente (30) articles, la CEDEF est un texte qualifié de progressiste. Elle est en effet centrée sur l'épanouissement et l'exercice des droits des femmes. Elle reconnaît dans son préambule explicitement que la discrimination contrevient aux principes de l'égalité des droits et du respect de la dignité humaine. Dans la même dynamique, la Convention oblige les États parties à inscrire dans leurs constitutions, ou toute autre disposition législative le principe de l'égalité des hommes et des femmes, mais aussi à promouvoir l'instauration de politiques, de mesures temporaires spéciales visant à accélérer le principe d'égalité entre homme et femme dans tous les domaines.

Elle proscrie toutes formes de discriminations à l'égard des femmes notamment la suppression sous toutes leurs formes de trafic des femmes et l'exploitation de la prostitution des femmes.

En somme, la lecture de la CEDEF fait ressortir deux principes qui traversent et gouvernent la Convention : l'interdiction de la discrimination à l'égard des femmes et l'égalité homme-femme.

Paragraphe 2 : Les mécanismes de suivi

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes met en place deux mécanismes de suivi, d'une part un mécanisme de rapportage aux fins de vérifier les efforts des États dans la mise en œuvre de la convention et, d'autre part, un mécanisme juridictionnel permettant aux individus de dénoncer la violation des droits garantis.

A. Le rapportage de la convention

Les États parties à la Convention sont tenus de fournir un rapport « *sur les mesures d'ordre législatif, judiciaire, administratif ou autre qu'ils ont adoptées pour donner effet aux dispositions de la présente Convention et sur les progrès réalisés à cet égard (...) les facteurs et difficultés influant sur la mesure dans laquelle sont remplies les obligations prévues par la présente Convention* », d'abord l'année suivant l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État partie puis tous les quatre (4) ans et enfin chaque fois que le Comité l'exige⁴. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes⁵ est l'organe mis en place pour examiner les rapports soumis par les États.

B. La protection juridictionnelle

Au-delà du suivi du Traité par le Comité, la Convention consacre un mécanisme juridictionnel pour permettre de dénoncer les violations supposées des droits garantis. L'article 29 (1) stipule que :

« Tout différend entre deux ou plusieurs États parties concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'est pas réglé par voie de négociation est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un d'entre eux. Si, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice, en déposant une requête conformément au Statut de la Cour ».

La souscription des États parties au mécanisme de règlement juridictionnel demeure une faculté, car ils ont la possibilité d'émettre une réserve à cette clause. Ce mécanisme juridictionnel impose une obligation de négociation comme préalable à tout règlement juridictionnel ; en vérité, elle s'analyse comme une condition de recevabilité

4. Article 18 de la CEDEF.

5. L'article 17 de la Convention organise la nomination, la composition et les attributions du Comité.

à l'acte introductif d'instance. Cette condition satisfaite, la Convention impose aux parties le recours à l'arbitrage. Ce n'est que lorsque ces derniers ne parviennent pas à s'entendre sur les modalités de l'arbitrage que les États peuvent saisir la Cour internationale de Justice (CIJ).

La protection juridictionnelle mise en place par la Convention confère la qualité à agir aux seuls États parties et donne aux individus destinataires des droits garantis la possibilité de saisir le Comité pour dénoncer des violations supposées. En effet, en conférant le contentieux à la CIJ, la Convention anéantit toutes possibilités aux individus relevant de la juridiction des États de dénoncer de possibles violations. C'est justement cette exclusion que le Protocole facultatif à la CEDEF du 06 octobre 1999 a corrigé en consacrant le droit de recours individuel devant le Comité mais également la prérogative d'enquêter sur d'éventuelles violations. Ce Protocole facultatif a été signé par le Sénégal le 06 septembre et ratifié le 23 mars 2017. Il renforce le mécanisme en mettant à la disposition du Comité deux procédés de contrôle des droits garantis : d'abord l'examen de communication et ensuite la prérogative de mener des enquêtes. En l'article 2 dudit Protocole stipule que : « *Des communications peuvent être présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État Partie, qui affirment être victimes d'une violation par cet État Partie d'un des droits énoncés dans la Convention. Une communication ne peut être présentée au nom de particuliers ou groupes de particuliers qu'avec leur consentement, à moins que l'auteur ne puisse justifier qu'il agit en leur nom sans un tel consentement* ». Concernant l'enquête sur des « *renseignements crédibles, qu'un État Partie porte gravement ou systématiquement atteinte aux droits énoncés dans la Convention* », elle n'est possible qu'avec le consentement de l'État⁶.

SECTION 2 : LA CONVENTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'ENFANT DU 20 NOVEMBRE 1989

La Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 est entrée en vigueur le 2 septembre 1990 conformément à son article 49⁷.

6. Article 8 et 9 du Protocole facultatif à la CEDEF.

7. « (1) *La présente Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra la date du dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*

Le Sénégal a signé la Convention le 26 janvier 1990 et elle est entrée en vigueur le 31 juillet 1990⁸.

L'étude des droits garantis par la Convention sera suivie de celle relative au dispositif de suivi et garantie des droits consacrés.

Paragraphe 1 : Les droits consacrés

Selon la CIDE : « *Un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* ». Au Sénégal, l'âge de la majorité est fixé à dix-huit (18) ans, « *est mineure la personne de l'un ou de l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de 18 ans accomplis* »⁹.

La Convention internationale des droits de l'enfant compte trois (3) protocoles facultatifs : le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants¹⁰ ; le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés¹¹ et enfin le Protocole facultatif à la Convention internationale des droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications¹².

du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion. (2) Pour chacun des États qui ratifieront la présente Convention ou y adhéreront après le dépôt du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion, la Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra le dépôt par cet État de son instrument de ratification ou d'adhésion ».

8. <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/crc.aspx>, consulté le 24.07.2021.
9. Loi n° 99-82 du 03 septembre modifiant la loi 72-61 du 12 juin 1972 portant le Code de la famille.
10. Le Sénégal a signé le Protocole le 08 septembre 2000 et l'a ratifié le 05 novembre 2003 ; https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-c&chapter=4&clang=fr, consulté le 01.08.2021.
11. Le Sénégal a signé le Protocole le 08 septembre 2000 et l'a ratifié 03 mars 2004 avec une Déclaration selon laquelle « *l'âge minimum requis est de vingt (20) ans pour la conscription normale ainsi que pour l'entrée dans les écoles d'officiers et de sous-officiers. Les candidats s'engagent à titre individuel et signent librement et personnellement les contrats d'engagement ou de réengagement* », https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-
12. Le Sénégal a signé le Protocole le 01 octobre 2012 mais ne l'a pas encore ratifié.

La Convention s'applique à tous les enfants, sans considération de race, couleur, sexe, langue, religion, opinion et origine sociale, nationale, de fortune, de naissance. Ainsi, l'enfant a droit à un nom dès la naissance et à une nationalité ; et dans la mesure du possible à une filiation. Il a un droit à l'éducation, à une formation humaine pour le préparer à la vie d'adulte, le droit de bénéficier de la sécurité sociale et plus largement de l'aide sociale ; le droit aux loisirs, le droit à un niveau de vie suffisant etc. Une protection spéciale est consacrée à l'égard des enfants handicapés, des réfugiés, des enfants issus d'une minorité ou de populations autochtones et des enfants en situation de conflits armés.

De même la manière, il est instauré une protection contre l'exploitation et les abus, le droit d'être protégé contre la consommation de drogues ; contre la violence et l'exploitation sexuelles, y compris la prostitution et la participation à toute production pornographique, les ventes et enlèvements.

Enfin toute décision concernant l'enfant doit être prise en fonction d'une considération primordiale : l'intérêt supérieur de l'enfant. Au-delà de la consécration de cette palette de droits, la Convention instaure un mécanisme de suivi desdits droits.

Paragraphe 2 : Le dispositif de suivi et de garantie

Aux termes de la Convention, « *aux fins d'examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées, (...) il est institué un Comité des droits de l'enfant* »¹³. Ce Comité est composé de dix-huit (18) experts élus pour un mandat de quatre (4) ans renouvelable. Le Comité se réunit une fois tous les ans. Il est chargé de l'examen des rapports périodiques déposés par les États « *sur les mesures qu'ils auront adoptées pour donner effet aux droits reconnus (...) et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits* ». Ces rapports sont déposés tous les cinq (5) ans, sauf pour le premier rapport déposé deux (2) ans à partir de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État partie. Pour l'examen du rapport, le Comité peut demander des avis ou des rapports sur l'application de la Convention dans les secteurs qui relèvent de leur domaine d'activité aux institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et tous autres organismes qu'il jugera appropriés dans les domaines qui relèvent de leurs mandats respectifs. Le Comité formule des suggestions

13. Article 42 (1) de la Convention.

et des recommandations à l'État intéressé. La Convention exige que les rapports étatiques fassent l'objet d'une large diffusion dans leur propre pays.

Cependant, la Convention pêche en ce sens qu'elle ne prévoit pas de recours, de plainte devant l'organe institué. Afin de remédier à ce manquement, un protocole facultatif à la Convention internationale des droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications a été adoptée le 19 décembre 2011 et est entré en vigueur le 14 Avril 2014¹⁴. Ce Protocole prévoit deux catégories de recours, d'abord le recours individuel dans lequel « *des particuliers ou des groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou de groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie, qui affirment être victimes d'une violation par cet État partie* » ; ensuite un recours interétatique, c'est-à-dire un recours d'un État partie à l'encontre d'un autre État partie pour dénoncer le manquement des obligations de l'État au titre de la Convention et/ ou de ces Protocoles. Seulement le recours interétatique prévu par ledit Protocole soumet la compétence du Comité à la déclaration d'acceptation de compétence pour ce type de recours¹⁵.

Les recours instaurés par le Protocole doivent visées spécifiquement les instruments conventionnels auxquels les États ont exprimé leurs consentements à être liés, c'est-à-dire soit la Convention internationale des droits de l'enfant, soit le Protocole facultatif à la Convention, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants ; le Protocole facultatif à la Convention, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés.

Il faut certainement regretter que le Sénégal n'est pas encore ratifié ce Protocole. Cet état de fait prive les individus de la juridiction du Sénégal du droit de recours individuel devant la Comité.

14. <https://www.ohchr.org/fr/ProfessionalInterest/Pages/opicccr.aspx>, consulté le 01.08.2021.

15. Article 12 (1) et (4) du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications « *Tout État partie au présent Protocole peut déclarer à tout moment qu'il reconnaît la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications dans lesquelles un État partie affirme qu'un autre État partie ne s'acquitte pas de ses obligations (...) les États parties déposent la déclaration qu'ils auront faite conformément au paragraphe 1 du présent article auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies* ».

SECTION 3 : LA CHARTE AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

L'Afrique était restée pendant longtemps à l'écart du mouvement de promotion et de protection des droits de l'homme. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples se préoccupait essentiellement du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, de la lutte contre la colonisation et la discrimination raciale. En effet, dans les années 1960, au moment de leur indépendance, les États africains n'avaient pas inclus dans le mandat de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA) créé en 1963 un système régional de protection des droits de l'homme. Du reste, les cinq commissions spécialisées de l'OUA, prévues aux termes de l'article 20 de la Charte n'avaient aucune compétence en matière de droits de l'homme¹⁶.

Les initiatives posées en ce domaine relevaient en vérité moins des droits de l'homme *stricto sensu* que du droit des peuples. Toute l'action de l'organisation panafricaine tournait autour de la nécessité d'éradiquer toute trace de la colonisation en Afrique et de promouvoir l'autodétermination des peuples africains.

Pourtant, l'idée de mettre sur pied une Convention des droits de l'homme n'est pas nouvelle. Lors de l'adoption de la Convention européenne, en 1950, le Président Léopold Sédar SENGHOR plaidait en faveur de l'application automatique de cette Convention aux territoires d'outres mer. Finalement, la solution a été d'insérer dans la Convention « une clause coloniale » prévoyant la faculté d'étendre la Convention aux territoires sous domination coloniale¹⁷. Ainsi, une puissance comme le Royaume-Uni a étendu le champ d'application de la convention à ses possessions coloniales¹⁸.

16. Les Commissions créées par la Charte de Nations unies étaient : la Commission économique et sociale, celle de l'enseignement et de la culture, sur la santé et l'alimentation. Une Commission sur les transports et la communication, lors de la première session en 1964, une Commission des juristes.

17. S. CAMARA et J. OWONA, *Droit international et relations internationales*, in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome II, NEF, 1985, pp.355-396.

18. M. GLELE-AHANHANZO, « Théorie et pratique des droits de l'homme dans l'Afrique contemporaine », in *L'Afrique et le droit international, Actes du Colloque sur l'enseignement du droit international et la recherches en droit international en Afrique, Dakar, 1985*, Annales Africaines, n° spécial 1986-1987-1988.

Le processus d'élaboration d'une convention des droits de l'homme en Afrique fut déclenché par des initiatives d'organismes privés comme le premier congrès des juristes africains organisé à Lagos (Nigéria) du 03 au 07 janvier 1961 par la Commission internationale des juristes¹⁹. Par la suite, la Commission internationale des juristes renouvela, en 1978 à Dakar, la proposition de Lagos tout en suggérant la création d'une Commission interafricaine des droits de l'homme dotée de compétences consultatives et pouvant faire des recommandations aux États membres. D'autres initiatives s'inscrivant dans la même perspective ont été prise par la suite. On peut citer, à cet égard, des rencontres organisées par la conférence de l'association du barreau africain (3^{ème} conférence en 1978) ou de l'association sénégalaise d'études et de recherches juridiques (Dakar 1977).

Certains événements vont contribuer à accélérer le processus de création d'un mécanisme africain de protection des droits de l'homme parmi lesquels il y a notamment l'envoi d'une mission d'enquête sur les massacres à Bangui en République Centre africaine. Cette Commission était chargée de mener des investigations sur le massacre de jeunes lycéens imputés à cet État²⁰. Le symbole était en effet important. Une organisation internationale s'estimait compétente pour examiner un contexte politique et social qu'en d'autres temps elle se serait interdit d'évaluer eu égard au principe de non-ingérence dans les affaires intérieures. Il était également révélateur que la question touchât au plus haut point les droits de l'homme. Puisqu'il était question de massacres. D'un point de vue psychologique et symbolique, la création de cette Commission d'enquête marque incontestablement un pas dans la prise en compte des droits de l'homme dans la politique des États en Afrique.

19. Paragraphe 4 de la Lagos, dans son acte final dénommé « la loi de Lagos », le Congrès déclarait « *qu'afin de donner plein effet à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les gouvernements africains devraient étudier la possibilité d'adopter une Convention africaine des droits de l'homme prévoyant notamment la création d'un tribunal approprié et des voies de recours ouvertes à toutes les personnes relevant de la juridiction des États signataires* ».

20. En effet des émeutes éclatèrent du 18 au 21 janvier 1978 à cause de la décision impériale ordonnant à tous les écoliers l'achat d'un uniforme, décision qui a provoqué le mécontentement. La garde impériale procédât à des arrestations accompagnées de violences. Le rapport de d'Amnistie internationale aurait fait état de cinquante (50) à cent (100) morts.

Enfin, c'est lors de la XVI^e session ordinaire de l'OUA tenue à Monrovia du 17 au 20 juillet 1979 que la conférence des chefs d'État et de Gouvernement adopte enfin une décision relative à l'élaboration d'un avant-projet de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. C'est lors de la 18^{ième} conférence de l'OUA, le 27 juin 1981 à Nairobi (Kenya) qu'est adoptée la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Elle entre en vigueur le 21 octobre 1986. Elle fut adoptée à l'unanimité par la conférence des chefs d'État et de gouvernement et est entrée en vigueur le 21 octobre 1986.

La Charte africaine est un document bien structuré avec un préambule et 60 articles. Au-delà de la nature des droits proclamés, elle met en place un mécanisme de protection des droits proclamés.

Paragraphe 1 : Le contenu de la Charte

La Charte reprend un certain nombre de droits consacrés dans la déclaration universelle, mais les adapte au contexte spécifique des États africains. Elle présente une caractéristique : la Charte africaine porte aussi bien sur les droits de l'homme que sur ceux des peuples. Ainsi, il sera question du contenu mais aussi de son Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique.

A. Les caractéristiques de la Charte

La Charte africaine proclame des droits individuels inaliénables et sacrés, elle reconnaît en même temps des droits au peuple qui est distinct des individus qui le composent. D'où sa dimension individuelle et collective des droits. Elle consacre aussi des devoirs de l'individu.

1. La consécration des droits de l'homme

La Charte énonce des droits comme : ceux de la « première génération » notamment des droits civils et politiques. Ainsi, le droit à l'égalité devant la loi et l'égalité de protection de loi (article 3), le droit à la vie (article 4), le droit à l'intégrité de la personne à travers l'interdiction des traitements cruels inhumains ou dégradants, de la torture, de la traite des personnes et l'esclavage (article 5). La Charte

garantit également la liberté et la sécurité de la personne (article 6), le droit à ce que sa cause soit entendue (article 7), la liberté de conscience et de religion (article 8), le droit à l'information (article 9).

La Charte africaine reprend et détaille les droits fondamentaux, inaliénables et imprescriptibles de la personne humaine déjà proclamés par des instruments juridiques internationaux. Ces droits ont trait à la non-discrimination sous toutes ses formes, à l'égalité, à la personnalité juridique et au respect de la dignité inhérente à toute personne humaine.

Les droits de l'homme considérés comme sacrés, ont été repris. Il s'agit de l'inviolabilité, de la sûreté, de la liberté de conscience notamment religieuse. La Charte consacre en outre la liberté d'opinion, les libertés d'association, de réunion ainsi que la liberté de déplacement, d'aller et de venir, de quitter son pays, d'y revenir, de chercher et de recevoir asile dans un État tiers. La Charte interdit les expulsions collectives d'étrangers. Les droits politiques n'ont pas été oubliés. Ils concernent la participation à la vie de la Cité et l'égal accès aux emplois publics ainsi que l'égal usage des biens et services publics.

Elle consacre, aussi, des droits de la « deuxième génération » ou droits sociaux, économiques et culturels, résumés en quelques sortes par le droit à la solidarité (article 23). Il en est ainsi du droit de propriété, de la liberté de travail, du droit à un meilleur état de santé physique et moral, du droit à l'éducation, de la protection de la famille – qui est considérée comme la base de la société – et enfin de l'élimination de toutes discriminations entre l'homme et la femme ainsi que de la protection des droits de la femme et de l'enfant.

La Charte envisage, en outre, des mesures spécifiques de protection des personnes âgées et des handicapés. Il existe également dans la Charte des droits *sui generis* comme le droit au développement, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Le droit au développement est un préalable à la jouissance des droits civils et politiques. Les peuples ont droit au développement social et culturel ainsi qu'à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité. Inversement, les États ont le devoir de mettre en place toute l'infrastructure permettant l'exploitation et la distribution équitable des ressources entre les citoyens.

2. *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*

Il s'agit d'un droit reconnu au peuple qui est considéré comme une entité abstraite. La Charte africaine pose le principe de l'égalité et

de la dignité en droit. Elle consacre le droit des peuples à l'existence, ce qui implique le principe de l'auto-détermination ainsi que le droit de se libérer de toute domination coloniale et le droit à l'assistance dans la lutte des peuples contre cette forme particulière de domination étrangère. Le droit des peuples induit des implications économiques. Il doit se traduire par la libre disposition des richesses et des ressources naturelles dans l'intérêt exclusif des populations, par un droit au développement économique et social, à la paix, à la sécurité nationale et internationale et à la solidarité entre les peuples. Le droit à un environnement satisfaisant et global propice à leur développement n'a pas été oublié par les signataires de la Charte.

La mise en œuvre de ces droits des peuples fait peser sur l'État un certain nombre d'obligations. Il en est ainsi, entre autres, du devoir des États signataires de promouvoir lesdits droits par l'enseignement et l'éducation. Ces États ont, en outre, le devoir de garantir l'indépendance des tribunaux et de permettre l'établissement et le perfectionnement d'institutions nationales appropriées chargées de la protection et de la promotion de la présente Charte.

Mais la Charte africaine ne définit nullement le concept de « peuples ». Cette absence de définition est due selon le rapporteur de la réunion ministérielle²¹, en l'occurrence le juge Kéba M'BAYE, au souci d'éviter des discussions houleuses. Dans le même sens, François RIGAUX considère que « *la définition du concept de peuple est d'entrée de jeu, une tâche insurmontable* »²².

Dans une perspective plus critique d'autres auteurs considèrent que si le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un principe de la plus haute importance politique, il ne constitue pas à proprement parlé un droit. En revanche, selon une autre thèse le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un droit collectif des plus importants²³. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un droit au regard de la Charte africaine, mais qu'entend-on par «peuples»?

Quelques décisions rendues par la Commission africaine ont tenté de préciser les contours de cette notion. Mais la Commission

21. K. MBAYE, « Le concept africain des droits de l'homme », *Bulletin africain des droits de l'homme*, vol. 3 (6), 1996, p. 3.

22. F. RIGAUX, *Pour une déclaration universelle des droits des peuples : identité nationale et coopération internationale*, Lyon, Chronique Sociale, 1990, p. 11.

23. J. F. GUILHAUDIS, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Presses universitaires de Grenoble, 1976, p. 88.

relève aussi les difficultés liées à toute tentative de définition de la notion de peuple. Elle est consciente de la connotation politique véhiculée par ces concepts. Pour toutes ces raisons et pour éviter de s'enfermer dans des controverses inutiles, les rédacteurs de la Charte africaine ont délibérément renoncé à définir un concept dont nul n'ignore la charge politique et subjective à maints égards.

Dans sa décision *Congrès du peuple Katangais c. Zaïre*²⁴, le Président du Congrès du peuple katangais demande à la Commission africaine de reconnaître le Congrès comme un mouvement de libération nationale devant aider le Katanga à acquérir son indépendance sur la base de l'article 20 de la Charte africaine à disposer d'eux-mêmes²⁵. En d'autres termes, la Commission africaine devait se prononcer sur la question de savoir si la population Katangaise forme bien un « peuple » au sens de la Charte.

La Commission, dans cette affaire, va rejeter la requête. Mais on ne peut manquer de relever les incohérences. D'abord, elle commence par rappeler que

« l'auto-détermination peut s'opérer dans l'une des façons suivantes : indépendance, autogouvernement, gouvernement local, fédéralisme, confédéralisme unitarisme ou toute autre forme de relations conforme aux aspirations du peuple mais tout en reconnaissant les autres principes établis tel que la souveraineté et l'intégrité territoriale ». Ensuite, elle a estimé qu'« en l'absence de preuve tangible à l'appui des violations des droits de l'homme à tel point qu'il met en cause l'intégrité territoriale du Zaïre et en l'absence de toute preuve attestant le refus du peuple Katangais du droit de participer à la direction des affaires publiques conformément à l'article 13 (1) de la Charte africain,

24. CADHP, communication n° 273/03, *Centre for Advancement of Democracy, Social Justice, Conflict Resolution and Human Welfare c. Nigéria*, 18e rapport annuel d'activités.

25. Article 20 : « Tout peuple a droit à l'existence. Tout peuple a un droit imprescriptible et inaliénable à l'autodétermination. Il détermine librement son statut politique et assure son développement économique et social selon la voie qu'il a librement choisie. Les peuples colonisés ou opprimés ont le droit de se libérer de leur état de domination en recourant à tous les moyens par la Communauté internationale. Tous les peuples ont le droit à l'assistance des États parties à la présente Charte, dans leur lutte contre la domination étrangère, qu'elle soit d'ordre politique, économique ou culturel ».

la Commission maintient que le Katanga est tenu d'user d'une forme d'auto-détermination qui soit compatible avec la souveraineté et l'intégrité territoriale du Zaïre »²⁶.

La Commission va préférer sauvegarder la souveraineté et l'intégrité territoriale du Zaïre qui est un État membre de l'OUA et un État partie à la Charte africaine, tout en suggérant une forme « d'auto-détermination » du peuple Katangais. Dans une autre décision *Social and Economic Rights Action Center, Center Economic and Social Rights c. Nigéria*, les plaignants dénoncent une exploitation du pétrole par des entreprises privées, causant de graves dommages à l'environnement et des problèmes de santé dans la population Ogoni. Par ailleurs, le gouvernement nigérian aurait fermé les yeux sur des violations graves des droits de l'homme. La Commission était cependant implicitement invitée à évoquer la notion de peuple puisque les requérants invoquaient dans leur demande le droit des peuples à disposer de leurs ressources naturelles, implicitement donc elle devait dire si la population Ogoni était un peuple au sens de la Charte. Statuant sur la prétendue violation de l'article 21, la Commission rappelle que le droit de jouir des ressources naturelles a été consacré au bénéfice des peuples qui se trouvaient sous domination coloniale. Elle ajoute certes que la population Ogoni peut légitimement aspirer à tirer profit de ses ressources naturelles, mais va ne jamais jusqu'à admettre explicitement que la population Ogoni constitue un peuple²⁷. Enfin, dans sa *Malawi African Association c. Mauritanie*²⁸. Dans sa communication en réponse, la Commission africaine, de manière quelque peu inattendue estime que « *les attaques des villages sans provocation constituent une négation du droit du peuple à vivre en paix et en sécurité* », donnant ainsi l'impression que la population négro-mauritanienne constitue un « peuple »²⁹.

Il semble que l'on puisse déduire de ces décisions que la Commission assimile le peuple à des minorités, à « *un groupe identi-*

26. CADHP, communication n° 75/92, *Congrès du Peuple Katangais c. Zaïre*, 8^{ème} rapport d'activités, paragraphe 6.

27. CADHP, communication n° 155/96, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigéria*, 15^{ème} rapport annuel d'activités.

28. CADHP, communication n° 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 à 196/97, 210/98, *Malawi African Association et al. c. Mauritanie*, 13^{ème} rapport annuel d'activités.

29. *Ibid.*

fiable (...) en raison d'ancêtres communs, de leur origine ethnique, de leur langue ou de leurs habitudes culturelles »³⁰.

Le point de vue de la Commission africaine, consistant à soutenir que l'intention des rédacteurs était de reconnaître le droit à l'auto-détermination à des peuples au sein des États parties n'est pas partagé par tout le monde. Selon ANKUMAH, l'approche étatiste du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes apparaît dans la Charte africaine, le paragraphe 9³¹. Cette conception étatiste du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est partagée³².

Cette approche étatiste de la notion du droit des peuples semble évoluer dans la « jurisprudence » de la Commission. Car, le constat que l'on peut au moins faire en étudiant les décisions de la Commission sur ce point est que celle-ci a tendance à privilégier les droits économiques attachés à la notion de peuple au détriment de la dimension politique de celle-ci. Cette position est compréhensible dans la mesure où elle permet à la Commission de garantir aux peuples en question des droits pour sa survie, mais évite soigneusement la dimension politique c'est-à-dire « subversive » du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. À terme enfin, cette dimension politique comporte la prétention à se constituer en État indépendant. En droit international comme en Afrique en particulier on sait que les États résignent à reconnaître un tel droit aux entités qu'ils renferment³³.

30. CADHP, communication n° 211/98, *Légal Resources Foundation c. Zambie*, 14^{ème} rapport d'annuel d'activités, paragraphe 73.

31. Paragraphe 9 du préambule de la Charte africaine « à libérer totalement l'Afrique dont les peuples continuent à lutter pour l'indépendance véritable et à leur dignité et (...) à éliminer le colonialisme, l'apartheid, le sionisme, les bases militaires d'agression et toutes formes de discrimination, notamment celles fondées sur la race, l'ethnie, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'opinion publique ».

32. A. N'KOLOMBUA, « L'ambivalence des relations entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'intégrité territoriale contemporain », in C. CHAUMONT, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international*, Paris, Pedone, 1984, p. 436 ; B. TRAORÉ, « Droit de l'homme en Afrique : l'évolution de leur conception et de leur pratique », in *L'Afrique et le droit international, Actes du Colloque sur l'enseignement du Droit international en Afrique, Dakar 11-13 décembre 1985*, op. cit., p. 165 ; B. N'GOM, « Charte africaine des droits de l'homme et des peuples – Présentation », in A. FENET, *Droits de l'homme – Droits des peuples*, Paris, PUF, 1982, p. 207.

33. M. MUBIALA, « Les droits des peuples en Afrique », *RTDH*, n° 60, 2004, p. 999.

3. Les devoirs de l'individu

L'absorption des droits par les devoirs peut être liée à l'exacerbation du nationalisme et à l'apparition de nouveaux États sur la scène internationale. Elle signifie que les droits de l'homme se fondent sur des droits plus globaux, plus collectifs.

Cette notion de devoir fait naître des obligations à la charge de l'individu. La Charte proclame que la jouissance des droits et libertés implique l'accomplissement des devoirs vis-à-vis de la société. Ils constituent la contrepartie des droits et requièrent de la part du titulaire du droit des actions ou des abstentions.

L'africain a des devoirs envers la famille, la société, l'État et les autres collectivités publiques, ainsi que la communauté internationale. Il doit, en outre, respecter les droits d'autrui, la sécurité collective, la morale et l'intérêt commun, ceci dans le respect et la considération sans discrimination aucune vis-à-vis de ses semblables.

Il doit préserver le développement harmonieux de la famille en œuvrant pour sa cohésion, son respect et la considération due à tout moment à ses parents, géniteurs, qu'il doit nourrir et assister en cas de nécessité. Il se doit également de secourir la communauté nationale, de ne pas compromettre la sécurité de l'État, de préserver et de renforcer la cohésion sociale et nationale, l'indépendance et l'intégrité territoriale, de s'acquitter des contributions, de préserver et de renforcer « les valeurs culturelles africaines positives » dans un esprit de tolérance et de dialogue, de contribuer au mieux de ses capacités à la promotion et à la réalisation de l'unité africaine.

Si cette amalgame entre droits et devoirs est dénoncée vigoureusement pour certains, pour qui « *la Charte présente la singularité de faire cohabiter des concepts apparemment antinomiques : individu et peuple, droits individuels et droits collectifs, droits de la troisième génération et droits classiques* »³⁴. En vérité, la Charte africaine n'est pas la première norme qui énonce les devoirs de l'individu. La

34. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 9e édition, p. 169 ; Y. MADIOT, *Considérations sur les droits et devoirs de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 126 ; J.-D. BOUKONGOU, « L'attractivité du système africain de protection des droits de l'homme », *AHRLJ*, vol. 6, n° 2, 2006, pp. 268-299 ; Y. MANDIGUI, « L'aide au développement et les droits de l'homme », in D. MAUGENEST et P.-G. POUGOUE (dir.), *Droits de l'homme en Afrique Centrale, Colloque de Yaoundé, 9-11 novembre 1994*, Khartala, 1996, p. 228.

Déclaration universelle des droits de l'homme stipule, en son article 29, que « *l'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seule le libre et plein développement de sa personnalité est possible* ». La déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme peut également être citée, son préambule mentionne « *toute personne a des devoirs envers la famille, la Communauté et l'humanité* ».

La Charte africaine n'aurait donc procédé qu'à « *une transposition authentique de la Déclaration universelle des droits de l'homme, dont la philosophie repose sur le caractère universel, égal, indivisible et interdépendant des droits de l'homme* »³⁵.

B. Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique

Une interrogation se pose d'emblée : est-ce que le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique (appelé Protocole de Maputo) fait partie du bloc de constitutionnalité ou plus précisément des normes de référence ?

La question garde toute sa pertinence, même si le préambule de la Constitution ne cite pas nommément le Protocole, il n'en demeure pas moins que ledit instrument reste un protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, donc un prolongement de la Charte africaine. Autrement dit, le Protocole sur les droits de la femme intègre, fait corps avec la Charte africaine et ferait partie du bloc de constitutionnalité.

Cette hypothèse n'est celle retenue par le Conseil constitutionnel du Sénégal³⁶, certainement parce que les deux instruments sont distincts nécessitant chacun un consentement à être lié. Un État peut être lié par la Charte africaine sans consentir au Protocole sur les droits des femmes en Afrique. Dans la même dynamique peut-on élever un instrument conventionnel à un rang constitutionnel alors que la Constitution ne le cite pas expressément ? En définitive sur ce point, le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits

35. M. MUBIALA, « L'Afrique et la Déclaration universelle des droits de l'homme », *Revue juridique et politique*, n° 2, 2011, p. 234.

36. En effet, le Conseil constitutionnel ne cite pas le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique, voir le site du Conseil constitutionnel sénégalais www.conseilconstitutionnel.sn consulté le 12.06.2021.

des femmes en Afrique peut faire l'objet d'un contrôle de conventionalité mais certainement pas l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

Le Protocole de Maputo relatif aux droits des femmes a été adopté le 01 juillet 2003, il est entrée en vigueur le 25 novembre 2005. Le Protocole a été ratifié par le Sénégal le 27 décembre 2004 et est entrée en vigueur le 30 janvier 2005.

Paragraphe 2 : Les dispositifs de suivi et de garantie

Ce dispositif de suivi et de garantie des droits a été d'abord confié à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples exclusivement. Dans un souci de perfectionner ce mécanisme, la mission de protection dévolue initialement à la Commission africaine a été renforcée par la création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

A. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

Aux termes de la Charte, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) a pour mission d'une part de « *promouvoir les droits de l'homme et des peuples et d'assurer leur protection* »³⁷. Il convient de distinguer dès lors l'activité de promotion de celle de protection.

La première mission de la Commission, aux termes de l'article 45, est de promouvoir « *les droits de l'homme et des peuples* ». À chaque session les commissaires présentent un rapport d'activité entrepris durant l'intersession, la période entre deux sessions, notamment des visites des organisations de droits de l'homme, des universités et d'autres institutions dans les pays désignés. La Commission organise des séminaires, des conférences et des symposiums pour servir de forums de discussions ouverts sur les droits de l'homme en Afrique.

La Commission a aussi une mission de protection des droits de l'homme aux termes du même article. En somme, l'activité de promotion consiste à diffuser, vulgariser, enseigner les droits de l'homme. L'activité de protection, quant à elle, implique l'intervention de mécanisme en vue de contrôler le respect des engagements pris par les États, d'examiner les recours pour les violations et, si ces dernières sont établies ou

37. Article 45 de la Charte africaine.

avérées, d'indiquer les modalités de la sanction et de la réparation des droits³⁸.

Elle se compose de 11 membres élus par la conférence des gouvernements et des chefs d'État pour une période de six (6) ans renouvelable. La Commission se renouvelle par fraction tous les deux (2) ans.

Les membres de la Commission siègent à titre personnel. La nomination des commissaires se fait à la suite d'une élection au scrutin secret par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement. Il faut préciser que la Charte ne contient aucune disposition sur la représentation géographique ou sexuelle des membres de la Commission africaine³⁹.

Ainsi les Commissaires sont soumis à un vote d'approbation de la part d'un organe éminemment politique. C'est pourquoi le risque de pression auxquels ces derniers pourraient être soumis par leurs États est réel. Ce mode de nomination peut nuire à l'indépendance des Commissaires, ce qui pourrait rejaillir sur l'effectivité de l'indépendance de l'organe⁴⁰.

38. Sur la distinction entre l'activité de promotion et de protection K. VASAK, « Les critères de distinction des institutions internationales de protection et de promotion des droits de l'homme », in *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Paris, 1978, pp. 238-239.

39. Selon F. VOLJEN, « la Charte ne renferme aucune disposition sur la représentation géographique, juridique ou sexuelle des membres de la Commission. Cette lacune a conduit, lors de la 22^{ème} session, à une situation déplorable où la Commission comptait cinq membres d'Afrique Occidentale, trois d'Afrique du Nord, deux d'Afrique Centrale, un d'Afrique Australe et aucun d'Afrique Orientale. Les Commissaires sont habituellement nommés à un âge avancé et sont souvent étroitement liés aux gouvernements dont ils sont parfois diplomates », v. *Introduction à la Commission africaine et au système régional africain des droits de l'homme*, RTDH, p. 457.

40. J.-D. BOUKONGOU, « L'application de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples par les autorités nationales en Afrique centrale », in J. F. FLAUSS et E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir), *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Bruxelles, Bruyant, 2004, collection droit et justice, n° 54, p. 155 ; P.-G. POUGOUE, « La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples entre son passé et son avenir », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, AUF, 1994, p. 529 ; R. DEGNI-SEGUI, « L'apport de la Charte africaine », *Revue africaine de droit international et comparé*, vol. 3, 1991, pp. 735-740.

Toutefois ; ce pouvoir de contrôle de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement doit être fortement relativisé⁴¹.

La Commission africaine examine les rapports périodiques des États⁴² sur les mesures prises en vue de donner effets aux droits et libertés garantis par la Charte africaine mais aussi son Protocole de Maputo relatif aux droits des femmes. Ces rapports doivent être soumis tous les deux (2) ans par les États parties au niveau du Secrétariat de la Commission. Le rapport doit être élaboré selon des lignes directrices établies sur l'ensemble des mesures constitutionnelles, législatives, administratives et autres pratiques éventuellement les formes de réparation pour les victimes des violations. À l'issue de l'examen du rapport, la Commission formule des observations finales qui sont des recommandations aussi bien positives que négatives afin d'améliorer l'application de la Charte et de son Protocole additionnel au niveau interne. Incontestablement, si l'examen des rapports est un procédé qui permet à la Commission africaine de soutenir les États parties dans l'application de la Charte au niveau interne, il n'en demeure pas moins que ce mécanisme connaît des faiblesses ; d'abord en pratique les États parties ne soumettent pas leurs rapports à temps échu ou ne soumettent pas de rapport, ensuite force est d'admettre qu'il ne limite pas la souveraineté des États.

La Commission reçoit des communications émanant des États parties à la Charte sur une violation opérée par un autre État. En outre, elle peut recevoir des communications autres que celles des États.

La liste des communications est dressée par le secrétaire de la Commission qui la transmet aux membres qui peuvent demander à en prendre connaissance et qui peuvent saisir la Commission si la majorité absolue des commissaires se prononce en faveur de cette saisine.

En tous les cas, les mesures prises restent confidentielles jusqu'au moment où la conférence des chefs d'État et de gouvernement en décide autrement. Le rapport est alors publié par le président de la Commission à la demande de la conférence.

Si la Commission africaine constitue un progrès substantiel dans la voie d'une plus grande promotion des droits de l'homme en Afrique, il n'en demeure pas moins que la mission de protection est

41. E. LAMBERT ABDELGAWAD, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in *Dictionnaires des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1^e édition, 2008, p. 121.

42. Article 62 de la Charte africaine.

largement critiquée, c'est certainement la raison de la juridictionnalisation du mécanisme.

B. La juridictionnalisation du mécanisme africain de protection des droits de l'homme : la création de la Cour africaine

Le 09 juin 1998 la Conférence des Chefs d'États et de gouvernement décidait de renforcer la Commission par la création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Celle-ci a pour mission de compléter la protection de la Commission africaine⁴³. En effet, la Commission africaine présentait des insuffisances qui tournaient autour de plusieurs points : inexistence d'un pouvoir de décision au profit d'un seul pouvoir de recommandation, absence de contrainte ou tout simplement d'incitation à l'exécution des décisions rendues, confidentialité outrancière de la procédure devant la Commission et toute puissance d'un organe politique comme la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement, mais la pratique de la Commission africaine à atténuer largement ces critiques. Il va de soi que la protection juridictionnelle des droits de l'homme représente, à raison de l'indépendance du juge des pouvoirs, le degré ultime de cette garantie.

La création de la Cour s'est faite par un protocole additionnel qui a d'abord été adopté par la Conférence des ministres de la justice des États membres de l'OUA⁴⁴, puis par la Conférence des Chefs d'États et de gouvernement le 10 juin 1998. Ce Protocole va entrer en vigueur, après cinq (5) longues années d'atermoiements, le 26 décembre 2003 à la suite du dépôt du quinzième instrument de ratification déposé par les Iles Comores. Cette lente ratification constitue, pour certains, une

43. Article 2 du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples « *la Cour, tenant dûment compte des dispositions du présent Protocole, complète les fonctions de protection que la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples a conférées à la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples* ».

44. La 33^{ième} session des experts gouvernementaux, élargie aux diplomates, réunie à Addis-Abeba du 08 au 11 décembre 1997 a reçu un mandat de la 66^{ième} session ordinaire du Conseil des ministres de l'OUA pour finaliser le Protocole portant création de la Cour africaine et le soumettre au Conseil des ministres de la justice pour adoption.

stratégie qui contribue fortement à l'encadrement politique étroit du mécanisme par les États africains⁴⁵

La Cour africaine est composée de onze (11) juges élus pour une période de six (6) ans. La Cour est compétente pour connaître des différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la Charte, du présent Protocole, et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les États concernés. C'est ainsi que le Protocole à la Charte africaine sur les droits de la femme en Afrique stipule que la Cour est compétence pour connaître des différends à son l'interprétation.

Elle est aussi amenée à donner des avis consultatifs à la demande d'un État membre ou d'une organisation africaine reconnue par l'Union africaine (UA) sur toute question juridique concernant la Charte ou tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme.

Toujours dans la perspective de renforcer le contrôle de la Charte, l'Union africaine a décidé, lors de sa conférence des chefs d'États et de gouvernement tenu à Maputo du 10 au 12 juillet 2003, de fusionner la Cour de justice d'avec la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples par un protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. Cette fusion était présentée comme répondant à un besoin d'économie et de rationalisation. Pour d'autres, cependant, les deux juridictions étaient différentes et n'avaient pas la même vocation. En effet, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a été créée en complément de la Commission africaine, particulièrement dans le domaine des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union africaine a un mandat qui s'étend à tous les traités et conventions de l'UA ainsi que toutes les questions concernant le droit international. Pour les opposants de la fusion des deux cours, le projet de fusion était de nature à altérer la mission de protection des droits de l'homme. Malgré tout, le texte portant sur sa création a été adopté à la onzième session ordinaire de la Conférence tenue le 01 juillet 2008 à Sharm el-Sheikh (Égypte). Ce Protocole est entré en vigueur le 11 février 2009⁴⁶.

45. S. DOUMBE-BILLE, « La juridictionnalisation des droits de l'homme en Afrique : « much ado about nothing » », in J.-F. AKANDJI-KONBE, *Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier, l'homme dans la société internationale*, Bruylant, 2013, p. 98.

46. Les États ayant ratifiés le Protocole sont les suivants : l'Algérie, les Comores, l'Égypte, le Gabon, la Gambie, la Libye, le Lesotho, le Mali, le Mozambique,

La Cour compte seize (16) juges qui sont ressortissants des États parties⁴⁷. Elle est composée de deux (2) sections : une section des affaires générales qui sera saisie de toute affaire introduite en vertu de l'article 29 du Statut, à l'exception des affaires portant sur les questions des droits de l'homme et des peuples ; une section des droits de l'homme qui est compétente sur toute affaire relative aux droits de l'homme et/ou des peuples.

TITRE II : LES SOURCES NATIONALES

« *Les droits de l'homme sont la grande affaire moderne* »⁴⁸. La remarquable omniprésence du discours des droits de l'homme dans tous les débats sociétaux est assurément l'un des marqueurs les plus communément partagés, par les États modernes. Bâtie sur des objectifs libertaires, la théorie des droits de l'Homme incarne sans doute, la traduction la plus chatoyante d'une certaine mouvance généralisée des sociétés autour d'un idéal commun de leur respect, non sans considération des spécificités propres dont peut valablement se réclamer toute communauté. Loin d'être en marge de cette dynamique, les États africains⁴⁹ semblent tiraillés entre « *l'universalité des droits de l'homme et le pluralisme juridique* »⁵⁰ qui les caractérisent. Il reste que cet élan de convergence est irrigué par les références textuelles concordantes, tant au plan international qu'à leur traduction en droit interne. Dans cette dernière échelle d'appréciation, les droits de l'homme se déclinent comme un ensemble de privilèges tirant leur origine dans de nombreux textes. Se pose alors l'intérêt de se focaliser

l'Ile Maurice, le Niger, le Rwanda, l'Afrique du Sud, le Soudan, la Tanzanie, la Tunisie.

47. Article 3 du Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme.

48. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al., *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2012, p. 1.

49. S. THIAM, « Les droits de l'homme en Afrique francophone : tradition et modernité », in *Mélanges en l'honneur du Juge Kéba Mbaye, Administrer la justice. Transcender les frontières du droit*, Presses UT1, 2018, pp. 73 et s.

50. A. B. FALL, « Universalité des droits de l'homme et pluralité juridique en Afrique », in *Mélanges Dmitri-Georges Lavroff, La Constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 359-380.

sur leurs sources internes. Si la « source » s'appréhende trivialement comme le principal point de jaillissement d'une matière, les « sources nationales » des droits de l'homme seraient indubitablement constituées des principales « normes de référence » formant le « bloc de constitutionnalité »⁵¹. Celui-ci « rassemble l'ensemble des textes auxquels se réfère le juge constitutionnel dans le cadre de sa mission de contrôle de constitutionnalité »⁵². Cette présentation des sources nationales demande donc à être clairement identifiée, formellement circonscrite, en ce qu'elles constituent l'étalon de mesure des garanties juridictionnelles. À l'heure où les processus d'élaboration des cadres juridiques obéissent à l'impératif paradigmatique des droits de l'homme⁵³ et à leurs exigences, se déploie une subtile imbrication des règles nationales et internationales, dans un solidaire élan de complémentarité, de convergence normative⁵⁴. Pour s'en rendre compte, au nombre des sources internes qu'il serait important de recenser, figurent le préambule de la Constitution, la Constitution et la Loi.

CHAPITRE 1 : LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION

Le préambule⁵⁵ est une déclaration préliminaire placée en tête de la Constitution, par laquelle le constituant proclame son attachement à

-
51. Pour S. BOLLE, « la variante africaine du bloc de constitutionnalité revêt une signification et un contenu assez peu familiers des constitutionnalistes de l'ancienne métropole. Elle est marquée par le souci de voir émerger, sur les décombres de l'autoritarisme, une supra-légalité démocratique qui pallie les carences d'une justice ordinaire trop politisée ». Cf. « Des constitutions “made in” Afrique », www.la-constitution-en-afrique.org, p. XVI, consulté le 29-09-2021.
 52. I. M. FALL, « La loi organique dans les ordonnancements juridiques des États d'Afrique francophone. Réflexion sur une norme particulière », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, n° 32, 2014, p. 188.
 53. S. KABA, *L'avenir des droits de l'Homme en Afrique à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Dakar, L'Imprimerie Sénégalaise, 1996, p. 198.
 54. I. DIALLO, « Normes internationales et normes constitutionnelles dans l'ordre juridique interne sénégalais », *Annales Africaines*, Nouvelle Série, vol. 2, 2014, pp. 2-22.
 55. Cf. F. D. P. TETANG, « La normativité des préambules des constitutions des États africains d'expression française », *RFDC*, 2015/4, n° 104, pp. 953-978 ; B. BA, « Le préambule de la Constitution et le juge constitutionnel en Afrique »,

des valeurs et principes qui constituent la doctrine politique du régime. Il ne figure pas dans toutes les Constitutions⁵⁶ écrites, mais sa présence est remarquée dans la plupart d'entre elles. Issu du mot latin *praeambulus*, c'est-à-dire « précédant », le terme préambule est formé du radical *prae* qui signifie « avant », « devant » et de *ambulare*, c'est-à-dire « se promener », « marcher », « avancer ». Ce « *texte introductif à la Constitution* »⁵⁷ qui fait office de « *doctrine officielle du régime* »⁵⁸, traduit « *l'expression de la conscience collective de la Nation à un moment donné* »⁵⁹. Précédant le corpus du texte constitutionnel, le préambule est composé de références qui varient suivant les options juridiques, si bien qu'il soit important de revenir à son contenu et sa valeur juridique.

SECTION 1 : LE CONTENU MATÉRIEL DU PRÉAMBULE

Les dispositions du préambule sont bien nombreuses et variées. Elles n'obéissent pas forcément à un agencement scientifiquement cohérent. Plutôt dire qu'elles sont proclamées « pêle-mêle », avec quelques imperfections (redondances et imprécisions). Ce qui ne leur dépouille en rien leur teneur normative. Si dans la Constitution de 1963, l'énumération des droits et libertés avait fini de prendre une place importante, celle de 2001 semble plus orientée vers la déclinaison de nombreux principes. On peut articuler le contenu matériel du préambule autour de deux (2) axes principalement : les dispositions

Afrilex, 2016, p. 36 ; M. F. DIOP, « Réflexions sur la constitutionnalisation du préambule de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 », in *Légitimité et élection en Afrique francophone*, Revue sénégalaise de droit et science politique, n° 14, 2018, pp. 347-395. K. DOSSO, « Repenser le préambule des Constitutions des Etats africains », *Revista de Estudios Jurídicos*, n° 20/2020, pp. 90-123.

56. Certaines Constitutions en vigueur n'en disposent pas : c'est le cas de l'Autriche (Constitution de 1920), de la Belgique (1831), Italie (1947). M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome I, Paris, Dalloz, 2012, pp. 279 et s.

57. J. F. WANDJIK, « La déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 Août 1789 et l'État en Afrique », *RFDC*, n° 99, 2014/3, p. 28.

58. E. H. MBODJ, *Théorie constitutionnelle*, Titre III, Cours Licence 1, inédit, p. 141.

59. R. PELLOUX, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre de 1946 », *RDP*, 1947, p. 347.

relatives à l'affirmation d'un statut d'État souverain et celles qui ont trait à l'édification d'un modèle typique de société.

Paragraphe 1 : L'affirmation d'un statut d'État souverain

Le statut d'État souverain, génère inmanquablement le bénéfice d'un ensemble de privilèges bâtis sur des principes. Les principes relatifs à l'accession à la souveraineté internationale traduisent en eux-mêmes des vertus viscérales fondatrices de l'identité propre d'un État. Elles se déclinent comme un ferment génétique qui innerve toute l'ossature institutionnelle et matérielle exclusive à une communauté donnée. À cet effet, pour en mesurer l'importance, il sied de revenir à l'affirmation du principe de la souveraineté nationale débouchant sur l'adhésion aux instruments juridiques internationaux.

A. Le principe de la souveraineté internationale

Le préambule de la Constitution de 2001 énonce :

« Le Peuple du Sénégal souverain, PROFONDÉMENT attaché à ses valeurs culturelles fondamentales qui constituent le ciment de l'unité nationale : CONVAINCU de la volonté de tous les citoyens, hommes et femmes, d'assumer un destin commun par la solidarité, le travail et l'engagement patriotique ; CONSIDÉRANT que la construction nationale repose sur la liberté individuelle et le respect de la personne humaine, sources de créativité ; CONSCIENT de la nécessité d'affirmer et de consolider les fondements de la Nation et de l'État ».

Il s'infère de ces dispositions que l'expression la plus achevée de la souveraineté d'un État se superpose à son accession à la souveraineté internationale. Dans le cas du Sénégal comme la plupart des territoires francophones d'Afrique, c'est la résultante d'un combat politique entrepris par le peuple et ses élites pour s'affranchir d'une tutelle étatique française préexistante. Ce principe consacre une égalité de droit entre les États. Dans le contexte africain en général, elle délie cette subordination longtemps entretenue par les autorités métropolitaines européennes (françaises), sur les territoires sous domination. Depuis 1960, le Sénégal est désormais affranchi de toute domination étrangère. En tant qu'entité souveraine, l'État est libre de déterminer

comme il l'entend la forme d'organisation publique qu'il entend promouvoir. Il n'est point surprenant qu'à l'orée du préambule, le constituant déclame : « *Le Peuple du Sénégal souverain, profondément attaché à ses valeurs culturelles fondamentales qui constituent le ciment de l'unité nationale* ». La proclamation de ce principe s'accompagne d'un viscéral élan d'affirmation de soi, dans le sens de construire le modèle de société que se définit le peuple lui-même, destinataire.

Qui plus est, l'attachement du peuple sénégalais à « l'idéal de l'unité africaine » auquel fait allusion le préambule, apparaît à cet égard comme une invitation adressée par le constituant aux gouvernants sénégalais de mettre en œuvre toute leur énergie pour la réalisation de l'unité africaine. On le sait, le fédéralisme prôné par Kwamé NKRUMAH, tout comme la théorie des « *centres concentriques* » de Léopold Sédar SENGHOR furent indispensable à l'affirmation de « *la personnalité africaine* ». Seulement, il doit se faire progressivement ainsi que le montre la référence expresse aux impératifs historiques, moraux et matériels qui unissent les États de l'Ouest africain. Autant relever qu'une obligation de moyens est donc à la charge des gouvernants qui ne doivent ménager aucun effort pour la réalisation de l'unité africaine. Ils devront, en même temps, s'abstenir d'adopter tout acte contraire à l'Unité africaine.

B. Le principe d'adhésion aux instruments juridiques internationaux

L'ambition de « mettre fin au mépris des droits de l'Homme » est littéralement enchâssée dans le préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁶⁰. Il apparaît clairement que cet instrument international poursuivait l'objectif de redresser la fréquence des violations portées sur les droits inhérents à la nature humaine. Se soumettre volontairement aux textes internationaux qui promeuvent au sommet de la pyramide les droits imprescriptibles inaliénables de l'Homme, traduit assurément pour un État, une modalité habile d'être admis dans le « concert des nations ». L'appropriation des textes de dimension internationale, voire universelle est un réflexe

60. « *Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements* ».

qui escorte l'entrée en scène des États dans la reconnaissance internationale. Il s'agit pour eux de pouvoir partager les différentes valeurs et principes qui sont portés et promus par la plupart des nations. Il apparaît à travers les références aux déclarations de droits. Le Sénégal adhère au mouvement constitutionnel international marqué par la référence à des instruments internationaux qui font converger nombre d'États vers des idéaux communs. Il en est ainsi de : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et les instruments internationaux adoptés par l'Organisation des Nations Unies (ONU) et l'Organisation de l'Unité africaine, notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981.

De tels textes de référence, nantis des principes du libéralisme politique et démocratique, façonnent idéalement le modèle de société. Leur préservation est assurée sous le regard vigilant du juge constitutionnel, si bien que tout autre instrument improprement rattaché au préambule de la Constitution, est susceptible d'être rejeté. Telle semble être l'attitude du juge constitutionnel sénégalais dans sa décision n° 2-C-2021 du 20 juillet 2021/. Il a estimé que

« le Protocole A/SP1/12/01 de la CEDEAO 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 ne fait pas partie des normes de références du Conseil constitutionnel qui sont les dispositions de la Constitution, le préambule ainsi que les instruments internationaux auxquels fait référence ce préambule ».

Il appert, que la transcription des idéaux empruntés à la fois à l'Histoire des sociétés africaines et au Siècle des lumières, irradie encore les ordres juridiques, compteraient-ils parmi les plus récents. Il semble alors que cette dynamique marquée par l'allégeance à ce noyau dense de droits et libertés contenus dans ces différents textes de référence dévoile à quel prix la question des droits de l'Homme transcende les spécificités qui particularisent les communautés.

Paragraphe 2 : L'édification d'une société idéal-typique

Il est usuel de retrouver dans les dispositions des préambules constitutionnels la déclinaison du modèle sociétale voulue. Le texte constitutionnel sénégalais en vigueur ne déroge point à cette démarche incantatoire. En parcourant les principes proclamés dans le préambule de la Constitution, il ressort que certains d'entre eux sont centrés sur la gouvernance alors que d'autres restent chevillés aux citoyens.

A. Les principes centrés sur la gouvernance

D'origine anglo-saxonne, l'idéologie de la bonne gouvernance s'est d'abord déployée d'abord dans l'espace économique. Elle tendait essentiellement à appréhender la gestion aussi bien des personnes publiques que celle des personnes privées sous le prisme de l'efficacité économique, la transparence et des procédures participatives dans un contexte libéralisé⁶¹. En politique publique,

« la gouvernance désigne le plus souvent les formes contemporaines de régulation collective qui se développent sur la base de relations entre acteurs publics et privés, et dans des cadres institutionnels et territoriaux pluriels, plus ouverts et plus instables. On parle ainsi souvent de "gouvernance multi-niveaux" pour signifier à quel point les problèmes publics sont de plus en plus traités par des acteurs divers, placés à différents échelons territoriaux »⁶².

Transposé dans la cadre du droit constitutionnel, elle transcrit un certain nombre de principes qui rendent l'exercice des fonctions gouvernantes concordantes avec les standards de gouvernance. À cet égard, le préambule de la Constitution de 2001 proclame :

61. S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 26^e édition, 2019, p. 527. La Banque Mondiale donne la définition suivante au concept de bonne gouvernance « *the manner in which power is exercised in the management of a country's economic and social resources for development* ».

62. O. NAY, *Lexique de science politique*, Paris, Dalloz, 4^e édition, 2017, p. 492.

Le principe intangible de l'intégrité du territoire national et de l'unité nationale dans le respect des spécificités culturelles de toutes les composantes de la Nation

L'intangibilité des frontières issues de la colonisation est une des options les plus importantes. Elle rappelle certainement l'*uti possidetis juris*⁶³, ce principe qui veut que le titre territorial acquis au moment d'accéder à l'indépendance soit sauf. Il s'infère de cela que « *les limites administratives entre territoires dessinées par l'État colonial constituent les frontières des États devenus indépendants* »⁶⁴.

L'inaltérabilité de la souveraineté nationale qui s'exprime à travers des procédures et consultations transparentes et démocratiques

C'est une valeur cardinale pour la sauvegarde des institutions représentatives de la souveraineté nationale, mais également la volonté telle qu'exprimée par les citoyens, à l'occasion des consultations électorales. Cela exclut alors toute manœuvre de nature à confisquer, à saboter, subtiliser ou dévoyer le choix opéré par les électeurs.

La séparation et l'équilibre des pouvoirs conçus et exercés à travers des procédures démocratiques

Ce principe expressément ou implicitement, semble bien présent depuis les enseignements de ARISTOTE (384-322 avant J.C). Il affirma dans son ouvrage *Politique*, que :

« *Dans tout gouvernement il y a trois pouvoirs essentiels à chacun desquels le sage législateur doit faire place de manière plus convenable. Le premier est celui qui délibère des affaires d'État (législatif). Le deuxième comprend toutes les magistratures ou pouvoirs constitués, c'est-à-dire ceux dont l'État a besoin pour agir (exécutif). Le troisième embrasse les offices de juridiction (judiciaire)* ».

63. O. CORTEN, « Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et *uti possidetis* : deux faces d'une même médaille », *Revue belge de droit international*, n° 1, 1998, pp. 161-189.

64. S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 1095.

Bien des siècles plus tard, MONTESQUIEU⁶⁵, enseigna que :

« lorsque dans la même personne (...) 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 (...) ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement ».

La séparation et l'équilibre du pouvoir concourent aujourd'hui à stabiliser les régimes politiques, en anticipant sur les germes tyranniques et autoritaires qui ont fini de perdre de nombreux autres systèmes de gouvernement.

La volonté du Sénégal d'être un État moderne qui fonctionne selon le jeu loyal et équitable entre une majorité qui gouverne et une opposition démocratique, et un État qui reconnaît cette opposition comme un pilier fondamental de la démocratie et un rouage indispensable au bon fonctionnement du mécanisme démocratique

Ce qui est remarquable ici, c'est à l'évidence la reconnaissance de l'opposition comme composante importante de l'échiquier politique. La présence de l'opposition reste une garantie essentielle pour couper court à la pensée unique et enrichir le débat de par la contradiction clairvoyante. L'altérité est une richesse pour l'expression de la démocratie. L'admission de l'opposition laisse la porte ouverte à des « alternances » fortement souhaitables pour une respiration démocratique du pouvoir politique.

Enfin, le préambule proclame également l'attachement du peuple à « *la transparence dans la conduite et la gestion des affaires publiques ainsi qu'au principe de bonne gouvernance* » : ces nouvelles exigences de management public sont sous-tendues par de nouveaux paradigmes comme le culte de la redevabilité, de la responsabilité, de la reddition des comptes, de la publication du patrimoine, l'évitement des conflits d'intérêt, de la patrimonialisation des biens publics. Les exigences de transparence et de bonne gouvernance sont largement érigées en vertus dans les nouveaux cadres de redéfinition des relations gouvernants/gouvernés.

65. *De l'esprit des lois*, 1748.

En tout état de cause, l'économie de ces principes centrés sur la gouvernance laisse ressortir une panoplie d'outils et de règles aptes à structurer un idéal de société.

B. Les principes centrés sur les citoyens

Conscient que le citoyen est le réceptacle des droits et libertés contenus dans la Constitution, le constituant de 2001 a entendu dégager à son profit, un ensemble de principes aptes à lui assurer un traitement égalitaire. Cette garantie se révèle tout aussi déterminante. On peut retenir, à ce propos :

Le respect et la consolidation d'un État de droit dans lequel l'État et les citoyens sont soumis aux mêmes normes juridiques sous le contrôle d'une justice indépendante et impartiale

L'articulation ainsi établie entre l'État de droit et le rôle attendu du citoyen procède d'une salutaire projection. L'assurance d'une citoyenneté alerte dans la conduite vertueuse de la « *res publica* », exigeante dans le culte de redevabilité auquel sont astreints les responsables administratifs, sous le contrôle du juge, décrit assurément un modèle de conduite idéale.

L'accès de tous les citoyens, sans discrimination, à l'exercice du pouvoir à tous les niveaux

C'est une exigence fondamentale car l'un des plus grands fléaux de l'humanité aura certainement été d'alimenter un traitement discriminatoire entre êtres humains. Dans l'exercice du pouvoir, le principe d'égal accès, censé garantir le même traitement à tous ceux qui sont dans une situation identique, préserve un *a priori* favorable dans un monde épris de la philosophie des droits humains.

L'égal accès de tous les citoyens aux services publics

L'établissement d'un dispositif favorisant un traitement égalitaire à tout citoyen désirant accéder au même service est l'un des piliers du service public, caractérisé par sa gratuité, sa continuité et sa neutralité. La réalisation du « minimum vital » en termes d'accès aux services universels est l'un des « droit-créances » majeurs à devoir satisfaire.

Le rejet et l'élimination, sous toutes leurs formes, de l'injustice, des inégalités et des discriminations

L'injustice traduit une justice inexistante ou insuffisamment rendue, lésant les droits d'autrui. Cette (in)conduite qui génère des discriminations, est assurément à l'origine de nombreux textes révolutionnaires, dont certains sont encore en vigueur. Chaque disposition contenue dans les textes de cet acabit, constitue une réponse face à une injustice déjà relevée. Que le constituant fasse le vœu de se défaire des formes d'injustice, des inégalités et discriminations, dénote d'une heureuse perspective pour la sauvegarde des droits de l'Homme.

Par ailleurs, le préambule énonce que le peuple dans son ensemble, affirme :

Sa détermination à lutter pour la paix et la fraternité avec tous les peuples du monde

La culture de la paix a toujours été vantée comme étant un préalable à la réalisation de tout projet sociétal. Les droits humains éprouveraient une grande difficulté à s'épanouir dans un environnement conflictuel. La pacification des relations entre communautés, entre États préside à toute construction idéale d'une société des droits de l'Homme.

SECTION 2 : LA VALEUR DU PRÉAMBULE

La valeur du préambule a été discutée pendant longtemps. On considérait que le préambule ne contenait que l'énoncé de principes moraux ou philosophiques qui devaient orienter l'action du législateur. Sa violation n'était assortie d'aucune sanction. En revanche d'autres auteurs défendaient sa positivité. Ce qui a nourri une controverse tranchée, dont l'issue consacre le triomphe de thèse de sa valeur juridique.

Paragraphe 1 : La controverse sur la valeur du préambule

La controverse en question transcende le droit sénégalais. Elle procède plutôt du droit français où des auteurs se sont adonnés à la qualification du préambule de la Constitution de 1946. Bien qu'elle soit aujourd'hui dépassée, la controverse conserve en soi une portée

scientifique qui valide certaines réflexions. En règle générale, a émergé la thèse de la valeur philosophique du préambule à laquelle s'est démarquée celle juridique.

A. La thèse de la valeur philosophique

La thèse de la valeur philosophique (politique) du préambule est défendue par une partie de la doctrine française à une époque donnée. Elle résulte d'une croyance ferme qui semblait s'éprendre de certains doctrinaires français, convaincus à l'idée d'une apparence cosmétique, superfétatoire ou décorative du préambule⁶⁶, comparé au dispositif dont la normativité ne prête guère à discussion. Il en est ainsi de R. CARRÉ DE MALBERG⁶⁷ et A. ESMEIN⁶⁸, qui sous la III^{ème} République, se sont distingués comme étant les principaux animateurs de cette position doctrinale qui voyait à travers les déclarations de simples « *énoncés de principes philosophiques et moraux dépourvus de valeur juridique* »⁶⁹. Au fond, la thèse de la valeur philosophique du préambule reste adossée à des arguments techniquement défendables.

D'abord, pendant longtemps le contenu des préambules des constitutions françaises antérieures n'était pas vu comme renfermant des clauses normatives. Il était plutôt vu comme une sorte de « pétition de principes » dont la valeur proclamatrice suffisait à en faire une sorte d'« accessoire », d'« entrée en matière » au dispositif du texte, constitué d'articles. Cette perception a souvent fragilisé l'idée de hisser à la dignité constitutionnelle le préambule de la Constitution.

Ensuite, le ferment philosophique qui sous-tendait le texte du préambule déconcertait une partie de la doctrine, déterminé à contrer toute forme de conversion des idées philosophiques d'une époque bien donnée, en normes positives. L'amalgame devrait être éradiqué.

Enfin, l'absence d'un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois, à son temps, rendait chimérique toute tentative de reconnaissance juridictionnelle du préambule. Non seulement le statut de juridiction constitutionnelle n'était pas élaboré, si tant est qu'il existât,

66. M. F. DIOP, « Réflexions sur la constitutionnalisation du préambule de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 », *op. cit.*, p. 348.

67. *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome II, Paris, Sirey, 1922, p. 581.

68. *Éléments de droit constitutionnel*, Sirey, 6e édition, 1914, p. 559.

69. J. et J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 31e édition, 2018, p. 131.

mais aussi la jurisprudence constitutionnelle était embryonnaire. On le sait, le processus de « juridictionnalisation » du Conseil constitutionnel français se construira bien plus tard, au moyen d'une succession d'actes non prémédités⁷⁰.

Tous ces écueils avaient donc entretenu cette optique interprétative qui mettait le préambule hors du cadre de la normativité juridique.

B. La thèse de la valeur normative

« *Le problème majeur du préambule est celui de sa valeur juridique* », écrivait J-M. NZOUANKEU⁷¹ en 1980. Cette boutade, décrivant un « *état d'esprit* » bien daté de l'état de la controverse, n'était guère partagée par tous. Au même moment, certains auteurs français, n'ont jamais fait mystère de la normativité du préambule et des déclarations qu'il contient. Ils se sont attachés à démontrer l'impossible distraction normative à opérer sur le même support textuel qui héberge à la fois le « préambule » et le « dispositif » sachant que cet ensemble a été adopté suivant le même rituel prévu à cet effet. G. VEDEL écrira : « *Le préambule, texte voté par la constituante sous le titre général recouvrant l'ensemble du texte constitutionnel, soumis comme tel au référendum, fait partie intégrante de la Constitution et a, au minimum, une valeur juridique égale à celle-ci* »⁷². Mieux encore, des auteurs comme M. HAURIOU⁷³ comme L. DUGUIT⁷⁴ avaient

70. Il en est ainsi de la décision du 16 juillet 1971 « *Liberté d'association* » ; de l'élargissement de la saisine du juge constitutionnel en 1974 aux députés et sénateurs ; de la décision DC, 8 et 23 août 1985, « *Évolution de la Nouvelle-Calédonie* » ; de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a parachevé la mécanique du contrôle de constitutionnalité avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité.

71. *La Constitution sénégalaise commentée*, Bibliothèque de l'autodidacte, vol. 2, 1980, p. 12.

72. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, p. 326.

73. *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e édition, 1929, p. 269.

74. *Traité de droit constitutionnel*, De Boccard, 3^e édition, 1928, pp. 183 et s.
L'auteur est d'avis que : « *Les déclarations de droit ne sont pas des déclarations de principe, des formules dogmatiques ou de simples énoncés théoriques formulés par un législateur philosophe, elles sont de véritables lois positives obligeant, non seulement le législateur ordinaire mais même le législateur constituant* ». Cf. L. PHILIP, « L'affirmation des droits de l'Homme dans les constitutions et les traités internationaux (convergence, complémentarité et

fini de partager la conviction ce que les principes contenus dans le préambule formaient un ensemble « supra-constitutionnel » auquel la loi constitutionnelle était soumise. Cette « surévaluation » de la force normative prêtée au préambule est assurément contestée par certains auteurs plus contemporains⁷⁵, même s'il faut se résoudre à cette vérité d'évidence qui reconnaît une plénitude juridique aux déclarations, poussant ainsi à délivrer un « *certificat de normativité à l'ensemble du préambule* »⁷⁶.

Il reste en tout état de cause, que la force normative du préambule de la Constitution est largement consacrée par les textes contemporains.

Paragraphe 2 : Le triomphe de la valeur juridique du préambule

« Le préambule des Constitutions, naguère relégué à la périphérie normative des règles constitutionnelles, aujourd'hui réhabilité, devrait être mis aux frontispices, puisque c'est lui qui véhicule le mieux l'esprit de la Constitution, l'idée de droit de la norme fondamentale, tel le Saint des Saints où on va rechercher une nouvelle naissance lorsque l'on s'égare de la route tracée »⁷⁷.

Cette observation conforte l'idée d'une réhabilitation juridique du préambule à laquelle se joint celle du juge.

intégration) », in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel et droits de l'Homme*, Paris, Economica, 1987, p. 256.

75. O. PFERSMANN rejette l'actualité du concept en ce que : « *La théorie de la supraconstitutionnalité s'inscrit ainsi dans une démarche de réhabilitation du jusnaturalisme tout en évitant soigneusement de s'en réclamer explicitement. Elle marque sous des apparences de terminologie juridique des revendications politiques ou morales* », tandis que pour H. ROUSSILLON, la supra-constitutionnalité constitue « *une menace pour la science juridique* ». V. *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 4e édition, 2000, p. 75. Quant à M. TROPER, il est d'avis que : « *si la Constitution est la norme la plus élevée, il n'y a et il ne peut y avoir aucun principe au-dessus de la Constitution* ». Cf. « *La notion de principes supraconstitutionnels* », in *Journées de la Société de législation comparée*, 1993, p. 337.

76. D. E. ADOUKI, « *Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique* », *RFDC* n° 95, 2013, p. 620.

77. A. KPODAR, « *Controverse doctrinale* », in Association béninoise de droit constitutionnel, *Annuaire Béninois de Justice Constitutionnelle, Dossier spécial, 21 ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin (1991-2012)*, Presses Universitaires du Bénin, 2013, p. 713.

A. La réhabilitation juridique du préambule

« *Le préambule fait partie intégrante de la Constitution* ». Cette « *formule qui évite toute discussion sur sa portée* »⁷⁸ parcourt les textes constitutionnels issus de la troisième vague de démocratisation⁷⁹. Cette disposition a vocation, tel un « *vaccin* », à agir préventivement, laissant alors refroidir quelque velléité d'œuvre prétorienne. Elle renie toute spécificité au préambule, ce, au nom de l'uniformité normative de l'ensemble des dispositions constitutionnelles. Parmi les États ayant textuellement consacré la valeur constitutionnelle du préambule, on peut retenir les Constitutions du Burkina, du Maroc, du Sénégal. Dans le préambule de la Constitution burkinabé de 1991, il est bien posé : « *nous (...) le peuple (...) adoptons et approuvons la présente Constitution dont le présent préambule fait partie intégrante* ». La Constitution marocaine du 29 juillet 2011 a suivi cette indication, en ce que : « *Ce préambule fait partie intégrante de la présente Constitution* »⁸⁰.

Mais au fond, qu'est-ce qui justifie cette énonciation précautionneuse de l'intégration du préambule aux textes constitutionnels africains ? N'a-t-on pas redouté la transposition jadis du débat⁸¹ en

78. Cf. S. M. SY, « L'alternance politique au Sénégal en mars 2000 et la Constitution du 22 janvier 2001 », in D. G. LAVROFF, *La Constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, p. 595.

79. S. HUNTINGTON, *Troisième vague*, Manille, Nouveaux Horizons, 1990, p. 349.

80. Seulement, à rebours de ces États, le constituant camerounais de 1996 s'en démarque formellement. Il admet certes valeur constitutionnelle du préambule, mais ne le fait qu'à l'article 65 du Titre XII relatif aux « *Dispositions spéciales* », en ce que « *Le préambule fait partie intégrante de la Constitution* ». Le fait est dissonant, car non seulement la partie de la Constitution relative au préambule n'abrite pas la reconnaissance, mais celle-ci ne semble intervenir qu'au niveau du postambule qui a vocation à réglementer les dispositions transitoires et spéciales. Cette singularité n'enlève pas cependant la teneur normative.

81. Cf. La série d'articles publiés par CURRAP en 1996, *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, CURRAP, 1996 (en particulier : B. MERCUZOT, « Le préambule de 1946 entre Républiques et révolutions » ; Y. POIRMEUR, « La réception du préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique », pp. 99-127 ; S. ENGUÉLÉGUÉLÉ, « Le préambule de la Constitution de 1946 et la réforme pénitentiaire : esquisse d'un rapprochement », pp. 217-228 ; G. KOUBI, « Eclipse de la résistance (...) ou occultation de la résistance à l'oppression », pp. 83-97) ; R. PELLOUX, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre de 1946 », *op. cit.*, pp. 347-398.

France sur la juridicité du préambule ? Les relents de cette « filiation juridique » entre le droit africain et celui français paraissent accréditer ce réflexe prophylactique favorable à l'incorporation du préambule. Car faudrait-il le rappeler, « *les systèmes juridiques des pays africains de l'ouest du continent trouvent leur source matérielle dans le droit des pays européens, notamment celui de la France* »⁸². Cette « identité normative génétique » partagée avec la métropole recèle des traits qui rappellent les controverses sur la juridicité du préambule. En effet, les vestiges du passé mimétique dans la formation des droits africains n'ont pas obstrué la tentation de transposer quelques problématiques juridiques. Manifestement, cette « précaution littérale » (intégration du préambule) établit que les Constitutions africaines restent encore porteuses de séquelles difficilement dissociables de la lettre, de l'esprit voire du contexte du modèle français⁸³. Pour S. N. TALL, « *il est heureux que le préambule se termine sur l'affirmation péremptoire de sa valeur constitutionnelle. Par cette assertion, le constituant de 2001 fait l'économie des vives controverses qui avaient achoppé sur la valeur juridique du préambule* »⁸⁴. Cette réflexion semble prévenir la doctrine de la résurgence d'une querelle réputée dépassée, en résolvant efficacement l'épineuse question de la valeur du préambule.

B. La réhabilitation juridictionnelle du préambule

Le mouvement du droit constitutionnel vers une orientation jurisprudentielle est l'un des traits les plus distinctifs du renouveau de la discipline. En France, l'élargissement du « bloc de constitutionnalité » au moyen des renvois à la Constitution de 1946, a permis au juge constitutionnel de mobiliser « un trésor normatif » dont la positivité était encore douteuse, grâce à la célèbre décision DC, du 11 juillet 1971, *Liberté d'association*. A travers cette affaire, « *la chenille*

82. B. KANTÉ, « Les droits fondamentaux constituent-ils une nouvelle catégorie juridique en Afrique ? », in *L'homme et le droit, En hommage au Professeur Jean-François Flauss*, Paris, Pedone, 2014, p. 449.

83. V. la thèse inverse de J.-M. BRETON, « La construction du constitutionnalisme africain », in P. BONNICHON, P. GENY et J. NEMO (dir.), *Présences françaises outre-mer (XVI^{ème} – XXI^{ème} siècles)*, tome I, Paris, Karthala, 2012, p. 1011.

84. « La Constitution sénégalaise de 2001 et le droit international public », *Nouvelles Annales Africaines*, n° 1, 2006, p. 185.

donnait naissance au papillon »⁸⁵. Grâce à quatre (4) mots qui sont venus garnir ses visas : « *et notamment son préambule* », le juge français réceptionne, en plus des normes de références habituelles, le contenu matériel du préambule⁸⁶ de la Constitution de 1946.

Sous le prisme du respect des droits de l'homme, la reconnaissance juridictionnelle de la force juridique du préambule participe à élargir les textes de référence du « *bloc de constitutionnalité* ». Contenant des « *instruments riches et denses, touchant des droits divers et variés, et dans lesquels il est fort probable que tout plaideur trouve de quoi alimenter une saisine des juridictions constitutionnelles* »⁸⁷, le préambule de la Constitution de 2001 constitue pour le juge un « *potentiel normatif* »⁸⁸ attrayant et inépuisable. Le Conseil constitutionnel reconnaît la force juridique au préambule dont il impose le respect au législateur. Le juge n'hésitant pas, utilement à s'entourer des instruments juridiques internationaux contenus dans le préambule pour appuyer ou alors réfuter les dispositions législatives en cause.

En tout état de cause, le processus de reconnaissance juridictionnelle du préambule en droit sénégalais s'est joué en deux temps en 1993. Il a été question pour le juge constitutionnel de s'y prêter graduellement en consacrant de manière implicite la valeur juridique du préambule, avant sa consécration explicite.

La consécration implicite de la valeur du préambule résulte de la décision n° 11/93 du 23 juin 1993, Rabat d'arrêt⁸⁹. Statuant sur le moyen tiré de la violation du principe de non-rétroactivité, le juge constitutionnel sénégalais estime-t-il que : « *la règle de la non-rétroactivité des lois n'a de valeur constitutionnelle qu'en matière pénale, conformément aux articles 6 de la Constitution, 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et 11.2 de*

85. H. ROUSSILLON, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 56.

86. Il s'agit des « *Principes particulièrement nécessaires à notre temps* », des « *Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » et des « *Principes de valeur constitutionnelle* ».

87. A. SALL, « *Instruments internationaux intégrés dans le préambule constitutionnel* », in A. A. D. KÉBÉ et al. (dir.), *Textes fondamentaux de la République du Sénégal*, Dakar, L'Harmattan, 2021, p. 122.

88. B. BA, « *Le préambule de la Constitution et le juge constitutionnel en Afrique* », *op. cit.*, pp. 23 et s.

89. I. M. FALL (dir.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel*, Dakar, CREDILA, 2008, p. 398.

la *Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948* ». Dans cette décision, il a accepté de confronter une loi à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981. Ainsi, sans convoquer ouvertement le renvoi au « préambule », le juge pourtant s'approprie le contenu, la matérialité (notamment les instruments internationaux) pour asseoir un raisonnement propre à fonder sa décision. La doctrine en a clairement déduit une « *référence implicite dans la mesure où c'est le préambule même qui permet d'intégrer les déclarations de droit de 1789 et de 1948 dans le dispositif juridique interne* »⁹⁰. Cette mention allusive au préambule a été plusieurs fois réitérée à propos d'affaires mettant aux prises le respect des droits humains. Il en est ainsi dans les affaires d'Exception d'inconstitutionnalité *Pape Djigdiam DIOP*⁹¹ et *Karim WADE*⁹². Dans la première, le Conseil constitutionnel reprend à son compte « *l'article 8, alinéa 2 du Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux et cultures du 16 décembre 1966 ratifié par le Sénégal le 13 février 1978* » pour admettre les aménagements du droit de grève, lequel ne pouvait s'exercer sans des limitations. Dans la deuxième affaire ici visée, le juge admet à travers les instruments internationaux (DUDH, Charte africaine, PIDCP), l'égalité des citoyens devant la justice, mais s'empresse à reconnaître des aménagements qui doivent ressortir de la compétence du législateur lorsqu'il est question de respecter les droits de la défense et le droit au recours.

Quant à la *consécration explicite* du préambule de la Constitution, elle interviendra six (06) mois après la décision suscitée : *Rabat d'arrêt*. Elle concerne cette fois-ci la décision *Traité OHADA*⁹³, à propos de la conformité à la constitution du Traité de Port Louis du 17 octobre 1993 relatif à l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA). Dans cette décision le juge reprend textuellement le troisième paragraphe du préambule de la Constitution du 7 mars 1963 pour motiver le fondement de l'abandon de souveraineté

90. E. H. MBODJ, « La mise à mort du rabat d'arrêt ? Observations sous Conseil constitutionnel, 23 juin 1993 », *EDJA*, n° 23, 1994, p. 85.

91. Décision n° 2/C/2013 en date du 18 juillet 2013.

92. Décision n° 1/C/2014 du 3 mars 2014.

93. Décision n° 12.C/93 du 16 décembre 1993.

de la part des États signataires du Traité en vue de la réalisation de l'unité africaine. Pour le juge constitutionnel :

« Considérant que même si les articles soumis à l'examen du Conseil constitutionnel avaient prescrit un véritable abandon de souveraineté, ils ne seraient pas inconstitutionnels ; que s'il y avait un doute à ce sujet, il serait levé par les dispositions du paragraphe 3 du préambule de la Constitution aux termes duquel »⁹⁴.

Désormais, le juge venait de faire du préambule, partie intégrante de la Constitution de 1963, huit (8) ans avant l'adoption de la Constitution de 2001.

CHAPITRE 2 : LA CONSTITUTION

« Le peuple sénégalais reconnaît l'existence des droits de l'homme inviolables et inaliénables comme base de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde ». L'article 7 (3) de la Constitution du 22 janvier 2001, est sans équivoque sur la place de choix que ce texte majeur entend conférer aux droits humains. Si l'histoire des droits de l'homme, comme en attestent du reste les textes de dimension internationale, a connu une évolution oscillante, au gré des peuples, la Constitution, dans les sociétés contemporaines, s'élève comme un cadre hospitalier de leur intégration. « Charte fondamentale », « loi fondamentale », norme-mère, « loi suprême », « Charte politique », les qualifications ne manquent pas pour marquer toute la dignité qui accompagne l'évocation de la Constitution, pour peu que l'on se situe dans la conception kelsenienne de la pyramide normative. Une telle place octroyée à la Constitution est tributaire de la fonction qu'on lui assigne dans les sociétés contemporaines : organiser les pouvoirs publics et assurer la protection des droits et libertés. À ce propos, il n'est point surprenant de voir l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, énoncer que *« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »*. En subordonnant

94. (Considérant 9), v. Conseil constitutionnel du Sénégal, *Recueil des décisions (janvier 1993 – mars 2019)*, Dakar, Imprimerie Decombat, 2020, p. 73.

l'effectivité d'une Constitution à ces deux exigences précitées, l'on en arrive à les ériger en principales composantes du texte. À cet égard, quelle que soit la nature prolixe ou sobre du texte constitutionnel, la convergence autour de la distribution du pouvoir et la protection des droits et libertés, relève d'une vérité d'évidence. Dans ces conditions, les droits de l'homme trouvent en la Constitution une source à la fois de protection, mais aussi un cadre d'élévation à la dignité normative suprême, car préservés des atteintes provenant de la loi.

La doctrine sénégalaise⁹⁵ s'est largement intéressée à la Constitution de 2001. Suivant une présentation désormais classique, l'histoire des droits de l'homme s'ordonne en terme de « générations », en dépit des interactions matérielles réelles que ceux-ci peuvent développer. Ce qui nous oblige à relever dans le texte constitutionnel sénégalais, les droits de la première génération, ceux de la deuxième génération et enfin ceux de la troisième génération. En raison de leur place de plus en plus grandissante, les dispositions se rapportant aux droits humains ne cessent de se stratifier, comme en atteste la réforme constitutionnelle du 5 avril 2016 qui a consacré la propriété des ressources naturelles au peuple.

SECTION 1 : LES DROITS DE LA PREMIÈRE GÉNÉRATION

« La première génération, celle de la Déclaration française de 1789 ou du Bill of Rights américain, correspond, dans cette typologie, aux droits et libertés les plus fondamentaux : sûreté, liberté d'aller et de venir, liberté de conscience et de religion, liberté d'expression, égalité devant la loi et les charges publiques, propriété, garanties pénales essentielles »⁹⁶.

Suivant une classification admise par les auteurs⁹⁷, ces droits sont réputés être des « droits-libertés », c'est-à-dire des « droits de »

95. D. SY, « Présentation de la nouvelle Constitution », *Nouvelles Annales Africaines*, n° 1, 2007, pp. 279 et s. I. M. FALL, « Constitution de 1963 et Constitution de 2001 : continuité ou rupture », *Nouvelles Annales Africaines*, n° 1, 2007, pp. 311 et s. S. M. SY, « L'alternance politique au Sénégal en mars 2000 et la Constitution du 22 janvier 2001 », *op. cit.*, pp. 593 et s.

96. L. FAVOREU et al. *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2015, p. 38.

97. F. RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la Constitution de 1946 », in *Le préambule de la Constitution de*

correspondant à une période de grande aspiration à la liberté, jadis compromise. En cela, importe-t-il d'examiner d'abord les droits fondamentaux de la personne avant de voir les droits civils et politiques.

Paragraphe 1 : Les droits fondamentaux de la personne humaine

« *La République du Sénégal garantit à tous les citoyens les libertés individuelles fondamentales* »⁹⁸, tandis que le Titre II de la Constitution de 2001 aborde : « *Des droits et libertés fondamentaux et des devoirs des citoyens* ». Sans entrer dans le « fétichisme » des concepts, cette allusion (ou préférence) aux « droits fondamentaux » en lieu et place des « droits de l'homme » reflète vraisemblablement le « vocabulaire » du moment. Ainsi, sera-t-il question pour nous de voir la quintessence de ces droits avant d'examiner les spécificités locales contenues dans la Constitution de 2001.

A. La quintessence des droits

L'option constituante qui tend à conférer un caractère fondamental aux droits de l'Homme est suffisamment remarquable. L'on considère que l'enveloppe constitutionnelle des droits de l'homme les transforme en droits fondamentaux⁹⁹, concept beaucoup plus usité. La qualification des droits fondamentaux a nourri un débat très controversé en France. Il avait été question de se demander ce qui conférerait à ces droits et

1946. *Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, CURRAP, 1996, p. 169.

98. Article 8 de la Constitution de 2001.

99. Cette opinion n'est pas partagée par tous. Pour le Pr. B. KANTÉ, « *les droits fondamentaux ne sont pas toujours distingués des droits de l'homme ni des libertés publiques sur le continent. Sous l'influence de la société civile et des partis politiques qui jouent naturellement leur rôle, que nul ne songerait d'ailleurs à leur contester, la catégorie des droits fondamentaux a été banalisée en Afrique. On en arrive aujourd'hui, dans la conception dominante même chez les juristes, à regrouper de façon abusive sous le même pavillon des notions aussi différentes que les droits de l'homme, les libertés publiques et les objectifs de valeur constitutionnelle. Aucune distinction n'est faite ni dans la jurisprudence ni dans la doctrine entre ces notions pourtant fort différentes dans le contexte français. On peut regretter cette lacune* ». Cf. « Avant-propos » M. M. SY, *La protection des droits fondamentaux en Afrique. L'exemple du Sénégal*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 12.

libertés leur caractère « fondamental », leur « fondamentalité ». De là, a jailli deux (2) courants de pensée, celle « normativiste »¹⁰⁰ et celle « essentialiste »¹⁰¹. La vérité juridique se situe à la lisière de ces deux prismes d'appréciation, où jaillit l'idée suivant laquelle, la « fondamentalité » induit nécessairement un effet de prévalence face à des prétentions qui peuvent être des pouvoirs, des compétences, voire d'autres droits ou principes juridiques ou diverses exigences¹⁰². Il s'en suit que cette qualification qui invite à attribuer une représentativité supérieure, une valeur supérieure à un objet, se déploie en règle générale dans l'univers des droits fondamentaux, comme aussi dans celui des composantes l'ordonnement juridique.

Fondamentalement, les droits et libertés en question recouvrent des « droits intangibles » ou « droits indérogeables » suivant le langage du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, car constituant le « *noyau dur des droits de l'homme* »¹⁰³. Le Conseil constitutionnel du Sénégal, dans sa décision du 20 juillet 2021, précise qu'

« en dehors des droits dits intangibles, valables en tout temps et en toutes circonstances, comme le droit à la vie, l'interdiction de l'esclavage, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, et les crimes de génocide, l'interdiction de la torture, qui sont consacrés dans les conventions internationales, les autres droits et libertés peuvent faire l'objet de restrictions

100. Pour L. FAVOREU, « *par droits fondamentaux, il faut entendre l'ensemble des droits et libertés reconnus aux personnes physiques comme aux personnes morales (de droit privé et de droit public) en vertu de la Constitution, mais aussi de textes internationaux et protégés tant contre le pouvoir exécutif que contre le pouvoir législatif par le juge constitutionnel ou le juge international* ». V, « L'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires », *RFDC*, n° 4, 1990, pp. 581 et s.

101. Pour E. PICARD, « *"la fondamentalité" d'un droit n'est pas liée à la norme qui la supporte, mais à l'importance reconnue à ce droit par la société, et juridiquement par l'autorité qui l'édicte* ». Cf. « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, n° spécial, Juillet 1998. V. aussi B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, p. 11.

102. C. COUDERT, *Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français*, Université d'Auvergne, 2011.

103. *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 736.

par le législateur pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique »¹⁰⁴.

D'abord, ces droits et libertés, intrinsèques à l'individu, se rapportent à la reconnaissance de sa dignité, à la jouissance d'une égalité de traitement, à sa « sûreté ». Préalables à la jouissance de toute autre forme de liberté, ces libertés garantissent la sécurité physique, la protection de l'individu contre l'arbitraire sous toutes ses formes (arrestation, séquestration et torture). La libre disposition de son corps n'induit guère l'exercice de violence physique.

Ensuite, l'on retient les libertés de la personne physique tant dans sa vie publique que privée. Elles concernent les droits de la personne humaine (article 8 de la Constitution de 2001), le principe d'égalité, la liberté d'expression et d'opinion (article 10), la liberté d'association, le secret de la correspondance (article 13), la liberté de déplacement (article 14), le droit de propriété (article 15) et la liberté du domicile (article 16). Le constituant consacre les libertés religieuses (article 8) qui impliquent la liberté de croire en la religion de son choix et celle de la pratiquer. Les libertés philosophiques (article 8) s'analysent en un droit reconnu à tout individu de décider et de choisir sans aucune contrainte, ses opinions, ses croyances, sa religion et de se forger sa propre idéologie.

La seule restriction à cette liberté est le respect de l'ordre public.

B. Les spécificités locales

Le propre d'une Constitution est de renfermer des dispositions aptes à pouvoir établir la singularité de son identité. Ce trait de caractère appelle donc à la relativité et à l'adaptabilité des Chartes fondamentales en fonction des circonstances et du temps. À cet égard, le texte constitutionnel sénégalais brille par une empreinte « féminine » ou « féministe » assez notable, eu égard aux dispositions spécifiques se rapportant à la cause des femmes et à leur protection. Il en est ainsi du traitement égalitaire en matière d'accès à la propriété terrienne, entre l'homme et la femme. Aux termes de l'article 15 *in fine*, de la Constitution de 2001 : « *L'homme et la femme ont également le droit d'accéder à la possession et à la propriété de la terre dans les conditions déterminées par la loi* ». Cette disposition s'insurge

104. Décision n° 2-C-2021, considérant 29.

ouvertement contre les inégalités et les résistances nées des tenaces pesanteurs sociales, qui relèguent au second plan, toute velléité pour les femmes d'accéder à l'exploitation et la propriété des terres.

Par ailleurs, il est prévu à l'article 17 *in fine* de la Constitution que : « *L'État garantit aux familles en général et à celles vivant en milieu rural en particulier l'accès aux services de santé et au bien-être. Il garantit également aux femmes en général et à celles vivant en milieu rural en particulier, le droit à l'allègement de leurs conditions de vie* ». Bien que la « sensibilité » du constituant envers les femmes rurales soit salutaire, il n'empêche que cette disposition renferme de réels soupçons de conformité à la Constitution. Ce traitement apparemment « inégalitaire » entre la femme « rurale » et la femme « de ville » ou « urbaine » trahit le sens de la « discrimination positive » recherchée. Il apparaît très délicat d'isoler rigoureusement un critère objectif susceptible de « distinguer » les deux types de femmes. L'argument de la « provenance » des femmes n'induit pas nécessairement leur posture attentiste ou non de mesures positives discriminatoires. Il s'y ajoute que l'on peut vivre en plein cœur de ville et être confronté à un niveau d'indigence et de difficultés plus accrues. Autant considérer que si l'idée de départ est apparue lumineuse, la tournure de la disposition donne l'impression que « *le principe d'égalité serait rompu* »¹⁰⁵, suivant la Constitution.

Paragraphe 2 : Les droits civils et politiques

Inventoriés parmi les droits de la première génération des droits de l'homme, ces droits se révèlent essentiels à la reconnaissance de la dignité humaine. Cette appellation classique suppose aujourd'hui de chercher à distinguer les droits civils des droits politiques.

A. Les droits civils

Le qualificatif « civil » est difficilement saisissable. Si étymologiquement l'adjectif s'apparie au concept de citoyenneté, juridiquement, « civil » s'oppose à « pénal » et plus généralement aux diverses catégories du droit, et politiquement, il s'oppose à « militaire »¹⁰⁶. Ces

105. S. M. SY, « L'alternance politique au Sénégal en mars 2000 et la Constitution du 22 janvier 2001 », *op. cit.*, p. 599.

106. *Dictionnaire des Droits de l'Homme, op. cit.*, p. 320.

divers angles d'appréciation dévoilent une indétermination terminologique qui oblige fatalement à un parti pris. Il semble en tout cas, que l'adjectif « civil » s'unit à la citoyenneté. Cette constatation amène alors à mobiliser l'ensemble des privilèges que le statut de « citoyen » procure. Sur ces entrefaites, il peut sembler utile d'invoquer l'article 1^{er} de la Constitution : « *La République du Sénégal (...) assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion. Elle respecte toutes les croyances* ». Si cette garantie semble valoir auprès du citoyen, d'autres en revanche procèdent de la vie en communauté. La famille et le mariage retiennent l'attention du constituant, en ce qu'ils « *constituent la base naturelle et morale de la communauté humaine. Ils sont placés sous la protection de l'État* »¹⁰⁷.

B. Les droits politiques

Ils consistent en « *diverses prérogatives reconnues aux citoyens et à travers lesquelles ils peuvent participer à la vie politique : droit de vote et d'éligibilité, droit à des élections régulières et sincères, droit de créer librement des partis et d'y adhérer* »¹⁰⁸. Elles permettent aux citoyens de participer à l'expression de la souveraineté internationale. Mais au-delà, les droits et libertés politiques semblent embrasser un champ encore plus extensif, pour peu que l'on tienne compte de l'article de la Constitution, qui les énumère. Rien qu'en additionnant certaines libertés collectives (le droit de syndiquer, de manifester, de faire la marche, etc.) et d'autres plus individuelles (liberté d'adhérer à un parti politique, l'exercice des droits électoraux, la diffusion d'opinions, etc.), l'on se résout à l'extrême élasticité de leur contenu. Si bien qu'il s'impose de s'en tenir à quelques-unes. Afin de sauvegarder le libre exercice du droit de vote, le Conseil constitutionnel constate « *qu'en raison des circonstances exceptionnelles dans lesquelles se déroule le processus d'organisation des prochaines élections législatives prévues le 30 juillet 2017, caractérisées notamment par des inscriptions massives ainsi que par des lenteurs et dysfonctionnements dans la distribution des cartes d'électeurs non imputables aux citoyens eux-mêmes, de nombreux Sénégalais jouissant de leurs droits civils et politiques et inscrits sur les listes électorales risquent d'être privés de l'exercice du droit de vote garanti par la Constitution* ».

107. Article 17 (1) de la Constitution.

108. Dictionnaire des Droits de l'Homme, *op. cit.*, p. 320.

En conséquence, il consent à admettre en direction des électeurs concernés, le recours à la présentation d'autres pièces d'identification, telles qu' « *une carte d'identité nationale numérisée, une carte d'électeur numérisée ; un passeport ; un document d'immatriculation pour les primo-inscrits non détenteurs d'un des trois premiers documents administratifs* »¹⁰⁹.

En outre, en matière de traitement égalitaire des partis politiques et coalitions de partis politiques, le juge constitutionnel ne doit faire montre d'aucune forme de discrimination, de part pris pour le « pouvoir » ou « l'opposition ». Cette posture « équilibrée » attendue du juge, ressortit de la décision sur les affaires du 26 mars 2001¹¹⁰ le Conseil a estimé que « *le principe d'égalité entre les partis ou coalitions de partis commande qu'ils connaissent le même traitement ; qu'ainsi, aucun d'eux ne peut, au cours d'une compétition électorale à laquelle le Président de la République n'est pas candidat, utiliser l'image et les attributions constitutionnelles de celui-ci* ». En conséquence, « *le nom "WADE" et la photographie du Président de la République ne doivent pas figurer sur le bulletin de vote de la "Coalition WADE"* ». Cette décision rendue au lendemain de l'Alternance politique de 2000, dans un contexte de forte cote de popularité du Président A. WADE, avait été saluée comme étant « *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, et ose, pour une fois, rompre avec l'obsession de la "compétence d'attribution"* »¹¹¹.

SECTION 2 : LES DROITS DE LA DEUXIÈME GÉNÉRATION

« *Les droits de la deuxième génération sont reconnus à tous, mais le plus souvent en tant que membres de catégories déterminées par des critères en rapport avec le système de production ou en fonction d'une situation sociale (ce qui explique la dénomination courante de "droits économiques et sociaux")* »¹¹².

109. Décision n° 8 /2017 du 26 juillet 2017.

110. Les affaires n° 2, 3 et 4/E/2001.

111. A. SALL, « Observations » sur la décision du 22 mars 2001, in I. M. FALL (dir.), *Les décisions et les avis du Conseil Constitutionnel du Sénégal, op. cit.*, pp. 415-417.

112. L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, p. 38.

Si donc les droits socio-économiques en constituent indubitablement la composante la plus importante, on ne peut manquer d'y adjoindre aussi les droits culturels.

Paragraphe 1 : Les droits socio-économiques

D'après le Dictionnaire des droits de l'Homme, l'expression « *droits économiques et sociaux* » appartient à la terminologie du droit international, car désignant les droits protégés par l'un des deux Pactes de l'ONU de 1966. Toutefois, le contenu matériel de ces instruments a été réceptionné au plan interne, à travers la Constitution de 2001. Pour y voir plus clair, il ne serait pas superflu d'étudier tour à tour les droits économiques et ceux sociaux.

A. Les droits économiques

Partant de la Constitution, les droits économiques se démarquent du « droit constitutionnel économique »¹¹³ ou la « Constitution économique »¹¹⁴, traduisant la prise en compte par le texte constitutionnel de dispositions allusives à l'Économie. La perspective ici reste plus restreinte puisqu'elle invite, à travers l'immense « bassin » des droits de l'Homme, à devoir identifier lesquels semblent foncièrement économiques. À l'analyse, le noyau de ces droits est constitué de la liberté d'entreprendre¹¹⁵ et du droit de propriété¹¹⁶.

La liberté d'entreprendre se conçoit comme une faculté « *de créer librement une activité économique* »¹¹⁷. Cette conception traditionnelle issue de l'héritage français¹¹⁸, semble connaître de nouvelles

113. J.-P. COLSON (dir.), *Droit Public Économique, Examens corrigés*, LGDJ, Paris, 1996, p. 9.

114. A. GADJI, « L'économie dans les nouvelles Constitutions des États d'Afrique francophone », *Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé, La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 759-790.

115. Article 8 de la Constitution.

116. Article 15 de la Constitution.

117. K. A. NDOUR, *Droit de la concurrence applicable au Sénégal et en Afrique*, Dakar, L'Harmattan, 2017, p. 45.

118. Le décret d'Allarde (loi des 2 et 17 mars 1791), prévoyait : « *Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier*

perspectives à l'heure de l'influence du droit affaires (OHADA)¹¹⁹ sur le Continent africain. Cette faveur est ouverte à toute personne ou entité tentée d'initier une activité génératrice de revenus.

S'agissant du droit de propriété, il est classiquement définie comme le « *droit d'user, de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements* »¹²⁰. Il se conçoit comme un droit absolu permettant à chaque individu de pouvoir se doter de biens matériels. Au sens de l'article 17 de la DDHC : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». L'encadrement très strict de cette opération de dépossession du bien appartenant à autrui amène à souscrire aux propos d'après lesquels : « *le droit de propriété a d'abord été conçu pour les personnes privées et exprimé à leur profit contre les personnes publiques* »¹²¹. Et pour le juge constitutionnel sénégalais, « *il ne peut être porté atteinte au droit de propriété que dans le cas de nécessité publique "légalement constatée"* »

qu'elle trouvera bon, mais elle sera tenue auparavant de se munir d'une patente ». Le juge constitutionnel français, depuis la décision « Nationalisations », du 16 janvier 1982, a conformé la valeur normative de la liberté d'entreprendre.

119. L'Acte uniforme sur le Droit commercial (15 décembre 2010) distingue le commerçant de l'entrepreneur. D'après l'article 30 du texte visé, « *L'entrepreneur est un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole* ». Le statut d'entrepreneur semble ainsi embrasser l'activité commerciale bien qu'il ne soit irréductible à cela. Parce que l'entrepreneur est conscient qu'il existe des besoins à satisfaire, qu'il se lance dans la production de biens ou la prestation de services. H. D. AMBOULOU, *Le droit du développement et de l'intégration économique dans l'espace OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 19.
120. Suivant l'article 7 de loi n° 2013-01 du 14 août 2013 portant Code foncier et domanial en République du Bénin. Selon M. CAVERIVIÈRE, « *Le droit de propriété confère le droit réel le plus large possible, l'emprise immédiate et totale sur l'élément matériel siège de ce droit* ». V. « *Incertitudes et devenir du droit foncier sénégalais* », *RIDC*. vol. 38, n° 1, janvier-mars 1986. p. 96.
121. P. DELVOLVÉ, « *Droit de propriété et droit public* », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, L'État de droit*, Paris, Dalloz, 1996, p. 153.

peu importe que “l'utilité“ ou la “nécessité publique“ soit “déclarée“ ou “constatée“, pourvu qu'elle ait été faite par voie de décret »¹²².

B. Les droits sociaux

Les droits sociaux se donnent comme finalité de « *protéger le travailleur et d'apporter aux plus démunis une protection sociale minimale par le jeu de la solidarité* ». Ils se conçoivent comme des droits collectifs appartenant à cette catégorie juridique des « *libertés-créances* »¹²³ ou « *droits-créances* », représentant ces « *prérogatives que l'individu peut faire valoir auprès des pouvoirs publics* »¹²⁴.

Les libertés syndicales¹²⁵ ou droits syndicaux permettent aux travailleurs de protéger leurs intérêts matériels ou moraux par l'action syndicale et d'adhérer au syndicat de leur choix.

Le droit au travail fait partie des libertés économiques et sociales. Dans la rubrique « Travail », l'article 25 de la Constitution prend en considération plusieurs catégories de droits :

- Le droit de travailler et de prétendre à un emploi.
- Le droit d'adhérer au syndicat de son choix et de défendre ses intérêts professionnels par l'action syndicale.
- Le droit de grève, c'est-à-dire d'arrêter le travail de manière concertée pour défendre un intérêt professionnel déterminé. La grève ne doit pas porter atteinte à la liberté du travail.
- La participation du travailleur par l'entremise de ses délégués à la détermination des conditions de travail.
- La protection sociale du travailleur contre tout risque social qui l'oblige à cesser temporairement ou définitivement ses activités professionnelles.

Si ces différents aspects véhiculent vraisemblablement un dispositif de protection efficace du travailleur, ils ne peuvent dissimuler

122. Décision sur les affaires n° 3/C/96 et 4/C/96, Exception d'inconstitutionnalité de la loi du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique ; Cf. Conseil constitutionnel du Sénégal. *Recueil des décisions (janvier 1993 – mars 2019)*, *op. cit.*, p. 106.

123. J. et J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 123.

124. F. RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la Constitution de 1946 », *op. cit.*, p. 169.

125. Article 8 de la Constitution.

la tournure rédactionnelle de l'article 25 (4), d'après lequel : « *Le droit de grève est reconnu. Il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent. Il ne peut en aucun cas ni porter atteinte à la liberté de travail, ni mettre l'entreprise en péril* ». Or le propre d'un mouvement de grève, on le sait, c'est à l'évidence d'affecter le fonctionnement du service, quel qu'en soit le degré de perturbation. L'articulation entre le droit de grève et la survie de l'entreprise¹²⁶ est nécessaire.

Toutefois, la jurisprudence constitutionnelle sénégalaise n'a pas rendu flexible ce rigorisme du droit de grève tel qu'organisé dans la Constitution. Le juge reste attaché à cette conception restrictive du droit de grève, ce qui vaut sans doute au Conseil constitutionnel de préciser dans l'affaire *Pape Djigdiam DIOP*¹²⁷ :

« ni la liberté syndicale, ni le droit de grève ne sont absolus ; qu'en disposant qu'ils s'exercent dans le cadre prévu par la loi, le constituant a entendu affirmer que le droit de grève ainsi que la liberté syndicale ont des limites résultant de la nécessaire conciliation entre la défense des intérêts professionnels dont la grève est un moyen et la préservation de l'intérêt général auquel la grève peut porter atteinte » ; avant de conclure « qu'il apparaît ainsi que ni la liberté syndicale, ni le droit de grève ne peuvent avoir une protection absolue ; que le législateur est habilité à limiter ou interdire leur exercice notamment en cas d'impérieuse nécessité ».

Paragraphe 2 : Les droits culturels

À l'heure actuelle, les actes et comportements qui se réclament d'une certaine forme d'expression des droits culturels dissimulent mal des appréhensions singulièrement élastiques. Il est vrai que l'encadrement de ces droits culturels peut être contingent, cependant, à l'examen de la Constitution de 2001, deux perspectives qui les mettent en perspective semblent se dégager : l'aspect constructif (l'éducation) et l'aspect expressif (production, expression identitaire, etc.).

126. A. SAKHO, « Droit de grève et survie de l'entreprise », *Nouvelles Annales Africaines*, n° 1, 2007, pp. 353 et s.

127. L'affaire n° 2/C/2012 du 6 décembre 2012.

A. L'aspect constructif : l'éducation

Il est de principe essentiel que l'éducation est le principal instrument de construction, de formatage des consciences individuelles et collectives. Il n'est dès lors point surprenant, que le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels de 1966 cherche à en préciser le caractère téléologique, en ces termes : « *l'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de la dignité et renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Il faut aussi relever que derrière le vocable « éducation », sont visées toutes les variantes (religieuse, sportive, etc.), les modalités (apprentissage, formation, alphabétisation, etc.) et tous les niveaux (primaire, secondaire, technique etc.), et même l'autodidacte. C'est convenir que cet aspect des droits humains prend en compte la « construction » intellectuelle du citoyen au sein d'une société exposée à des joutes de compétitivité et de rivalité de l'intelligentsia. C'est sans doute ce qui explique qu'il soit mis à la charge de l'Etat et des collectivités publiques, de mettre en place les conditions qui garantissent l'éducation des enfants, aux termes des articles 21, 22 et 23 combinés de la Constitution de 2001. Il n'en reste pas moins que l'éducation des enfants incombe aux parents qui ont le droit naturel et le devoir d'élever leurs enfants. Ils doivent bénéficier néanmoins de l'assistance de l'Etat et des collectivités publiques.

L'école publique est la principale voie par laquelle est pourvue l'éducation de la jeunesse. Seulement le constituant reconnaît à d'autres organismes, institutions et communautés religieuses (écoles coraniques, séminaires) comme étant des canons d'éducation.

Des écoles privées peuvent pourvoir à l'éducation des jeunes. L'Etat exerce toutefois un droit de regard sur les activités des écoles privées qui ne peuvent être ouvertes qu'avec son autorisation.

En dehors de ces aspects structurels, il est heureux de relever que le constituant a bien cherché à mettre en valeur le particularisme de la question de l'éducation, qui peut également intéresser les « *institutions et les communautés religieuses* »¹²⁸. En raison de l'influence de l'Islam, le Sénégal reste traversé par un enseignement religieux très prononcé, ce qui contribue à présenter un tableau éducatif assez éclectique.

128. Article 22 (3) de la Constitution du Sénégal.

Outre l'aspect constructif, celui expressif se révèle encore plus illustratif des droits culturels.

B. L'aspect expressif : la production, l'expression identitaire

S'agissant des libertés culturelles, l'article 8 de la Constitution de 2001 en fait état. Toutefois, cette liberté s'entoure d'un contenu assez élastique. Les expressions culturelles se traduisent par le droit de participer à la vie culturelle, le droit de bénéficier du progrès scientifique, le droit à la protection de la propriété artistique, littéraire.

La participation à la vie culturelle est promue par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966. Il s'agit, à travers ces références d'organiser les conditions d'une libre expression des talents culturels (artistiques, littéraires, intellectuelles, etc.), mais aussi en en tirant profit, le cas échéant. En la matière, les œuvres issues de ces différentes expressions peuvent être protégées juridiquement, grâce à la propriété intellectuelle¹²⁹. À l'heure où la contrefaçon et le piratage envahissent l'univers de la production artistique, il est souhaitable que l'office du juge soit davantage mis à contribution pour permettre aux artistes de mieux tirer profit de leur talent.

SECTION 3 : LES DROITS DE LA TROISIÈME GÉNÉRATION

Les droits de l'homme de la troisième génération apparaissent comme ceux qui ont fait l'objet d'une reconnaissance générale, d'abord dans le cadre de l'ONU après la deuxième Guerre mondiale. Embrassant des domaines assez variés, comme l'écologie, la paix, le développement, l'informatique, la bioéthique, la propriété sur le patrimoine commun de l'humanité, ils traduisent en cela, de nouvelles aspirations sociales et politiques de la communauté internationale, en instaurant une culture d'entraide, d'assistance mutuelle, de solidarité,

129. Si la propriété intellectuelle se définit génériquement comme un « ensemble composé d'une part, des droits de propriété industrielle, d'autre part de la propriété littéraire et artistique ». Cf. Accord de Bangui du 02 mars 1977 instituant une Organisation africaine de la propriété intellectuelle. Il prévoit dans son Annexe VIII consacré à la « *Protection contre la concurrence déloyale* », que « *Constitue un acte de concurrence déloyale, tout acte ou pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, est de nature à désorganiser l'entreprise concurrente, son marché ou le marché de la profession concernée* » (article 7 de l'annexe VIII).

d'où l'appellation de « droits de solidarité ». Il convient, eu égard au contenu de la Constitution de 2001, de faire cas du droit à un environnement sain avant d'aborder le droit à la paix et au développement.

Paragraphe 1 : Le droit à un environnement sain

De manière générale, le développement que connaît aujourd'hui le droit de l'environnement dépasse sans doute les projections. Le pari sur le droit à un environnement sain¹³⁰ a fini de gagner de nombreux textes juridiques, d'où son affirmation par la Constitution de 2001, avant de voir les garde-fous qui lui sont aménagés.

A. L'affirmation du principe

Si le droit international a pendant longtemps servi de cadre de promotion des problématiques en matière environnementale, les législations nationales semblent subrepticement se parer de toute l'armature juridique nécessaire à l'ancrage d'un « droit à un environnement sain ». Pour ce qui est du Sénégal, il convient de relever que « *ni la Constitution de 1959, ni celle de 1960, encore moins celle du 7 mars 1963 ne l'ont consacré expressément* »¹³¹. C'est avec la Constitution de 2001, que le principe a vu le jour. Les plaidoyers en faveur de la protection de la Couche d'Ozone, d'une meilleure protection contre les méfaits du réchauffement climatique, la disparition massive des espèces fauniques et florales etc., bref, du développement durable, suscitent en soi des « réactions » sur le plan du droit. D'ailleurs, de telles préoccupations propagandistes semblent conduire à ce que certaines Constitutions latino-américaines comme celles de la Bolivie¹³² ou de l'Équateur¹³³ incorporent le passage d'une conception « anthro-

130. En 2019, pas moins de 85 textes constitutionnels du monde reconnaissent le droit à un environnement sain. Cf. M.-A. COHENDET et M. FLEURY, « Droit constitutionnel et droit international de l'environnement », *RFDC*, 2020/2 n° 122, p. 284.

131. C. B. NIASSE, « Constitution et environnement : Sénégal », in Table ronde, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2020, p. 496.

132. P. BOULANGER, « L'État plurinational de Bolivie », *Problèmes d'Amérique latine*, 2018/1, n° 108, pp. 123-141.

133. L'Assemblée constituante déclarait en 2008 : « *Nous nous engageons sur la voie qui montrera à toute l'Amérique latine qu'ici, dans ce pays andin, comme ils nous appellent, dans ce petit pays qui est l'Équateur, nous pouvons*

pocentrée » de la nature, vers une perception « phusiscentrique »¹³⁴ en reconnaissant à dame nature des droits fondamentaux.

Au fond, « *l'érection du droit à un environnement sain en droit fondamental, traduction du mouvement et de respect du vivant véhiculé par les conférences des Nations unies sur le climat (...) permet ainsi son exigibilité à l'égard de de tous les pouvoirs publics et donne la possibilité pour le bénéficiaire de revendiquer directement et d'obtenir, par une action judiciaire si nécessaire, sa jouissance effective* »¹³⁵.

B. Les « garde-fous » du principe

A la faveur des nouvelles découvertes de ressources minérales (extractives) au Sénégal, au courant des années 2010, s'est immédiatement mis en place un dispositif juridique favorable à leur prise en compte dans le texte le plus élevé. Le constituant a non seulement

contribuer à l'évolution de la loi constitutionnelle mondiale ». Dans le préambule de la Constitution de 2008, il est précisé : « *NOUS, peuple souverain de l'Équateur, RECONNAISSANT nos racines millénaires, forgées par des femmes et des hommes de différents peuples, célébrant la nature, la Pacha Mama, dont nous faisons partie et qui est vitale pour notre existence, INVOCANT le nom de Dieu et en reconnaissant nos diverses formes de religiosité et de spiritualité, S'APPUYANT sur la sagesse de toutes les cultures qui nous enrichissent en tant que société, EN TANT QU'HERITIERS des luttes sociales de libération contre toutes les formes de domination et de colonialisme, et avec un engagement profond pour le présent et l'avenir, Nous décidons de construire une nouvelle forme de vie en commun citoyenne, dans la diversité et l'harmonie avec la nature, pour atteindre au bien vivre, le sumak kawsay* ».

134. Pour X. PHILIP, dans les Constitutions modernes, deux philosophies générales de protection de l'environnement se dégagent : « *À côté de dispositions anthropocentrées, qui mettent l'homme au centre de l'environnement, apparaissent également des dispositions relatives à la nature elle-même avec notamment des références à la « Pachamama » ou Terre Nourricière dans certains Constitutions de l'Amérique Latine (Bolivie, Équateur). L'on pourra alors parler, dans cette dernière situation, de protection phusiscentrique, qui tend soit à obliger l'État à agir d'une certaine manière, protection statocentrée, soit à protéger la nature en tant que source de richesse, protection éco(no)centrée* ». Cf. XXXV^{ème} Table ronde internationale, Constitution et Environnement, Colloque l'AIJC, 6 et 7 septembre 2019, Aix-en-Provence, p. 5.

135. I. M. FALL, « La réforme constitutionnelle du 20 mars 2016 au Sénégal, un hommage à l'œuvre du Professeur Kanté », in *Actualités du Droit public et de la Science Politique en Afrique, Mélanges en l'honneur de Babacar Kanté*, Dakar, L'Harmattan, 2017.

entendu intégrer des dispositions expresses en rapport avec les ressources en question (pétrole, gaz, et autres ressources minérales), mais aussi, a développé une politique environnementale répondant aux exigences modernes de préservation des écosystèmes. Apparaît alors, sous les couleurs d'un nouveau paradigme, « l'État écologique de Droit »¹³⁶, le « *constitutionnalisme vert* »¹³⁷, ou le « *développement durable démocratique* »¹³⁸, dans lequel les questions environnementales¹³⁹ sont rigoureusement enrobées du sceau des droits de l'homme. Il n'est pas dès lors étonnant, depuis la réforme de 2016, de noter l'enrichissement remarquable du « vocabulaire » environnemental contenu dans la Constitution. À travers les alinéas 2 et 3 de l'article 25-2, la charge énonciative relève que :

« La défense, la préservation et l'amélioration de l'environnement incombent aux pouvoirs publics. Les pouvoirs publics ont l'obligation de préserver, de restaurer les processus écologiques essentiels, de pourvoir à la gestion responsable des espèces et des écosystèmes, de préserver la diversité et l'intégrité du patrimoine génétique, d'exiger l'évaluation environnementale pour les plans, projets ou programmes, de promouvoir l'éducation environnementale et d'assurer la protection des population dans l'élaboration et la mise en œuvre des projets et programmes dont les impacts sociaux et environnementaux sont significatifs ».

136. C. G. SOZZO, « Vers un “État écologique de droit“ ? Les modèles de *buen vivir* et de développement perdurables des pays d'Amérique du Sud », *Revue Juridique de l'Environnement*, 2019/HS18 n° spécial, pp. 89-102.

137. V. BERNAUD et CALDERÓN-VALENCIA, « Un exemple de constitutionnalisme vert : la Colombie », *RFDC*, 2020/2 n° 122, pp. 321-343.

138. Le principe du développement durable démocratique a été dégagé par le juge constitutionnel costaricien (chambre constitutionnelle de la Cour suprême du Costa Rica, AC, n° 10540-2013, 7 août 2013). Ce principe met à la charge de l'Etat d'utiliser de manière rationnelle les ressources de l'État sans compromettre d'autres ressources ou affecter d'autres écosystèmes. Cf. C. CERDA-GUZMAN, « Rapport sur le Costa Rica », in XXXV^{ème} *Table ronde internationale, Constitution et Environnement, op.cit.*, p. 184.

139. L. FONBAUSTIER, « L'environnement chuchote à l'oreille des systèmes juridiques. Considérations provisoires sur les enjeux, les conditions et les limites d'une “Constitution écologique“ », *RFDC*, 2020/2 n° 122, pp. 369-389.

De cette disposition, on peut déduire une réelle volonté des pouvoirs publics de développer des approches proactives de préservation de l'environnement, qui s'accompagnent d'une claire distribution du seuil d'intervention des entités susceptibles d'y être associées.

Paragraphe 2 : Le droit à la paix et au développement

Si les droits de la première génération sont largement « estampillés » du sceau de l'individualisme, ceux de la troisième génération s'expriment dans un élan collectif et solidaire. Comptabilisés parmi les droits de la troisième génération, le droit à la paix comme le droit au développement, traversent toutes les générations des droits de l'homme et inspirent depuis toujours des réflexions d'une haute portée scientifique.

A. Le droit à la paix

La paix est-elle un droit humain ? Dans l'absolu, rien ne s'y oppose, même si le concept n'est pas littéralement consacré. Il reste que nombre de dispositions¹⁴⁰ le sous-entendent. La quête de paix inspire le règne de l'ordre comme préalable à tout projet d'envergure. La paix est un concept qui semble guider l'essentiel des efforts consentis en droit international dans le cadre de la normalisation des relations entre les communautés, alors sous belligérance. La création de la Société des Nations (SDN) remplacée par l'Organisation des Nations Unies, démontre l'urgence à instaurer une culture de paix à l'échelle internationale. D'ailleurs, de nombreuses résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies visent à promouvoir la paix. Le droit à la paix jalonne l'histoire des relations entre peuples et constitue un viatique tant pour les États en conflit que ceux qui perpétuent des relations diplomatiques. À travers ce droit, il est question de mettre en place les formules aptes à promouvoir des comportements qui à terme, en fassent une culture. La « *lutte pour la paix et la fraternité avec tous les peuples du monde* », à laquelle fait référence le préambule de la Constitution de 2001 est suffisamment évocatrice de l'exigence de pérenniser ce droit humain.

140. « *Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente déclaration puissent y trouver plein effet* » (Article 28 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948).

B. Le droit au développement

Cher au Juge K. MBAYE¹⁴¹, le « *droit au développement* » formait le crédo des Etats du tiers-monde, ou ceux qui étaient en plein mouvement de décolonisation. Il ressurgit à chaque fois qu'un peuple, du fait de sa position de dépendance économique vis-à-vis d'un autre, en subit durablement les contrecoups. Le dialogue Nord-Sud à l'Assemblée générale de l'ONU a rarement méconnu les préoccupations du développement. C'est l'incarnation profonde des aspirations des pays en voie de développement. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples stipule en son article 22-1 que « *tous les peuples ont le droit à leur développement économique, social et culturel dans le respect de leur liberté et de leur identité* ».

Si le droit au développement n'est pas expressément contenu dans la Constitution, il traverse implicitement de nombreuses dispositions de la Constitution. Le maintien de la paix et de la sécurité internationale se révèle indispensable pour la réalisation du processus de développement, lequel suppose la mainmise sur les ressources naturelles. C'est une condition d'affirmation de la citoyenneté, en ce que d'après l'article 25-3 de la Constitution de 2001 pose que « *Tout citoyen est tenu (...) [de] participer à l'œuvre de développement économique et social de la Nation* ». En tant que droit de l'homme¹⁴², le droit au développement se décline sous de nouveaux traits, tels que le « *développement durable* », le « *développement personnel* », « *développement harmonieux* », etc. Lesquels répondent ainsi à de nouveaux espaces favorables l'épanouissement de l'homme. D'ailleurs, l'ancien Secrétaire de l'ONU, K. ANNAN affirmait en 1995 que « *c'est à l'aune du droit au développement que se mesure le respect de tous les droits de l'homme* »¹⁴³.

141. Á l'occasion de l'inauguration de la 3^{ème} session d'enseignement de l'Institut International des Droits de l'Homme de Strasbourg, en 1972, dont le sujet portait sur : « *Le développement comme droit de l'homme* ». Cf. aussi J.-J. ISRAE, « *Le droit au développement* », *RGDIP*, 1/1983, p. 16.

142. K. AZZOUZ, « *Le droit au développement en tant que droit de l'homme : portée et limites* », *Revue Québécoise de droit international*, vol. 17-1, 2004. pp. 73-96.

143. In *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 280.

CHAPITRE 3 : LA LOI

Instrument de régulation de la vie en société, la loi se trouve au cœur des normes qui fondent et façonnent les droits de l'Homme. Revisitant PLATON¹⁴⁴, ARISTOTE¹⁴⁵, MONTESQUIEU¹⁴⁶, ROUSSEAU¹⁴⁷, PORTALIS¹⁴⁸, CARRÉ DE MALBERG¹⁴⁹, A. A. D. KÉBÉ relève qu'il est admis en effet, depuis fort longtemps, « *que la loi est la seule et l'unique norme capable d'assurer l'égalité, la liberté, la justice et le bonheur des citoyens* »¹⁵⁰. De cette conviction, la loi se révèle investie de la fonction d'encadrer les droits naturels des êtres humains. À cet égard, il convient de noter les textes de référence en matière des droits humains, nés dans un contexte d'affirmation de la puissance du Parlement, mettent à la charge de la loi d'en garantir le libre exercice. Le légicentrisme aidant, la loi était donc assignée la fonction d'encadrement de l'exercice des droits et libertés, c'est-à-dire, d'en définir le cadre d'action ainsi que les bornes aux droits naturels. La « rencontre » entre l'outil législatif et les droits de l'homme apparaît donc autant classique que salutaire. La dimension classique tient à ce que les textes internationaux ont d'abord mis à la charge de la loi (et non la Constitution), d'encadrer l'exercice des droits et libertés qu'ils ont reconnus¹⁵¹. La dimension salutaire de la rencontre laisse croire

144. *La République*, Livre I, Éditions Nathan, Collection « Les Intégrales de philo », 2002, p. 81.

145. *Politiques*, Éditions Nathan, Collection « Les Intégrales de philo », 2006, Livre I.

146. *De l'esprit des lois*, GF, 1979.

147. *Du contrat social*, Collections « Les classiques de la Philosophie », Paris, LGF, 1996.

148. *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, (discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804), préface de M. MASSENET, Bordeaux, Editions Confluences, 2004.

149. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, tome I, 1920, Paris, CNRS, réédition 1985, p. 488, *La loi expression de la volonté générale*, 1931, Paris, Economica, réédition Collection « Classiques », 1982.

150. A. A. D. KÉBÉ, *La répartition des compétences entre la loi et le règlement en droit fiscal sénégalais*, Thèse de Doctorat en Droit public, UCAD, 2012, p. 17.

151. À titre illustratif, l'article 5 de la DDHC de 1789 dispose : « *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* ». Tandis que l'article 6 proclame que « *La loi est l'expression*

que, de la « capture » des droits de l'homme par l'instrument de la « loi », sont nées les « libertés publiques », conçues dans la foulée, comme des « *droits de l'homme, définies et protégées juridiquement* »¹⁵².

Lato sensu (sens matériel), la « loi » se laisse appréhender comme une règle de droit édictée, quelle qu'en soit l'origine (parlementaire, exécutive, etc.) alors que *stricto sensu* (sens formel), elle est perçue comme une « *règle de droit écrite, générale et permanente, adoptée par le Parlement selon la procédure législative et dans le domaine de compétence établis par la Constitution* »¹⁵³. Cette seconde acception sera donc privilégiée, car mettant davantage en exergue la spécificité de la « norme législative » en tant que source des droits de l'Homme.

De nos jours, la loi n'est qu'une notion générique qui se présente sous différentes déclinaisons dont les plus commodes en droit constitutionnel sont les lois constitutionnelle, organique, ordinaire, de finances, d'habilitation, de validation, etc. Cette typologie non exhaustive défriche au profit des droits de l'Homme, un horizon particulièrement épanoui. Dans cet éventail, se démarquent les lois organiques¹⁵⁴, censées compléter les dispositions de la Constitution, et les lois ordinaires, régissant des secteurs d'activités spécifiques, retiendront principalement l'attention.

SECTION 1 : LES GARANTIES LÉGISLATIVES DES DROITS DE L'HOMME

Les garanties législatives des droits de l'Homme sont clairement spécifiées dans les instruments juridiques internationaux. Il n'est point besoin d'y revenir. En droit interne, la Constitution établit distinctement le domaine d'intervention de la loi¹⁵⁵. C'est à l'article 67 de la Constitution de 2001 qu'il est énuméré les différentes matières qui relèvent de la loi, et curieusement, chacune d'elles présente des

de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».

152. S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 643.

153. *Ibidem*, p. 652.

154. I. M. FALL, « La loi organique dans les ordonnancements juridiques des États d'Afrique francophone. Réflexion sur une norme particulière », op. cit.

155. V. A. A. D. KÉBÉ, *La répartition des compétences entre la loi et le règlement en droit fiscal sénégalais*, op. cit.

corrélations inextricables avec l'univers des droits humains. Que l'on soit dans l'optique des matières pour lesquelles la loi « fixe les règles »¹⁵⁶ ou celles dans lesquelles la loi « détermine les principes fondamentaux »¹⁵⁷, l'autorité législative détient par devers elle, une véritable pouvoir de modulation de la norme. Dès lors, en matière de protection des droits humains, l'autorité parlementaire peut, dans le cadre de son travail, intervenir à titre préventif ou alors, à titre curatif.

Paragraphe 1 : Le travail préventif

En droit positif, l'élaboration de la loi associe inmanquablement¹⁵⁸ l'autorité parlementaire. Cette place axiale lui vaut une mainmise certaine à propos de l'encadrement qu'elle entend donner à la loi. C'est ce qui donne sens à l'étape de la « discussion » durant la procédure législative ordinaire. Les éventuels échanges contradictoires sur la mouture législative en discussion permettent aux parlementaires (députés) de suffisamment évaluer la compatibilité ou non avec les

156. Ces matières relèvent exclusivement de la compétence de l'Assemblée nationale. Sont concernés, aux termes de l'article 67 de la Constitution : « *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; le statut de l'opposition ; la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ; la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables, la procédure pénale, l'amnistie, la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut du magistrat ; l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures, le régime d'émission de la monnaie ; le régime électoral de l'Assemblée nationale et des assemblées locales ; les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ; les nationalisations d'entreprises du secteur public au secteur privé* ».

157. Ces matières appellent à la fois l'intervention du législateur et celle de l'autorité réglementaire. Sont concernés, aux termes de l'article 67 de la Constitution, les principes fondamentaux : « *de l'organisation générale de la Défense nationale ; de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources ; de l'enseignement ; du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ; du régime de rémunération des agents de l'État* ».

158. Sauf à quelques rares exceptions, où l'initiateur du projet, le Président de la République, convoque le peuple pour un référendum. Cf. article 51 de la Constitution de 2001.

exigences de préservation des droits humains. En ce sens, le parlementaire met en œuvre un examen proactif de la loi, quitte à soumettre la loi en question à la censure du juge dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité avant promulgation.

A. L'examen proactif de la loi

La « fabrique de la loi » n'est point une opération ordinaire. Elle met aux prises différents acteurs, dont l'autorité parlementaire. Celle-ci reste d'ailleurs incontournable dans tout le processus. C'est cette posture privilégiée qui lui donne toute latitude d'« agir » sur la mouture discutée du texte à tous les échelons. Si l'article 82 de la Constitution accorde aux députés un droit d'amendement¹⁵⁹, c'est à l'évidence dans la loi organique n° 2002-20 du 15 mai 2002 portant au Règlement intérieur de l'Assemblée nationale (RIAN), modifiée¹⁶⁰, que cette maîtrise technique est plus largement explicitée.

Pour s'en tenir à la procédure législative ordinaire, il ressort de l'examen Règlement intérieur, durant la discussion, que les députés peuvent recourir à différents outils :

- Les demandes tendant au retrait du texte : le mécanisme de la question préalable, après lecture du Rapport, peut être soulevée par tout membre de l'Assemblée tendant à décider qu'il n'y a pas lieu de délibérer¹⁶¹; le rejet par la Commission saisie au fond du texte en discussion ; ou en fin, le retrait du texte par son auteur.
- Les demandes visant à retarder le vote du texte : les *motions préjudicielles* qui tendent à l'ajournement du débat jusqu'à la

159. Ce droit d'amendement reste toutefois limité, en matière financière. D'après l'article 82 (2) de la Constitution : « *Les propositions et amendements formulés par les députés ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence, soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique, à moins que ces propositions ou amendements ne soient assortis de propositions de recettes compensatrices* ».

160. Les modifications successives sont intervenues en 2008, 2010, 2015, 2019. M. DIAKHATÉ, « Loi organique portant au Règlement intérieur de l'Assemblée nationale », in A. A. D. KÉBÉ et al. (dir.), *Textes fondamentaux de la République du Sénégal*, op. cit., pp. 268-269.

161. Article 74 du RIAN.

- réalisation de certaines conditions¹⁶² ; le renvoi du texte à la Commission saisie au fond, ou le renvoi pour avis d'une autre Commission.
- Les demandes visant à modifier le texte initial : les amendements ; les contre-projets ; les articles additionnels¹⁶³.

Tous ces outils montrent l'armature dont dispose le parlementaire pour moduler la loi.

Quant à l'examen juridictionnel du droit d'amendement parlementaire¹⁶⁴, la décision n° 3/C/2001 et 4/C.2001 du 11 décembre 2001, a mis en lumière la conformité à la constitution d'un amendement proposé par le Député Moussa SY, visant à l'installation à titre transitoire des « *délégations spéciales* » dans toutes les collectivités territoriales, en attendant alors l'organisation prochaine des élections locales¹⁶⁵.

B. Le recours juridictionnel avant promulgation

Dans la mesure où la loi est toujours en « gestation », l'éventuel recours juridictionnel à intenter contre elle, ne peut être lu que comme relevant d'une approche proactive. En effet, aux termes de l'article 74 de la Constitution, « *Le Conseil constitutionnel peut être saisi d'un recours visant à faire déclarer une loi inconstitutionnelle : par un nombre de députés au moins égal au dixième des membres de l'Assemblée nationale, dans les six jours francs qui suivent son adoption définitive* ». Cette ouverture de saisine aux députés a permis d'obtenir du juge la censure de dispositions législatives transgressant les droits de l'homme. À l'occasion de l'examen de la loi n° 2007-23 du 27 mars 2007 relative à la parité homme-femme, les requérants ont allégué la méconnaissance du préambule, « *partie intégrante de la Constitution* » de 2001, qui proclame « *l'accès de tous les citoyens*

162. Article 75 du RIAN.

163. Articles 79 et 80 du RIAN.

164. A. DIÈYE, « Le droit d'amendement parlementaire devant le juge constitutionnel. Les exemples du Sénégal et de la France », *Annales de l'Université de Toulouse*, déc. 2008, pp. 207-249.

165. M. ZAKI, « Droit d'amendement des Députés et principe de la libre administration des collectivités locales : observations sous décision 4/C/2001 du Conseil constitutionnel sénégalais, 11 décembre 2001 », *Afrilex* n° 3, 2003, pp. 223 et s.

sans distinction, à l'exercice du pouvoir à tous les niveaux (...) à tous les services publics ». Dans sa décision du 27 avril 2007¹⁶⁶, « Parité sur les listes de candidats aux élections législatives », le Conseil constitutionnel tranche en faveur des requérants en invoquant l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen: « *Tous les citoyens étant égaux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leur talent* ». Ce qui n'avait pas manqué de susciter beaucoup de critiques¹⁶⁷ venant des défenseurs des droits de la femme.

Toutefois, la loi promulguée peut révéler ses tares à l'épreuve de la pratique et affecter dangereusement des droits de l'homme déjà garantis. Dans ce cas, il reste encore possible de « rattraper » cette incongruité, grâce à une réaction curative.

Paragraphe 2 : Le travail curatif

L'idée d'un travail curative qui viserait à réparer une atteinte aux droits de l'homme ne s'épuise pas devant le travail parlementaire. En réalité, les députés peuvent mettre en œuvre leur pouvoir d'amendement en provoquant la modification du texte législatif en cherchant à la dépouiller de ses manquements ou de ses scories. Nonobstant, il reste encore possible, cette fois-ci pour les parties à un procès d'invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi, à l'occasion d'un procès qui aurait atterri devant la Cour d'appel ou la Cour suprême, au moyen du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception.

A. Le pouvoir modificatif des députés

Le respect du « parallélisme des formes », invite à ce que l'autorité compétente pour adopter une norme, le soit également lorsqu'il est question de la modifier. Cette règle ne déroge pas à la loi. Le pouvoir

166. Affaire n° 1/C/2007.

167. Seulement, cette « indifférence » vis-à-vis du « genre » tient échec aux stipulations de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, en ce que : « *Les États-parties (...) s'engagent à : a) inscrire dans leur Constitution nationale ou toute autre disposition législative appropriée le principe de l'égalité hommes et femmes, si ce n'est déjà fait, et assurer par voie de législation ou par d'autres moyens appropriés l'application effective dudit principe* ».

d'amendement, entendu comme la faculté d'ajouter, d'extraire, de réécrire une loi, dont est dépositaire le député, traduit l'une des plus redoutables armes pour façonner le destin des communautés.

À titre illustratif, lorsque les autorités sénégalaises ont entendu organiser le procès de l'ancien Président tchadien H. HABRÉ, le droit sénégalais semblait présenter des incomplétudes dirimantes. Pour n'avoir pas consacré les concepts de « faits de génocide », « crimes de guerre », « crime contre l'humanité », l'organisation du procès semblait hypothéquée. Le pouvoir constituant dérivé, comme le pouvoir législatif ont été tour à tour mobilisés pour compléter le dispositif attendu, et rendre le texte aligné sur les standards internationaux attendus. Dans ces conditions et suivant en cela la loi constitutionnelle n° 2008-33 du 7 août 2008, le nouvel article 9 réécrit, pose à la fois le « principe » et la « dérogation », eu égard à la justiciabilité des personnes présumées coupables de ces catégories de crimes. Selon l'article visé, il est en effet admis depuis cette réforme constitutionnelle que :

« Toute atteinte aux libertés et toute entrave volontaire à l'exercice d'une liberté sont punies par la loi. Nul ne peut être condamné si ce n'est en vertu la rentrée en vigueur avant l'acte commis. Toutefois, les dispositions de l'alinéa précédent ne s'opposent pas à la poursuite, au jugement et à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omission qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels d'après les règles du droit international relatives aux faits de génocide, crimes contre l'humanité, crime de guerres. La défense est un droit absolu dans tous les États et à tous les degrés de la procédure ».

Par ailleurs, si le pouvoir modificatif des parlementaires est pris au dépourvu, la loi peut toujours, en cours d'instance connaître la censure juridictionnelle.

B. La saisine par voie d'exception

Dans l'hypothèse de la mise en route d'une saisine par voie d'exception, le député est « dessaisi », au profit du citoyen. Celui-ci, à l'occasion d'un procès en cours devant la Cour d'appel ou la Cour suprême, peut s'opposer à ce qu'une loi lui soit applicable, dès lors qu'elle regorge de dispositions en contradiction avec la Constitution

ou les autres normes de référence. Dans ce cas, et au terme d'une procédure complexe appelée contrôle de constitutionnalité par voie d'exception (décrite *infra*), le juge constitutionnel peut faire droit aux reproches allégués contre la loi, et neutraliser les dispositions litigieuses.

SECTION 2 : L'EFFICACITÉ DE LA LÉGISLATION DES DROITS DE L'HOMME

La législation sénégalaise est formellement bien ravitaillée dans la prévision de dispositions sensibles aux droits de l'Homme. Les dispositions ne peuvent faire l'objet d'un compte rendu exhaustif, tant elles brillent par leur infinie sphère de déploiement. Pour autant, il peut être question à ce niveau de faire ressortir à travers la législation somme toute éclectique quelques-unes des références qui mettent en perspective les droits de l'Homme. À cet égard, certains Codes régissant certains secteurs d'activités seront mis en vedette. Pour ce faire, l'étude des garanties catégorielles et des garanties spéciales, permettra de s'en rendre compte.

Paragraphe 1 : Les garanties catégorielles

La vocation du droit n'est point d'être « aveugle ». Il subsiste dans la société, des situations qui demandent une intervention normative spécifique, « taillée sur mesure », dont l'efficacité recherchée n'exclut point une subjectivité. Le traitement égalitaire érigé en règle fondamentale n'ignore pas les aménagements aptes à satisfaire des postures particulières. Les garanties catégorielles ainsi visées tendent à répertorier des Codes qui engorgent des références singulières en matière de droits de l'Homme. À ce propos, il n'est pas superflu d'examiner les professions sectorielles avant d'en venir aux personnes vulnérables.

A. Les professions sectorielles

Sans trahir la philosophie qui fonde les droits de l'Homme, la science des « Libertés publiques » semble mieux décrire, la sphère de leur application. Ce constat préalable s'adosse à l'idée que les « Libertés publiques » ont conféré une valeur positive à certains droits de l'Homme encore prisonniers de leur origine « naturelle ». À titre illustratif, le Code pénal, le Code de la presse, le Code des obligations

civiles et commerciales, le Code de la famille (CF), la loi sur les attroupements, rassemblements et manifestations etc. présentent des dispositions qui parfois apparaissent draconiennes, mais satisfont à l'exigence de les concilier avec les droits de l'Homme.

Au fond, le constituant s'est réservé le droit de déterminer ces libertés fondamentales qu'il définit d'abord, avant ensuite de confier au législateur la fixation des spécifications de la réglementation. La loi peut restreindre les conditions d'exercice d'une liberté publique en l'adaptant aux circonstances particulières sans toutefois supprimer ou modifier les droits existants. Elle ne peut vider une liberté fondamentale de sa substance en mettant en œuvre son pouvoir de légiférer.

Elevées à la dignité constitutionnelle, certaines professions, comme celle de la presse, bénéficient de surcroît d'un régime de protection largement spécifié par la loi. À ce propos, si l'article 11 (1) de la Constitution de 2001 admet que « *La création d'un organe de presse pour l'information politique, économique, culturelle, sportive, sociale, récréative ou scientifique est libre et n'est soumise à aucune autorisation préalable* », l'alinéa 2 (*in fine*) pose que « *Le régime de la presse est fixé par la loi* ». En la matière, le Code de la presse¹⁶⁸ encadre l'exercice de la profession. En cas de circonstances exceptionnelles, l'autorité administrative (Gouverneur, préfet ou sous-préfet) peut ordonner la saisie des supports de diffusion, la fermeture de l'organe de presse, en vue de prévenir ou faire cesser une atteinte à la sécurité de l'État, à l'intégrité du territoire ou en cas d'incitation à la haine ou d'appel au meurtre¹⁶⁹.

B. Les personnes vulnérables

Les lois relevant de l'affirmative action dans les pays de tradition anglo-saxonne, sont habilement accueillies dans les systèmes juridiques romanistes. Au Sénégal, les « lois d'orientation sociale » peuvent être inventoriées dans cette catégorie. Si l'égalité est un principe constitutionnel sacro-saint, elle n'est pas opératoire de manière systématique. Dans sa décision n° 2-C-2021 du 20 juillet 2021, précitée, le Conseil constitutionnel s'approprie la justification souvent servie pour infléchir le principe d'égalité. Pour le juge,

168. Loi n° 2017-27 du 13 juillet 2017.

169. Voir article 192.

« le principe d'égalité qui ne saurait être réduit à une stricte identité de traitement, ne s'oppose ni à ce que la loi traite de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'elle opère une discrimination entre personnes placées dans la même situation dès lors que la discrimination est fondée sur un motif d'intérêt général »¹⁷⁰.

Eu égard à ces considérations, le droit admet donc le fléchissement de certains principes, de certains droits de l'homme pour tenir compte de certaines situations vulnérables. Si le critère de la vulnérabilité semble aujourd'hui, suivant un mouvement favorable au féminisme, extraire les femmes de ce groupe, il reste que les personnes handicapées et les personnes âgées en constituent les principales cibles. Cette idée est confortée par l'article 17 (2) de la Constitution : *« L'État et les collectivités publiques ont le devoir de veiller à la santé physique et morale de la famille et, en particulier des personnes handicapées et des personnes âgées »*. La traduction de cet engagement se traduit par l'adoption de mesures infra-constitutionnelles appropriées. Pour cela, concernant les personnes handicapées, l'adoption de la loi d'orientation sociale n° 2010-15 du 6 juillet 2010 relative à la promotion et à la protection des droits des personnes handicapées. D'après son article 2, *in fine* : *« Ne sont pas considérées comme discriminatoires, les mesures incitatives spéciales en faveur des personnes handicapées qui visent à garantir l'égalité effective de chance et de traitement »*. À l'examen de la loi, différentes dispositions promeuvent l'insertion des handicapés dans le monde professionnel. D'après l'article 3 :

« Toute personne handicapée reçoit une carte spécifique prouvant son handicap et appelée "carte d'égalité des chances". Cette carte est délivrée par le Ministère chargé de l'Action sociale sur proposition des commissions techniques départementales. La "carte d'égalité des chances" permet à son titulaire de bénéficier des droits et avantages en matière d'accès aux soins de santé, de réadaptation, d'aide technique, financière, d'éducation, de formation, d'emploi, de transport, ainsi qu'à tout autre avantage susceptible de contribuer à la promotion et à la protection des droits des personnes handicapées. La personne qui assiste une personne lourdement handicapée peut

170. Considérant 48.

bénéficiaire de privilège en vue de lui permettre d'assurer au mieux sa mission d'assistance. Sont fixées par décret la création, la composition, les attributions et les modalités de fonctionnement desdites commissions techniques ».

Paragraphe 2 : Les garanties spéciales

Certains secteurs, en raison de leur spécificité, exigent une législation spéciale. En droit administratif, la « police administrative spéciale » témoigne de cette démarche singulière. Que ce soit en temps normal. En période d'exception, la rigueur de la légalité des mesures baisse d'intensité quand bien même, le principe de la légalité ne disparaît point.

A. En période normale

En période normale, certains secteurs d'activités, en raison de leur spécificité, peuvent s'entourer de règles juridiques plutôt contraignantes, au regard du libéralisme qui caractérise le régime des droits de l'homme. C'est justement parce qu'il s'agit de domaines réputés sensibles, ou présentant des risques certains quant à la sauvegarde d'autres droits humains, qu'il apparaît nécessaire de leur organiser un encadrement plutôt strict. Si la *liberté de déplacement*, consacrée à l'article 8, admet la possibilité de se mouvoir et s'établir dans l'endroit choisi, cette conviction peut se heurter à des mesures administratives qui prennent leur fondement dans la loi sur l'extradition, par exemple. En effet, d'après l'exposé des motifs de la loi n° 71-77 du 28 décembre 1977 relative à l'extradition : « *La solidarité répressive doit permettre d'appréhender un délinquant lorsque celui-ci, ayant été condamné dans un Etat déterminé, tente d'échapper à la répression en quittant le territoire de cet Etat* ».

Cependant, les préoccupations des droits de l'homme ne sont totalement annihilées par l'opération. L'État d'accueil peut s'abstenir de mettre en exécution la demande d'extradition lorsque le crime ou le délit brandi à l'encontre de l'intéressé, présente un caractère politique ou que la demande elle-même ait été faite dans un but politique.

Qui plus est, la profession de Magistrat reste soumise à certaines restrictions. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel précise que l'article 14 du **Statut des magistrats**¹⁷¹

171. Loi organique n° 2017-10 du 17 janvier 2017 portant la Statut des magistrats.

« interdit aux magistrats d'adhérer à un parti politique ou de se livrer à toute manifestation politique ainsi qu'à toute manifestation d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement ; que la même disposition leur interdit de se constituer en syndicat ou d'exercer le droit de grève » ; « Considérant que cette restriction des libertés politiques et syndicales des magistrats vise à garantir le respect de l'obligation de neutralité et d'impartialité du magistrat ; que cet article n'est pas contraire à la Constitution »¹⁷².

B. En période exceptionnelle

Les droits de l'homme ne s'exercent pas toujours dans un contexte social apaisé. Ils sont souvent éprouvés face à des situations plus ou moins graves. Dans cette hypothèse, les législations modernes sont unanimes à aménager le régime de « circonstances exceptionnelles ». Se décrivant comme une théorie d'origine jurisprudentielle, les circonstances exceptionnelles s'analysent en une extension temporaire des compétences normales de l'Administration dans la mesure du nécessaire pour permettre la poursuite du fonctionnement des services publics, en présence de situation de fait exceptionnelles¹⁷³.

La prévisibilité de certaines situations pousse le législateur à se risquer à un cadre juridique. Il en est ainsi d'État d'urgence, état de siège, gestion des catastrophes naturelles ou sanitaires¹⁷⁴.

La pandémie de la COVID-19 a mobilisé le recours à des mesures tendant à limiter l'expression des libertés, suivant le cadre juridique établi par la loi n° 2020-13 du 2 avril 2020 habilitant le Président de la République à prendre, par ordonnances, des mesures relevant du domaine de la loi pour faire face à la pandémie du COVID-19. En application de ce texte, l'article 1^{er} prévoit que : *« Dans les conditions prévues à l'article 77 de la Constitution, le Président de la République est habilité à prendre, par ordonnances, dans un délai de trois mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure, relevant du domaine de la loi, afin de faire face aux besoins d'ordre économique, budgétaire, sécuritaire et sanitaire ».*

172. Conseil constitutionnel, décision n° 2/C/2017 du 9 janvier 2017 ; *Recueil des décisions (janvier 1993 – mars 2019)*, op. cit., pp. 529-530.

173. S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 186.

174. Loi n° 69-029 du 29 avril 1969, modifiée par la loi n° 2021-18 du 19 janvier 2021.

**DEUXIÈME PARTIE :
LE CONTENU DES DROITS DE L'HOMME**

Le Titre II de la Constitution sénégalaise¹ intitulé « *Des droits et libertés fondamentaux et des devoirs des citoyens* » dresse un catalogue des droits fondamentaux de la personne humaine. On distingue à cet égard les droits classiques de la personne humaine et les droits économiques et sociaux.

TITRE I : LES DROITS DE LA PERSONNE HUMAINE

Considérés comme le préalable à l'épanouissement de la personne humaine, ces droits classiques visent à protéger l'individu contre toute menace dirigée contre sa personne, sa conscience et son mouvement.

Il convient à ce niveau de distinguer les droits de l'individu de ceux de la famille.

CHAPITRE 1 : LES DROITS DE L'INDIVIDU

Ces droits s'attachent à la personne humaine qui doit être protégée dans son intégrité physique, sa dignité, sa conscience mais également dans ses relations avec l'environnement dans lequel il est situé². Ils s'analysent en des interdictions formelles adressées aux pouvoirs publics ou privés ainsi qu'aux particuliers de troubler la quiétude du bénéficiaire d'une liberté donnée.

Nous trouvons dans cette rubrique la sûreté, l'égalité, la liberté d'expression et d'opinion, le droit de propriété, la liberté religieuse, la liberté d'aller et de venir.

SECTION 1 : LA SÛRETÉ

La sûreté trouve sa source dans l'*article 7* de la Constitution. Elle vise à garantir la sécurité juridique et matérielle des citoyens en tout temps (sauf circonstances exceptionnelles) et en tout lieu en leur

-
1. Loi 2001-03 du 22 janvier 2001 portant la Constitution du Sénégal, JORS, numéro spécial 5963 du 22 janvier 2001, p. 22-42.
 2. Article 8 de la loi 2001-03 du 22 janvier 2001 portant la Constitution sénégalaise.

reconnaissant le droit d'aller et de venir et, par conséquent, de ne pas être arbitrairement arrêté et détenu illégalement³.

La loi portant Code pénal du Sénégal⁴ régit les conditions de jouissance de ce droit en prévoyant notamment des dispositions réprimant les atteintes à la liberté commises par des fonctionnaires ainsi que les arrestations et séquestrations commises par les particuliers.

Paragraphe 1 : La protection de la liberté individuelle contre les fonctionnaires

Cette protection est consacrée par l'article 106 du Code pénal qui prévoit la peine de la dégradation civique à l'encontre des fonctionnaires, agents ou préposés du gouvernement qui auront commis un acte arbitraire et attentatoire à la liberté⁵.

Les personnes visées par cette incrimination sont celles qui, à un titre quelconque, exercent une fonction publique où se trouvent dépositaires de l'autorité publique. Elles doivent agir dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions⁶. Quant aux actes matériels visés, il s'agit des atteintes à la liberté d'aller et de venir, que ces atteintes relèvent de l'arrestation arbitraire ou de la détention arbitraire⁷.

Il est évident que si l'arrestation et la détention sont intervenues dans les conditions prévues par la loi, on ne pourra pas faire application de l'article 106.

3. Article 7 de la Constitution du Sénégal « *Tout individu a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité, au libre développement de sa personnalité, à l'intégrité corporelle notamment à la protection contre toutes mutilations physiques* ».

4. Loi 65-60 du 21 juillet 1965 portant le Code pénal du Sénégal.

5. Article 106 du Code pénal du Sénégal « *Lorsqu'un fonctionnaire public, un agent, un préposé ou un membre du Gouvernement, aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire, ou attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la Constitution, il sera condamné à la peine de la dégradation civique. Si néanmoins il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû l'obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, à laquelle sera, dans ce cas, appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre* ».

6. *Ibid.*

7. *Ibid.*

Paragraphe 2 : La protection de la liberté individuelle contre les particuliers : l'interdiction des arrestations illégales et des séquestrations

Sous l'expression « *arrestations illégales et séquestrations* » prévue aux articles 334 et s. du Code pénal, le législateur vise tout un ensemble d'agissements⁸ :

- L'arrestation, la détention ou la séquestration d'une personne sans ordre des autorités constituées et hors les cas où la loi ordonne de se saisir des prévenus ;
- La conclusion d'une convention ayant pour objet d'aliéner soit à titre gratuit, soit à titre onéreux la liberté d'une personne ;
- Le prêt d'un lieu pour y exécuter la détention ou la séquestration d'une personne.

Les coupables risquent les travaux forcés à temps de dix (10) à vingt (20) ans. Ils pourront en outre être privés, pendant cinq (5) ans au moins et dix (10) ans au plus, des droits civiques, civils et de famille.

L'abréviation de la détention illégale est une cause d'atténuation de la peine. Ainsi, l'emprisonnement est d'un (1) an à cinq (5) ans dans l'hypothèse où le coupable, non encore poursuivi, a rendu la liberté à la victime avant le 10^e jour accompli depuis celui de l'arrestation de la détention ou de la séquestration (article 336).

La peine est plus lourde lorsque l'arrestation ou la séquestration est accompagnée de circonstances aggravantes⁹. Ainsi une peine aux travaux forcés à perpétuité est encourue s'il y a eu :

- Usage d'un faux costume, d'un faux nom ou d'un faux ordre de l'autorité publique ou menaces ou tortures corporelles (article 337) ;
- Prolongation de la détention au-delà d'un (1) mois (article 335) ;
- Arrestation, détention ou séquestration comme otage de la victime soit pour préparer ou faciliter la commission d'un crime ou délit, soit pour favoriser la fuite ou assurer l'impunité des auteurs ou complices d'un crime ou délit, soit pour répondre du paiement d'une rançon, de l'exécution d'un ordre ou d'une

8. Articles 334, 335, 336, 337 et 337 bis du Code pénal.

9. Loi 2007-01 du 12 février 2007 substituant les travaux forcés à perpétuité à la peine de mort.

condition (article 337 bis). Dans ces cas, une peine de travaux forcés à temps de dix (10) à vingt (20) ans est prévue si la victime est libérée volontairement sans aucune condition avant le cinquième jour accompli depuis l'arrestation, la détention ou la séquestration.

Enfin le législateur sénégalais a prévu une disposition spécifique concernant les personnes coupables d'avoir mis ou reçu une personne en gage. Ces personnes, quel que soit le motif qui les a inspirées, encourent une peine d'emprisonnement d'un (1) mois à deux (2) ans et d'une amende de 20 000 à 150 000 FCFA ou une de ces peines. La peine pourra être portée à cinq (5) ans si la victime est âgée de moins de quinze (15) ans (article 334).

SECTION 2 : LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

Le droit au respect de la vie privée occupe une place extrêmement importante dans la catégorie des droits visant à assurer la protection de la dignité humaine. Il est proclamé de manière générale par l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.¹⁰

Au Sénégal, la Constitution garantit en ses articles 13¹¹ et 16¹² le respect de la vie privée en proclamant l'inviolabilité du domicile, du secret de la correspondance, des communications postales, télégraphiques, téléphoniques et électroniques. La reconnaissance du droit à la vie privée implique nécessairement la protection pour tout homme

10. Article 12 de la DUDH « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance (...). Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* ».

11. Article 13 de la Constitution du Sénégal « *Le secret de la correspondance, des communications postales, télégraphiques, téléphoniques et électroniques est inviolable. Il ne peut être ordonné de restriction à cette inviolabilité qu'en application de la loi.* ».

12. Article 16 de la Constitution du Sénégal « *Le domicile est inviolable. Il ne peut être ordonné de perquisition que par le juge ou par les autres autorités désignées par la loi. Les perquisitions ne peuvent être exécutées que dans les formes prescrites par celle-ci. Des mesures portant atteinte à l'inviolabilité du domicile ou la restreignant ne peuvent être prises que pour parer à un danger collectif ou protéger des personnes en péril de mort. Ces mesures peuvent être également prises, en application de la loi, pour protéger l'ordre public contre les menaces imminentes, singulièrement pour lutter contre les risques d'épidémie ou pour protéger la jeunesse en danger* ».

contre les intrusions dans sa vie privée et la divulgation des faits se rapportant à sa vie privée.

Paragraphe 1 : La protection contre les intrusions dans la vie privée

Deux principes contenus dans la Constitution expriment cette protection : le principe de l'inviolabilité du domicile¹³ et le principe de l'inviolabilité du secret des correspondances¹⁴.

A. L'inviolabilité du domicile

Le domicile est le lieu du principal établissement d'une personne¹⁵ : le lieu où elle réside effectivement quel que soit le titre juridique qui fonde l'occupation (titre foncier, contrat de location, etc.). Il s'étend aussi aux dépendances immédiates (cour, Jardin etc.).

1. Le respect du domicile

Il recouvre deux aspects : L'inviolabilité du domicile, c'est-à-dire l'interdiction d'y pénétrer sans le consentement de celui qui l'habite, et le libre usage du domicile, c'est-à-dire le droit de l'aménager et d'y organiser librement son existence.

L'inviolabilité du domicile est proclamée par la Constitution¹⁶. Elle se traduit par l'interdiction adressée à toute personne publique ou privée de pénétrer dans un domicile sans l'autorisation expresse ou tacite de son occupant légal.

Pour donner un contenu concret à cette proclamation, l'article 164 (1) du Code pénal a institué le délit de violation de domicile qui sanctionne le fait pour les fonctionnaires, officiers de police ou de justice, commandants ou agents de la force publique de s'introduire dans le domicile d'un citoyen contre le gré de celui-ci hors les cas prévus par la loi et sans les formalités prévues. De la même manière l'article 164 (2) punit tout individu qui s'introduit à l'aide de menaces ou de violences dans le domicile d'un citoyen¹⁷.

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*

15. Article 12 de la loi 72-61 du 12 juin 1972 Portant Code de la famille au Sénégal.

16. Article 16 de la Constitution.

17. Article 164 du Code pénal « *Tout fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire, tout officier de justice ou de police, tout commandant ou agent de la*

2. Les limites de l'inviolabilité du domicile

Ces limites sont de trois ordres et sont également prévues à l'article 16 de la Constitution. Il s'agit de la perquisition, la nécessité absolue et la protection de l'ordre public.

La perquisition donne le droit à des personnes habilitées à cet effet de pénétrer dans un domicile sans l'accord préalable de son occupant. Elle fait néanmoins l'objet d'une réglementation rigoureuse. Elle doit être ordonnée par le juge ou d'autres autorités désignées par la loi, (par ex. les officiers de police judiciaire en cas de flagrant délit)¹⁸ dans les conditions et formes prescrites (mandat de perquisition, moment de la perquisition qui ne peut d'ailleurs avoir lieu à certaines heures)¹⁹.

Des mesures portant atteinte à l'inviolabilité du domicile peuvent également être prises en cas de nécessité absolue pour parer à un danger collectif ou protéger des personnes en péril de mort.

En cas de menace imminente, singulièrement pour lutter contre les risques d'épidémie ou protéger la jeunesse en danger (protection de l'ordre public), des mesures portant atteinte à l'inviolabilité du domicile peuvent être prises.

B. L'inviolabilité des correspondances

Les correspondances permettent d'entretenir des relations entre des personnes qu'une certaine distance sépare ou qui sont dans l'impossibilité de se rencontrer. Elles sont une manifestation de l'intimité de la vie privée. L'article 13 de la Constitution proclame l'inviolabilité des liaisons postales, télégraphiques, téléphoniques et électroniques. Il

force publique qui, agissant en sa dite qualité, se sera introduit dans la domicile d'un citoyen contre le gré de celui-ci, hors les cas prévus par la loi, et sans les formalités qu'elle a prescrites, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de 25 000 à 150 000 Francs, sans préjudice de l'application du second alinéa de l'article 106. Tout individu qui se sera introduit à l'aide de menaces ou de violences dans le domicile d'un citoyen sera puni d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 25 000 à 100 000 francs ». L'article 106 (2) du Code pénal que cite l'article 164 dispose que lorsque la violation du domicile par un agent public découle d'un ordre de son supérieur hiérarchique, la peine y afférente ne sera appliquée qu'au supérieur.

18. Articles 83 et 84 de la loi 65-61 portant Code de procédure pénale du Sénégal.

19. Article 51 Code de Procédure pénale.

protège ainsi toutes les formes de correspondance et de communication contre les indiscretions²⁰.

1. Les correspondances protégées

a. La correspondance écrite

La violation de la correspondance écrite est pénalement sanctionnée.

Ainsi l'ouverture des correspondances adressées à des tiers faite de mauvaise foi est punie d'un emprisonnement de 6 jours à un (1) an et d'une amende de 20 000 à 100 000 FCFA ou de l'une de ces deux peines²¹. S'il s'agit de l'ouverture de lettres confiées à la poste commise par un fonctionnaire ou un agent du gouvernement ou de l'administration postale, la peine sera une amende comprise entre 25 000 FCFA et 150 000 FCFA, un emprisonnement de trois (3) mois à cinq (5) ans et une interdiction d'accès à toute fonction ou emploi public pendant une période de cinq (5) ans au moins et dix (10) ans au plus²².

b. La communication téléphonique

Pendant longtemps, dans la législation sénégalaise, il n'existait pas de dispositions spécifiques permettant de réprimer celui qui avait écouté, enregistré ou transmis les paroles d'autrui. Ce n'est qu'en 2016²³

20. Article 13 de la Constitution du Sénégal « *le secret de la correspondance, des communications postales, télégraphiques, téléphoniques et électroniques est inviolable. Il ne peut être ordonné de restriction à cette inviolabilité qu'en application de la loi.* ».

21. Article 167 (2) du Code pénal « *En dehors des cas prévus à l'alinéa précédent, toute suppression, toute ouverture de correspondance adressées à des tiers, faite de mauvaise foi, sera punie d'un emprisonnement de six jours à un an et d'une amende de 20 000 à 100 000 f ou de l'une de ces deux peines seulement.* ».

22. Article 167 (1) du Code pénal « *Toute suppression, toute ouverture de lettres confiées à la poste, commise ou facilitée par un fonctionnaire ou un agent du Gouvernement ou de l'administration des postes, sera punie d'une amende de 25 000 à 150 000 francs et d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans. Le coupable sera de plus, interdit de toute fonction ou emploi public pendant cinq ans au moins et dix ans au plus.* ».

23. Loi 2016-29 du 08 novembre 2016 portant modification du Code pénal.

qu'une modification du Code pénal est intervenue pour prendre en compte et réprimer ces situations²⁴.

Seulement rien ne s'oppose à ce que celui qui se prétend victime de ces agissements puisse saisir les juridictions civiles pour obtenir réparation du préjudice subi.

c. Les communications électroniques

Les communications électroniques sont prises en charge par un ensemble de dispositif législatif²⁵ qui permet entre autres de protéger les citoyens notamment dans leur vie privée et par rapport à leurs données personnelles. La violation de ces aspects est réprimée par le Code pénal²⁶.

2. Les limites

Le secret des correspondances est assorti cependant d'exceptions. Les exigences de l'enquête pénale, la répression pénale, la prévention des atteintes à la sécurité intérieure et extérieure de l'État peuvent justifier la prise de mesures restreignant l'usage exclusif de cette liberté fondamentale. Toutefois la restriction ne peut être ordonnée qu'en application de la loi²⁷.

Paragraphe 2 : La protection contre les divulgations des faits intéressant la vie privée

Les faits intéressant la vie privée d'une personne ne doivent pas être portés sur la place publique. C'est pourquoi le législateur impose le secret professionnel à certaines personnes et prohibe la publication des faits intéressant l'intimité d'une personne.

24. Article 363 bis du Code pénal « est puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 500 000 francs à 5 000 000 de francs celui qui au moyen d'un procédé quelconque porte volontairement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : 1. En captant, enregistrant, transmettant ou diffusant sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ».

25. Loi 2018-28 du 12 décembre 2018 portant Code des communications électroniques ; Loi 2008-12 du 25 février 2008 sur la protection des données à caractère personnel.

26. Article 363 bis du Code pénal *op. cit.*

27. Article 13 de la Constitution *op. cit.*

A. L'obligation au secret professionnel

Certaines personnes ont l'occasion, dans le cadre de l'exercice de leur profession, de connaître les détails intimes de la vie d'autrui. Elles sont tenues de respecter le secret professionnel. Cette obligation est pénalement sanctionnée.

Ainsi, en application de l'article 363 du Code pénal, la personne qui viole le secret professionnel est passible d'une peine d'emprisonnement d'un (1) à six (6) mois et d'une peine d'amende de 50 000 FCFA à 300 000 FCFA.

1. L'étendue du secret professionnel

L'obligation de discrétion professionnelle vise expressément certaines personnes et certains faits.

a. Les personnes tenues au secret professionnel

La loi vise d'abord les personnes exerçant une profession médicale ou paramédicale. Il s'agit essentiellement des médecins, chirurgiens, pharmaciens, infirmiers et sages-femmes²⁸. L'article 363 du Code pénal vise également, « *toutes autres personnes dépositaires, par état, par profession ou par fonctions temporaires ou permanentes des secrets qu'on leur confie* ». Cette formule très générale donne aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation. Il leur appartient ainsi de prévoir les professions auxquelles peut s'appliquer cette disposition. Il peut s'agir entre autres des ministres du culte, des avocats, huissiers de justice, greffiers, notaires, etc.

L'article 11 du CPP soumet au secret professionnel les personnes qui concourent à la procédure pendant l'enquête et l'instruction préparatoires. Dans certaines conditions, il permet au procureur de la République de rendre publics certains aspects objectifs de la procédure²⁹.

28. Article 363 du Code pénal.

29. Article 11 du CPP « *Sauf dans les cas où la loi ne dispose autrement, et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines de l'article 363 du Code pénal. Toutefois, pour prévenir la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, en relation avec sa hiérarchie, rendre publics, par un point de*

D'où les points de presse tenus par des procureurs à l'occasion de certaines affaires. Ils trouvent leur fondement dans la loi 2016-30 du 08 novembre 2016.

b. Les faits couverts par le secret professionnel

Il s'agit des faits confidentiels connus dans l'exercice des fonctions. Sont visés : Les faits confiés sous le sceau du secret à une personne en raison de sa profession ou de sa fonction et les faits qui, sans être confiés à la personne, sont parvenus à sa connaissance dans l'exercice de sa profession. Il en est ainsi par exemple des constatations faites par le médecin lors du diagnostic du malade.

2. *Les limites du secret professionnel*

La loi a prévu des hypothèses dans lesquelles la personne peut être déliée du secret professionnel. Ainsi les membres des professions libérales peuvent être amenés parfois à révéler des faits dont ils ont eu connaissance.

La déclaration de naissance à l'état civil, si elle n'a pas été faite par le père, doit l'être par le médecin ou la sage-femme qui a assisté à l'accouchement. L'article 25-3 de la Constitution fait obligation à la personne d'inscrire à l'état civil les actes le concernant et ceux qui sont relatifs à sa famille.

L'officier d'état civil ne peut délivrer un certificat d'inhumation qu'au vu du certificat délivré par le médecin.

Dans le cadre de la collaboration avec la justice, certaines personnes sont obligées ou autorisées à révéler des faits dont elles ont eu connaissance.

De manière générale, le secret professionnel n'est pas opposable au juge ou à certains agents de l'État tels par exemple les officiers de police judiciaire ou les agents du fisc lorsqu'ils diligentent des enquêtes préliminaires pour la recherche et la constatation de l'infraction d'enrichissement illicite³⁰.

presse, des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des indices ou charges retenues (sic) contre les personnes mises en cause ».

30. Article 363 (2) et (3) « le secret professionnel n'est jamais opposable au juge qui, pour les nécessités des investigations qu'il accomplit ou ordonne, peut en

B. L'interdiction de la publication des faits intéressant l'intimité de la vie privée

Le droit au respect de la vie privée est considéré comme l'un des droits primordiaux de la personne humaine. Tout individu doit être protégé contre les indiscretions publiées dans des journaux ou des livres, ou relatées dans les émissions télévisées ou par voie électronique.

Toute atteinte à ce droit fera l'objet de sanction. La sanction la plus couramment utilisée est la condamnation au paiement de dommages et intérêts. L'auteur des révélations ne peut échapper à la condamnation que s'il rapporte la preuve de l'autorisation expresse et non équivoque de l'intéressé.

Ce droit profite aux vedettes du sport et du spectacle ou aux hommes politiques qui ont, certes une vie publique étalée sous tous les yeux, mais qui ont également une vie privée qu'ils souhaitent préserver.

Le droit au respect de la vie privée ne peut pas être affecté par le droit à l'information. Ce droit à l'information n'autorise les recherches et les divulgations ayant pour objet les activités publiques que les citoyens ont un intérêt légitime à connaître³¹.

SECTION 3 : L'ÉGALITE DEVANT LA LOI

Le principe d'égalité veut dire que dans un État, tous les individus sans distinction de classe, de race, de fortune, d'origine, ou de sexe jouissent de la même vocation, quant aux charges et droits que la loi établit. Nul ne peut être placé au-dessus des lois.

Au Sénégal, le principe d'égalité trouve son fondement dans l'article 7 de la Constitution qui dispose que « *tous les êtres humains*

délié ceux qui y sont astreints. Il est également inopposable aux officiers de police judiciaire et aux agents de la Direction générale des Impôts et des Domaines agissant dans le cadre des enquêtes préliminaires diligentées sur instructions écrites du Procureur spécial près la Cour de Répression de l'Enrichissement illicite, pour la recherche et la constatation des infractions prévues à l'article 163 bis ».

31. Au Sénégal, des organisations de la société civile qui interviennent en matière de droits de l'homme, à l'instar d'Article 19 ou du Forum Civil, mènent un plaidoyer depuis le début des années 2010 pour l'adoption d'une loi d'accès à l'information, comme c'est le cas dans un Etat comme l'Afrique du Sud. Cette volonté se heurte à la réticence des pouvoirs publics qui souhaiteraient déterminer des contours précis à cette loi. D'ailleurs ces organisations ont préparé un avant-projet de loi qui n'est toujours pas adopté par le Gouvernement.

sont égaux devant la loi. Les hommes et les femmes sont égaux en droit (...) et qu'il n'y a au Sénégal ni sujet, ni privilège de lieu de naissance, de personne, ou de famille ».

Le principe d'égalité est susceptible de plusieurs applications.

Paragraphe 1 : L'égalité devant l'impôt

C'est le principe selon lequel la charge fiscale supportée par le contribuable doit être proportionnelle à son revenu (ou à sa fortune). À cet égard, le Code général des impôts (CGI)³² considère l'égalité fiscale comme « un droit à un impôt progressif applicable au revenu net global qui combiné au système du quotidien familial permet de tenir compte des capacités contributives de chaque citoyen »³³.

Paragraphe 2 : L'égalité devant la justice

L'égalité des citoyens devant la justice qui n'est qu'une application particulière de l'article 7 de la Constitution (selon lequel tous les êtres humains sont égaux devant la loi) se traduit par trois règles : l'égal accès devant les juridictions, le droit d'être jugé par les mêmes tribunaux, le droit d'être jugé selon les mêmes règles.

A. L'égal accès devant les tribunaux

Il signifie que tous les justiciables doivent pouvoir saisir les tribunaux pour leur soumettre leur litige. À cet égard, les étrangers bénéficient des mêmes prérogatives que les nationaux ; tout au plus doivent-ils, sauf convention diplomatique, fournir, en application de l'article 110 du CPC³⁴, la caution *judicatum solvi*³⁵.

32. Loi 2012-31 du 31 décembre 2012 portant Code général des impôts, JORS, 6706 du 31 décembre 2012.

33. Exposé des motifs du CGI, *op. cit.*

34. Article 110 du décret 64-572 du 30 juillet 1964 portant Code de procédure civile « *Sous réserve des conventions et des accords internationaux, tous étrangers demandeurs principaux ou intervenants sont tenus, si le défendeur le requiert, avant toute exception de fournir caution personnelle de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourraient être condamnés* ».

35. Cette caution sert à payer au défendeur sénégalais les frais et dommages-intérêts auxquels le demandeur étranger pourrait être condamné s'il perdait le procès.

Cette égalité voulue par le législateur risque cependant d'être rompue compte tenu des inégalités de fortune. En effet la justice a un coût et les plaideurs démunis risquent d'être écartés du prétoire en raison de la faiblesse de leurs moyens. C'est pourquoi l'assistance judiciaire a été instituée pour permettre aux personnes dont les revenus sont modestes d'accéder à la justice. Lorsque le bénéfice de l'assistance judiciaire est accordé, le plaideur est provisoirement dispensé de la consignation et du paiement des sommes qui pourraient être dues pour droits de timbre, d'enregistrement et de greffe : il est aussi dispensé du paiement des sommes dues aux officiers ministériels pour droits, émoluments et honoraires. En cas de condamnation aux dépens prononcés contre l'adversaire de l'assisté, la taxe qui comprend tous les frais auxquels l'assisté serait tenu s'il n'y avait pas d'assistance judiciaire sera versée au trésor. En cas de condamnation aux dépens prononcée contre l'assisté, c'est le trésor qui prend en charge les frais.

B. Le droit d'être jugé par les mêmes tribunaux

Il traduit la volonté de ne pas laisser se développer une justice de classe. Il se manifeste par la création d'une seule catégorie de juridictions compétentes pour juger tous les justiciables sénégalais quels que soient leur état et leur condition.

L'existence de privilèges de juridiction limite cependant la portée de ce principe. On peut noter, à cet égard, que le Président de la République relève, en cas de haute trahison, de la Haute Cour de Justice. De même, les membres du gouvernement sont justiciables devant cette juridiction pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions³⁶.

Enfin, les magistrats sont jugés, en cas d'infraction, par la Cour suprême (chambre criminelle pour les délits et chambres réunies pour les crimes)³⁷.

36. Article 101 de la Constitution « *Le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison. Il ne peut être mis en accusation que par l'Assemblée nationale, statuant par un vote au scrutin secret, à la majorité des trois cinquièmes des membres la composant ; il est jugé par la Haute Cour de Justice. Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes et délits au moment où ils ont été commis. Ils sont jugés par la Haute Cour de Justice* ».

37. Article 25 de la loi organique 2017-10 du 17 janvier 2017 portant statut des magistrats ; JORS 6986 du 18 janvier 2017.

C. Le droit d'être juge selon les mêmes règles

Il implique l'absence de discrimination dans l'application des règles, qu'il s'agisse des règles procédurales ou de fond : il y a en quelque sorte soumission aux mêmes règles procédurales et aux mêmes règles substantielles.

La soumission aux mêmes règles procédurales tend à assurer l'égalité des plaideurs devant la procédure. Cette égalité n'est pleinement réalisée que si les parties ont des droits identiques et si elles peuvent prétendre à un jugement rendu par une juridiction impartiale.

La règle de l'égalité des droits paraît relativement bien respectée, puisque les justiciables plaident en la forme et que le cours de la justice est le même pour tous.

Quant à la règle de l'impartialité du juge, elle se heurte parfois à certains obstacles. En effet dans certains cas, le juge peut être tenté de prendre en compte, dans sa décision, des données extérieures au litige, telles que les sentiments qu'il pourrait avoir à l'égard d'une partie, la qualité ou la catégorie sociale de celle-ci. C'est pour éviter cela que le législateur a mis en place un certain nombre d'institutions permettant d'écarter les juges dont on a des raisons de croire qu'ils ne peuvent pas respecter le devoir d'objectivité.

Il s'agit de la récusation et du renvoi d'une juridiction à une autre pour cause de suspicion légitime :

La récusation, régie par les articles 223 et s. du CPC³⁸ (pour le procès civil) et les articles 650 et s. du CPP (pour les procès pénaux), permet de remplacer le juge que l'on peut suspecter de partialité compte tenu des relations qu'il entretient avec l'une ou l'autre des parties (liens familiaux ou professionnels entre le juge et l'une des parties – litige antérieur entre le juge et l'une des parties etc.).³⁹

Le renvoi d'une juridiction à une autre⁴⁰ pour cause de suspicion légitime permet, lorsqu'il y a des raisons de douter de l'impartialité ou

38. Article 223 du CPC « *Tout juge, tout assesseur peut être récusé pour les causes ci-après (...)* ». Les conditions de la récusation en matière civile sont déterminées par les articles 223 à 236 du CPC.

39. Article 650 (1) « *Tout juge, conseiller ou Président de chambre peut être récusé pour les causes ci-après (...)* ». Les conditions de la récusation en matière pénale sont déterminées par les articles 650, 651, 652, 653, 654, 655 et 656 du Code de Procédure pénale.

40. Articles 237 et s. du CPC et articles de la LOCS.

de l'indépendance d'une juridiction de la dessaisir au profit d'une autre de la même catégorie. Le renvoi ainsi défini se distingue de la récusation, car il ne s'agit pas d'obtenir qu'un magistrat soit, pour des causes personnelles limitativement énumérées, écarté du jugement ; il s'agit d'obtenir que la juridiction toute entière soit dessaisie. Pour que le renvoi puisse être obtenu il faut qu'un soupçon de partialité existe contre la juridiction ; il faut en outre que ce soupçon repose sur des motifs précis, graves et sérieux.

La soumission aux mêmes règles substantielles signifie qu'il n'y a pas de règles discriminatoires spécifiques à certaines personnes ou à certaines catégories de personnes. Les règles de fond s'appliquent donc de la même façon à tous les justiciables. Il existe cependant des règles de fond dérogatoires au droit commun et édictées en faveur de certaines personnes en raison de leur faiblesse présumée : enfants, femmes, handicapés, etc.

Paragraphe 3 : L'égalité sexuelle

L'égalité sexuelle trouve sa consécration constitutionnelle à travers plusieurs dispositions. Ainsi, l'article 7 de la Constitution prévoit que « *les hommes et femmes sont égaux en droit (...). La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats et fonctions* ». L'article 15 précise que « *l'homme et la femme ont également le droit d'accéder à la possession et à la propriété de la terre dans les conditions déterminées par la loi* ». Quant à l'article 19, il donne à la femme le droit d'avoir son patrimoine propre au même titre que son mari. Elle a le droit de gérer personnellement ses biens. L'article 25 refuse qu'une personne puisse être lésée dans son travail en raison de son sexe. Il interdit également toute discrimination sexuelle devant l'emploi, le salaire et l'impôt. La loi veille à l'égalité entre homme et femme en éliminant toute discrimination fondée sur le sexe.

La loi 89/01 de janvier 1989 donne à la femme une capacité civile pleine et entière au même titre que l'homme. Ainsi, par exemple, même mariée la femme dispose du pouvoir de se fixer son domicile propre et mieux, elle peut désormais exercer une profession en toute indépendance sans pour autant que son mari puisse s'y opposer comme auparavant.

D'un point de vue politique, cette égalité trouve sa consécration à travers la loi sur la parité du 28 mai 2010.

Paragraphe 4 : L'égalité raciale

Elle trouve sa source dans l'article 7 de la Constitution qui, en posant le principe que tous les êtres humains sont égaux devant la loi⁴¹, interdit toute forme de discrimination fondée sur la race. Il en est de même de l'article 25 qui interdit qu'une personne puisse être lésée dans son travail en raison de son origine.

Le Code pénal⁴² prévoit une panoplie de sanctions privatives de libertés ou pécuniaires punissant les actes, comportements et attitudes destinés à proclamer la supériorité raciale, à faire naître un sentiment de supériorité raciale ou la haine raciale ou constituant une incitation à la discrimination raciale. Le législateur sénégalais est également intervenu pour déclarer illégales et interdire les organisations ainsi que les activités de propagande qui incitent à la discrimination raciale ou qui l'encouragent.

Il s'agit de l'interdiction faite aux partis politiques de s'identifier à une race. Cette interdiction trouve son fondement constitutionnel à travers l'article 4 de la Constitution⁴³ et de l'interdiction de la prise en compte du critère racial pour l'admission dans les associations.

Paragraphe 5 : L'égalité devant le suffrage universel

Le principe d'égalité est garanti en matière électorale pour toutes les élections. L'article 3 de la Constitution prévoit ses caractères universel, égal et secret. Il apparaît tant dans l'expression des suffrages que le dépôt des candidatures.

Tous les Sénégalais des deux sexes âgés de dix-huit (18) ans accomplis, et jouissant de leurs droits civils et politiques sont électeurs dans les conditions déterminées par la loi. En ces termes, le Code électoral reprend les dispositions de l'article 3 de la Constitution⁴⁴.

41. Article 7 de la Constitution du Sénégal « *Tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Les hommes et les femmes sont égaux en droit* ».

42. Articles 256 à 262 du Code pénal.

43. Article 4 (3) de la Constitution « *Les partis politiques et coalitions de partis politiques, de même que les candidats indépendants, sont tenus de respecter la Constitution ainsi que les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie. Il leur est interdit de s'identifier à une race, à une ethnie, à un sexe, à une religion, à une secte, à une langue ou à une partie du territoire* ».

44. Articles L1 à L6 du Code électoral.

Il en est de même des étrangers naturalisés sénégalais et qui n'ont pas une double nationalité, des femmes étrangères ayant acquis la nationalité sénégalaise par l'effet d'un mariage. Les condamnés à certaines peines privatives de liberté (crimes et délits) excédant un (1) mois. Depuis 2007, les militaires ont acquis le droit de vote aux élections présidentielle et législative.

Tout Sénégalais peut faire acte de candidature sous réserve des cas d'inéligibilité et des cas d'incapacités spécifiques à chaque élection, par exemple les fonctionnaires auxquels leur statut particulier ne reconnaît pas le droit de vote ne peuvent faire acte de candidature. Quant aux militaires, même s'ils sont électeurs ils ne sont pas éligibles.

Paragraphe 6 : L'égal accès aux emplois publics

L'égalité dans l'accès à la fonction publique est garantie pour tous les citoyens sénégalais. Tout citoyen a le droit de prétendre à un poste dans la fonction publique dans les conditions fixées par la loi. Nul ne peut être écarté d'une fonction postulée pour des raisons liées à ses origines raciale, régionale, ethnique ou pour ses convictions et croyances, ses opinions religieuses ou politiques. Aux termes de l'article 25 de la Constitution, toute discrimination entre l'homme et la femme devant l'emploi, le salaire et l'impôt est interdite⁴⁵.

SECTION 4 : LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET D'OPINION

La liberté d'opinion et d'expression a été consacrée par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les pactes internationaux, et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Elle a été reprise par l'article 8 de la Constitution du Sénégal.⁴⁶

45. Article 25 de la Constitution « *nul ne peut être lésé dans son travail en raison de ses origines, de son sexe, de ses opinions, de ses choix politiques ou de ses croyances (...) toute discrimination entre l'homme et la femme devant l'emploi, le salaire et l'impôt est interdite* ».

46. Article 8 de la Constitution « *La République du Sénégal garantit à tous les citoyens les libertés individuelles fondamentales, les droits fondamentaux, les droits économiques et sociaux ainsi que les droits collectifs. Ces libertés et droits sont notamment :*

- Les libertés civiles et politiques : liberté d'opinion, liberté d'expression, liberté de la presse, liberté d'association, liberté de réunion, liberté de déplacement, liberté de manifestation ;

On entend par opinion une conviction personnelle, c'est à-dire une croyance de l'individu marquée d'une certitude. Elle peut être intime ou extériorisée sous forme d'avis déclaré et sans entrave.

La liberté d'opinion donne à l'individu le droit d'exprimer, d'extérioriser sa pensée sans pouvoir être inquiété et de l'exprimer individuellement ou collectivement. La Constitution prévoit que : « *Chacun a le droit d'exprimer librement ses opinions par la parole, par la plume, l'image, la marche pacifique, pourvu que l'exercice de ces droits ne porte atteinte ni à l'honneur et à la considération d'autrui, ni à l'ordre public* »⁴⁷.

La liberté d'opinion et d'expression se manifeste à travers le droit de la presse, les attroupements, rassemblements et manifestations et la liberté de réunion.

Paragraphe 1 : Le droit de la presse

Le droit de la presse est régi au Sénégal par la loi 2017-21 du 13 juillet 2017 portant Code de la presse à laquelle on peut adjoindre la loi 2006-04 du 04 janvier 2006 portant création du Conseil national de Régulation de l'Audiovisuel (CNRA). Après avoir déterminé les principes du droit de la presse au Sénégal, il faudra insister sur les infractions de presse et les sanctions à ces infractions.

A. Les principes du droit de la presse au Sénégal

Etaient considérés comme organes de communication sociale⁴⁸ : Les organes de presse écrite notamment les journaux, revues spécialisées, écrits magazines, cahiers ou feuilles d'information, n'ayant pas un caractère strictement scientifique, artistique, technique ou professionnel et paraissant à intervalles réguliers, à raison d'une fois par trimestre au moins et les radios, télévisions et agences de presse présentant des unités d'informations générales ou spécialisées diffusées à intervalles régulier.

La loi n° 2017-27 du 13 juillet 2017 portant Code de la presse va intervenir dans un souci de clarification pour donner une définition

- *Les libertés culturelles, les libertés religieuses* ».

47. Article 10 de la Constitution.

48. Article 1 de la loi 96-04 du 22 février 1996 relative aux organes de communication sociale et aux professions de journaliste et de technicien, abrogée.

plus englobante et plus détaillée. Ainsi, elle précise⁴⁹ l'existence de :
L'entreprise de communication audiovisuelle :

«Toute mise à disposition du public ou de catégorie de public, par un procédé de télécommunications, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature, qui n'ont pas le caractère de correspondance privée. La communication audiovisuelle comprend les services de télévision, les services de radio et les services de médias audiovisuels à la demande. Le Code des télécommunications désigne la communication audiovisuelle par le terme de radiodiffusion » ; et l'entreprise ou organe de presse : « entreprises de presse écrite, de communication audiovisuelle et de presse en ligne ».

L'article 42 du même texte précise qu'il existe au Sénégal trois catégories d'entreprises de presse : *« l'entreprise de presse écrite ; l'entreprise de communication audiovisuelle ; l'entreprise de presse en ligne ».*

1. La création des organes de presse

Les entreprises de presse sont créées par des personnes physiques ou morales, conformément aux dispositions prévues par l'Acte uniforme de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique et régissant les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique.

L'Etat ainsi que d'autres entités publiques peuvent créer des entreprises de presse sous forme d'entreprises publiques ou parapubliques ou participer au capital.

Toutefois, des stations de services de radios associatives ou communautaires et à but non lucratif peuvent être créées dans les conditions et modalités prévues dans le présent Code⁵⁰.

L'entreprise de presse peut avoir un statut public ou privé, dans les conditions et formes prévues par le Code et d'autres textes en vigueur⁵¹.

49. Article 3 du Code de la presse.

50. Article 40 du Code de la presse.

51. Article 41 du Code de la presse.

2. De l'autorégulation des entreprises de presse

Le Code de la presse prévoit un dispositif d'autorégulation auquel sont soumises toutes les entreprises de presse. Un organe d'autorégulation indépendant de toute personne publique et privée est alors mis en place par les professionnels des médias dans le respect de la réglementation en vigueur.

Toutes les entreprises de presse, au sens du Code, entrent dans son champ de compétences. Les modalités d'organisation et de fonctionnement de l'organe d'autorégulation sont fixées dans ses statuts et règlement intérieur⁵².

L'organe d'autorégulation peut recevoir une subvention du Fonds d'Appui au Développement de la Presse. D'autres ressources sont prévues dans ses statuts⁵³. L'organe a pour mission principale de garantir l'observation des règles d'éthique et de déontologie dans les médias. Il est perçu dans la presse comme étant un tribunal des pairs.

Les autres missions sont prévues dans ses statuts.

3. Les acteurs de la presse

Il s'agit essentiellement d'un acteur institutionnel, la Commission la carte nationale de presse, et d'un acteur technique, les journalistes qui bénéficient de droits et sont soumis à des obligations.

a. La Commission de la carte nationale de la presse

Cette Commission est seule habilitée à délivrer la carte nationale de presse à tout journaliste ou technicien de la communication sociale jouissant de ses droits civiques et civils qui en fait la demande dans les conditions déterminées par l'article 29 du Code de la presse. La durée de validité de la carte est de trois (3) ans pour les titulaires et d'un (1) an pour les stagiaires. Présidée par un professionnel des médias, la Commission est composée de ⁵⁴:

- Un (1) représentant du Ministère chargé de la Justice ;
- Un (1) représentant du Ministère chargé de la Communication ;

52. Article 53 du Code de la presse.

53. *Ibidem*.

54. Article 23 du Code de la presse.

- Un (1) représentant du Ministère chargé du Travail ;
- Un (1) représentant de l'organe de régulation de la chaîne de valeur audiovisuelle ;
- Un (1) représentant de l'organe d'autorégulation ;
- Un (1) représentant de l'organisation patronale de presse la plus représentative ;
- Un (1) représentant du syndicat des professionnels des médias le plus représentatif ;
- Un (1) représentant de l'association de la presse en ligne la plus représentative.

Les membres de la Commission, proposés par leurs pairs ou leur tutelle, sont nommés par arrêté du Ministre chargé de la communication pour deux (2) ans renouvelable une fois. Le renouvellement se fait par tiers⁵⁵.

L'Assemblée nationale, le Haut Conseil des collectivités territoriales et le Conseil économique social et environnemental désignent chacun un représentant, en qualité d'observateur. La Commission peut s'adjoindre toute personne ressource en cas de besoin⁵⁶. La Commission de la carte nationale de presse fait également office de Commission de validation des acquis de l'expérience prévue à l'article 4 du Code⁵⁷.

La Commission a toute latitude pour vérifier les informations fournies par le postulant⁵⁸. Elle peut délivrer la carte nationale de presse à titre personnel au postulant remplissant les conditions légales ou rejeter la demande si celles-ci ne sont pas remplies⁵⁹. Elle peut, sous réserve du respect des droits de la défense, retirer provisoirement ou définitivement la carte nationale de presse lorsque le titulaire a violé les dispositions de la loi.⁶⁰ Les décisions de la Commission

55. *Ibidem*.

56. *Ibidem*.

57. Article 4 du Code de la presse « *Est journaliste au sens du présent code (...) toute personne titulaire d'un diplôme de licence ou équivalent, suivi d'une pratique professionnelle de deux (2) ans dans la collecte, le traitement et la diffusion de l'information au sein d'une entreprise de presse, sanctionnée par une commission de validation des acquis de l'expérience dont les attributions, la composition et le fonctionnement sont fixés par arrêté du Ministre chargé de la Communication* ».

58. Article 30 du Code de la presse.

59. Article 31 du Code de la presse.

60. Article 35 du Code de la presse.

nationale de presse sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir devant la Cour Suprême⁶¹.

b. Droits et obligations du journaliste

L'article 4 du Code de la presse définit le journaliste comme étant : « Toute personne diplômée d'une école de journalisme reconnue par l'État et dont l'activité principale régulière et rétribuée consiste en la collecte, au traitement et à la diffusion de l'information ; toute personne titulaire d'un diplôme de licence ou équivalent, suivi d'une pratique professionnelle de deux (2) ans dans la collecte, le traitement et la diffusion de l'information au sein d'une entreprise de presse, sanctionnée par une Commission de validation des acquis de l'expérience dont les attributions, la composition et le fonctionnement sont fixés par arrêté du Ministre chargé de la Communication.

Le journaliste jouit de droits et est assujéti à des devoirs dans l'accomplissement de sa mission.

aa. Les droits des journalistes

Ils sont multiples⁶² : Le libre accès à toutes les sources d'informations non confidentielles ; le droit d'enquêter librement sur tous les faits qui conditionnent la vie publique ; le droit de refuser toute subordination qui serait contraire à la ligne de son entreprise ; le droit de ne pas être contraint d'accomplir un acte professionnel ou d'exprimer une opinion contraire à sa conviction ou à sa conscience ; le droit à la clause de conscience qu'il peut notamment invoquer à l'appui de sa démission.

bb. Les devoirs des journalistes

Le journaliste doit donner et traiter l'information avec le respect scrupuleux de l'objectivité et de l'impartialité, exercer sa profession avec dignité et garder le secret professionnel⁶³.

Il doit respecter les faits et être guidé par un certain nombre de principes (objectivité et l'impartialité) : Il doit défendre la liberté de

61. Article 36 du Code de la presse.

62. Articles 5 à 10 du Code de la presse.

63. Articles 11 à 21 du Code de la presse.

l'information, du commentaire et de la critique. Il doit refuser toute pression sauf les directives rédactionnelles émanant des responsables de la rédaction ; il ne doit publier que des informations vérifiées, ou, dans le cas contraire, les accompagner de réserves ; il doit rectifier toute information publiée qui se révèle inexacte ; il doit respecter la vie privée des personnes dès lors que celle-ci n'interfère pas avec les charges publiques dont lesdites personnes sont ou prétendent être investies ; il doit respecter les convictions religieuses, politiques ou philosophiques du public auquel il s'adresse, même s'il ne les partage pas ; il doit en outre respecter scrupuleusement le principe de la non-discrimination en raison de la race, de l'ethnie, du sexe ou de l'origine nationale. À cet égard il est invité à ne pas tenir de discours prônant la discrimination raciale, ethnique, fondée sur le sexe, ou l'origine régionale.

Par rapport à la dignité professionnelle il ne doit pas pratiquer la rétention de l'information, ni dénaturer les textes et les documents dont il se sert pour présenter les faits ou les commenter ; il ne peut recevoir un quelconque avantage du fait de la publication ou de la suppression d'une information. Le métier de journaliste ne doit pas être confondu avec celui de publicitaire ou de propagandiste ; il ne doit pas user de méthodes déloyales ou répréhensibles pour obtenir ou diffuser des informations, photographies et documents ; il doit se garder de tout plagiat, calomnie ou diffamation ainsi que des accusations sans fondements. Il doit s'interdire de tout détournement de document imprimé ou audiovisuel dont les droits de diffusion et de distribution sont réservés.

Il est astreint au secret professionnel en s'abstenant de divulguer les sources des informations obtenues confidentiellement. Il peut révéler sa source à son supérieur hiérarchique si ce dernier est lié par le secret professionnel. Il peut être délié du secret sur l'aveu de la source de l'information s'il a pu être clairement prouvé que la source incriminée l'avait induit en erreur.

4. *De la régulation de l'audiovisuel*

L'autorégulation est à distinguer de la régulation de l'audiovisuel qui ne concerne que les entreprises de presse audiovisuelles et qui est assurée par un organe⁶⁴ créé par l'État à cet effet et prévu par le Code

64. Loi n° 2006-04 du 4 janvier 2006 portant création du Conseil national de Régulation de l'Audiovisuel.

de la presse⁶⁵. Il s'agit du Conseil national de Régulation de l'Audiovisuel.

Le CNRA comprend neuf membres nommés par le Président de la République pour un mandat de six (6) ans non renouvelable et non révocable. Il est composé par⁶⁶ :

- Le Président de l'Institution ;
- Un membre issu des mouvements des associations féminines ;
- Un membre issu du milieu des professionnels de la communication audiovisuelle ;
- Une personnalité qualifiée du milieu des arts ;
- Une personnalité qualifiée du milieu des lettres ;
- Un membre issu de la communauté universitaire ;
- Un membre issu des mouvements des droits de l'homme ;
- Un membre issu du Conseil national de la Jeunesse ;
- Un membre issu des associations de personnes du troisième âge.

Le Conseil assure le contrôle de l'application de la réglementation sur l'audiovisuel, veille au respect des dispositions de la loi et de celles des cahiers des charges et conventions régissant le secteur. Il a un pouvoir de sanction à l'encontre des contrevenants.

5. Les programmes des organes de presse

Les programmes sont agencés à partir d'éléments de choix de l'entité titulaire d'une autorisation de diffusion de programmes audiovisuels. Ils doivent tenir compte : De la mission d'intérêt général ; des prescriptions des lois et règlements ; de l'ordre public, des bonnes mœurs par un avertissement préalable des auditeurs en cas de programmation d'émission susceptibles de heurter leur sensibilité ou par un dispositif de codage ; de la sécurité du pays ; du respect de la dignité de la personne humaine, de la propriété d'autrui.

65. Article 55 du Code de la presse « *la régulation de la chaîne de valeur audiovisuelle est assurée par un organe créé par une loi, qui fixe aussi ses missions ainsi que ses modalités d'organisation et de fonctionnement* ».

66. Article 3 de la loi sur le CNRA.

6. *Le financement des organes de presse*

Les entreprises de presse au Sénégal peuvent bénéficier en vue de leur financement de subventions et d'aides de la part de l'État. Il s'agit notamment du Fonds d'Appui et de Développement de la Presse. Les entreprises de presse publiques bénéficient de financement public et de retombées d'activités commerciales telles que la publicité et le parrainage⁶⁷.

Quant aux entreprises de presse privées, elles peuvent recourir à toute forme de financement légal⁶⁸.

Des règles précises sont mises en place pour lutter contre la concentration des pouvoirs économiques dans le secteur de l'audiovisuel. Ainsi, il est interdit à toute personne physique ou morale agissant seule ou de manière concertée d'exploiter cumulativement plus d'un service de radio et d'un service de télévision de même nature et de prendre des participations financières de plus de vingt pour cent (20%) dans plus de deux (2) sociétés titulaires de licences différentes⁶⁹.

De même, pour éviter qu'un étranger ne prenne le contrôle d'une entreprise de presse sénégalaise ; la loi dispose que le capital d'une entreprise de communication audiovisuelle doit être détenu par une ou plusieurs personnes de nationalité sénégalaise à hauteur de cinquante et un pour cent (51%) au minimum⁷⁰.

7. *La publicité et le parrainage*

La publicité et le parrainage constituent les principales sources de revenus des entreprises de presse privées.

a. La publicité

La publicité par les entreprises de presse est soumise à une réglementation rigoureuse prévue par le Code de la presse. Ainsi, le contenu des messages publicitaires doit être conforme aux exigences de décence, de moralité, de véracité et de respect des valeurs et des traditions nationales. Il ne doit en aucun cas porter atteinte ni à la

67. Articles 49, 50 et 51 du Code de la presse.

68. Article 52 du Code de la presse.

69. Article 69 du Code de la presse.

70. *Ibidem*.

dignité ni à la considération de la personne humaine, ni à la sensibilité des mineurs⁷¹.

Il ne doit pas porter atteinte à la sécurité, à la santé publique et au respect dû aux institutions de l'État⁷². Les messages publicitaires doivent être exempts de toute forme de discrimination⁷³. La publicité est réglementée de manière à assurer sa conformité aux exigences de véracité, de décence et de respect de la personne humaine.

b. Le parrainage

Le parrainage est constitué par les contributions d'entreprises publiques ou privées désirant financer des émissions dans le but de promouvoir leur image, leurs activités, leurs produits ou leurs réalisations en faisant connaître leur nom, leur signe distinctif, leur dénomination ou leur raison sociale⁷⁴.

Le domaine du parrainage recouvre⁷⁵ : La citation du nom, de la dénomination ou raison sociales de l'entreprise et la référence aux signes distinctifs habituellement associés à la présentation de ce nom, dénomination ou raison sociale.

Le parrainage est exclu pour⁷⁶ : Les journaux télévisés ou parlés ainsi que les émissions politiques ; les émissions pour lesquelles le service audiovisuel ne conserverait pas l'entière maîtrise de la programmation ; les émissions servant à promouvoir les caractéristiques de biens ou des services produits ou commercialisés par l'entreprise qui les finance.

« Les émissions télévisées ne peuvent être parrainées par des entreprises qui ont pour activité principale la fabrication ou la vente de boissons alcoolisées, de produits du tabac, de médicaments uniquement disponibles sur prescription médicale ou la fourniture de traitements médicaux uniquement disponibles sur prescription médicale ».

71. Article 104 du Code de la presse.

72. *Ibidem*.

73. Article 105 du Code de la presse.

74. Article 3 du Code de la presse.

75. Article 118 du Code de la presse.

76. Article 119 du Code de la presse.

8. *La sauvegarde du pluralisme*

Les entreprises de presse doivent garantir l'accès équitable aux partis politiques, aux organisations socioprofessionnelles et de la société civile. Elles doivent assurer l'équilibre dans le traitement des informations les concernant et veiller à la diversité culturelle et ethno-linguistique⁷⁷.

Elles sont tenues de respecter le caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion. Dans le traitement des sujets de portée nationale, elles sont tenues de respecter les temps d'antenne des interventions professionnelles et politiques.

En période de campagne électorale, toutes les dispositions du Code électoral en matière de couverture médiatique et de propagande de toutes sortes s'appliquent également aux entreprises de presse ayant opté de traiter de ladite campagne.

9. *Le droit de réponse*

Le droit de réponse est prévu par le Code de la presse et concerne toutes les entreprises de presse⁷⁸. Il permet à toute personne physique ou morale de répondre à des imputations portant atteinte à son honneur ou à sa réputation, et qui auront été diffusées par l'entité titulaire d'une autorisation de diffusion de programme radio. Celle-ci est tenue de désigner un responsable chargé d'assurer l'exécution des obligations se rattachant à l'exercice du droit de réponse.

Le droit de réponse doit être exercé dans les 8 jours suivant le message incriminé et la réponse doit être diffusée dans les 3 jours suivant leur réception ou à la prochaine émission⁷⁹ si cette dernière est cyclique et que le cycle dure moins de seize (16) jours. Ce délai est ramené à vingt-quatre heures pendant la campagne électorale.

La réponse doit être diffusée dans des conditions techniques et d'audience équivalentes à celles de l'imputation invoquée.

B. Les infractions de presse

Les infractions de presse prévues par le Code pénal complété au besoin par le Code de la presse sont :

77. Article 63 du Code de la presse.

78. Article 85 du Code de la presse.

79. Article 87 du Code de la presse.

- Les injures et calomnies⁸⁰.
- La révélation de secrets tenus par des personnes soumises à l'obligation de discrétion professionnelle (médecins, pharmaciens, sages-femmes, etc.)⁸¹.
- La provocation de crimes et délits par un moyen de diffusion publique, qu'elle soit suivie d'effets ou non.
- Les délits contre la chose publique tels que l'offense au Président de la République passible d'une peine d'emprisonnement de six (6) mois à deux (2) ans.
- La diffusion, la fabrication, la reproduction de fausses nouvelles, de pièces falsifiées, fabriquées ou mensongèrement attribuées à des tiers. Cette infraction sera plus sévèrement sanctionnée lorsqu'elle porte atteinte au crédit des institutions publiques, au moral des populations, ou lorsqu'elles auront entraîné une désobéissance ou une rébellion (trois (3) ans de prison, et 100 000 à 150 000 FCFA d'amende). Dans ce cas, le simple dépôt légal d'un exemplaire du journal où sont publiées ces informations au parquet suffit pour qu'il y ait poursuites, le délit étant réalisé. La distribution et la vente d'un tel document, sa fabrication, son affichage sont punis d'un emprisonnement d'un (1) mois à deux (2) ans et d'une amende de 25 000 à 300 000 FCFA.
- Les délits contre l'autorité : la diffamation d'un corps, d'un (des) membre(s) du gouvernement, de l'Assemblée Nationale, ou l'agent d'une autorité publique, d'un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public, d'un juré ou d'un témoin en raison de sa déposition ou dans sa vie privée.
- Les délits contre les chefs d'État et agents diplomatiques étrangers tombent également sous le coup de la loi. Ils peuvent consister en offenses, ou outrages commis par le biais d'un moyen de diffusion public.
- La publication de certains documents tels que les actes de procédures qui n'ont pas été lus à l'audience, en matière correctionnelle ou criminelle. Il est également interdit de rendre compte des audiences en diffamation, injures, divorce, séparation de corps, adultère, avortement, de parler de faits amnistiés remontant à plus de dix (10) ans (le but de l'amnistie étant l'oubli de l'infraction commise).

80. Article 362 du Code pénal.

81. Article 363 du Code pénal.

C. Les sanctions des entreprises de presse

L'État dispose d'un pouvoir de sanction des manquements par les entreprises de presse. Il faut distinguer entre les sanctions applicables à toutes les entreprises de presse, les sanctions applicables aux entreprises de presse audiovisuelles et les sanctions applicables aux entreprises de presse écrites.

1. Les sanctions applicables à toutes les entreprises de presse

Les entreprises de presse peuvent être soumises à des sanctions pénales ou administratives.

a. Les sanctions administratives

Dans certaines conditions, l'autorité administrative compétente (Gouverneur, Préfet ou Sous-Préfet) peut appliquer aux entreprises de presse des sanctions qui sont variables. Ainsi l'autorité administrative compétente peut, pour prévenir ou faire cesser une atteinte à la sécurité de l'État, à l'intégrité territoriale, une incitation à la haine ou un appel au meurtre, ordonner : La saisie des supports de diffusion d'une entreprise de presse ; la suspension ou l'arrêt de la diffusion d'un programme et la fermeture provisoire de l'organe de presse.

La décision de l'autorité administrative doit être écrite, motivée et notifiée au responsable de l'entreprise de presse concernée. Ce dernier peut saisir immédiatement la juridiction suprême compétente en matière administrative d'un recours en annulation et en suspension de la décision par un référé.

Des poursuites en réparation pour voies de fait, en raison de la violation d'un droit fondamental, peuvent également être exercées devant le tribunal de grande instance du ressort⁸². Lorsque l'entreprise de presse concernée est un organe de presse en ligne, l'autorité administrative notifie, pour exécution, sa décision au fournisseur d'accès ou à l'hébergeur. L'Autorité de régulation des télécommunications (ARTP) en est immédiatement informée pour qu'elle veille au respect de l'exécution de la décision⁸³.

82.. Article 192 du Code de la presse.

83. Article 193 du Code de la presse.

Les responsables de l'entreprise de presse concernée peuvent attaquer la décision devant le tribunal de grande instance⁸⁴.

b. Les sanctions pénales

Le Code de la presse prévoit des sanctions pénales à la violation par les entreprises de presse de certaines de ses dispositions. Ses sanctions vont de l'emprisonnement de trois (3) mois à un (1) an et d'une amende de cent (100) mille à un million de FCFA⁸⁵.

Tout manquement aux dispositions de l'article 69 (2), (3) et (4)⁸⁶ est puni d'une peine d'emprisonnement de deux (2) à six (6) mois et d'une amende de cent (100) mille à un million de FCFA ou l'une de ces deux peines⁸⁷. Les mêmes peines sont applicables en cas de violation des prescriptions des articles 102, 132 (2) et 178 (1) tirets 1 et 2 du Code de la presse.

Le délit d'entrave à la liberté de la presse et de la communication, constitué de tout fait ou action de nature à empêcher l'impression ou la libre circulation de la presse ou à empêcher le journaliste d'exercer librement son activité est puni, d'une amende de cinq cent (500) mille à trois (3) millions de FCFA. En cas de récidive, la peine est doublée⁸⁸.

Lorsque l'entrave à la liberté de la presse et de la communication est exercée avec violence sur le journaliste, le technicien des médias ou contre l'entreprise de presse, les dispositions du Code pénal relatives aux violences volontaires, destructions et dégradations sont applicables.⁸⁹

84. *Ibidem*.

85. Article 194 du Code de la presse.

86. Article 69 (2), (3) et (4) « *Le capital d'une entreprise de presse écrite doit être détenu par une ou plusieurs personnes de nationalité sénégalaises à hauteur de cinquante et un pour cent (51%) au minimum. Le capital d'une entreprise de presse écrite ne peut être détenu par une personne physique ou morale de nationalité étrangère directement ou indirectement au-delà de vingt pour cent (20%). Dans le cas de société par actions, les actions doivent être nominatives. Elles ne peuvent être transférées à des tiers qu'avec l'accord de l'instance dirigeante de la société.* »

87. Article 195 du Code de la presse.

88. Article 196 du Code de la presse.

89. Article 197 du Code de la presse.

Il en est de même en cas d'agression commise par toute personne physique ou morale, autorité publique, contre un journaliste ou un technicien des médias dans le cadre de l'exercice de sa profession ou de dommages sur leur matériel de travail.

2. Des sanctions applicables aux infractions des entreprises de presse écrite

Il ne serait pas superflu d'identifier les entreprises de presse écrite au Sénégal avant d'aborder la nature des sanctions qui s'appliquent sur elles.

a. Identification des entreprises de presse écrite

Il peut s'agir de publications nationales et de publications étrangères.

aa. Les publications nationales

Toute personne physique ou morale peut créer et publier des organes de communication sociale et en être propriétaire, à la condition que les journalistes ainsi que les techniciens y travaillant soient en majorité de nationalité sénégalaise⁹⁰. Dans le cas des sociétés par actions, celles-ci doivent être nominatives. Elles ne peuvent être transférées à des tiers qu'avec l'accord de l'organe dirigeant de la société⁹¹.

Nulle personne physique ou morale de nationalité sénégalaise ne peut être propriétaire ou détenir la majorité du capital de plus de plus de trois (3) organes de communication sociale de même nature⁹². Les étrangers ne peuvent être propriétaires ou détenir la majorité du capital que d'un seul organe de communication sociale.

La gestion de l'information d'un organe de communication relève de la responsabilité exclusive du directeur de publication lequel doit obligatoirement être une personne physique ne jouissant pas de l'immunité parlementaire.⁹³ En conséquence, un député ne peut être

90. Article 69 du Code de la presse.

91. *Ibidem*.

92. Article 70 du Code de la presse.

93. Article 71 du Code de la presse.

directeur de publication. Le directeur de publication peut déléguer une partie de ses pouvoirs à un Directeur délégué désigné par lui sans qu'il en résulte une exemption des responsabilités afférentes à sa fonction⁹⁴.

Tout organe de communication sociale peut être librement publié sans autorisation préalable ni dépôt de cautionnement. La seule formalité prévue est la déclaration préalable faite par écrit en double exemplaire et signée par le Directeur de publication au parquet du Procureur de la République du lieu de la publication et comprenant :

- Le titre de l'organe de presse et son mode de publication ;
- Les noms et domicile des propriétaires et du Directeur de publication ;
- Le nom et l'adresse de l'imprimerie où il doit être imprimé ;
- Un extrait de casier judiciaire du directeur de publication datant de moins de trois (3) mois⁹⁵.

Toute modification est à signaler dans les quinze (15) jours au parquet du lieu de publication.

Dans la phase d'exploitation du journal, chaque édition doit comporter les renseignements suivants : Nom du directeur de publication et, le cas échéant, du directeur délégué, ainsi que des propriétaires ; nom et adresse de l'imprimerie et le chiffre du tirage de la dernière édition.

Les organes de presse sont astreints à la formalité du dépôt légal avant diffusion ou livraison de chaque publication. Ce dépôt de six (6) exemplaires signés par le Directeur de publication ou l'imprimeur se fait dans les conditions suivantes :

- Un (1) au Ministère de l'Intérieur ;
- Un (1) au Ministère de la Justice ;
- Un (1) au Ministère chargé de la Communication ;
- Un (1) au parquet général de la Cour d'appel de Dakar ;
- Un (1) au parquet du Procureur de la République, près le tribunal de grande instance de Dakar ou de son délégué ;
- Un (1) aux Archives nationales.

Le directeur de publication envoie également et avant diffusion la version électronique⁹⁶.

94. Article 72 du Code de la presse.

95. Article 80 du Code de la presse.

bb. Les publications étrangères

On entend par organe de presse étranger toute publication dont la déclaration de parution est faite dans un pays autre que le Sénégal⁹⁷.

La diffusion de ces publications étrangère est soumise aux mêmes conditions que celles des publications nationales. Cependant, leurs directeurs de publication doivent déposer deux exemplaires au Ministère chargé de la Justice, deux exemplaires au Ministère chargé de l'Intérieur et deux exemplaires au Ministère en charge de la Communication, au moins quatre heures avant leur diffusion au Sénégal.⁹⁸

Ces organes de presse peuvent faire l'objet d'une interdiction dans leur distribution, circulation, mise en vente au Sénégal par décision motivée et conjointe du Ministre chargé de l'Intérieur et du Ministre chargé de la Communication.⁹⁹

b. La nature des sanctions

Les entreprises de presse écrites sont soumises à des sanctions spécifiques prévues par le Code de la presse. Ainsi, Le propriétaire d'un organe de presse écrite qui ne respecte pas les dispositions de l'article 70¹⁰⁰ du Code de la presse est puni d'un emprisonnement de deux (2) à six (6) mois et d'une amende de deux cent (200) à cinq cent (500) mille FCFA¹⁰¹. De même, tout imprimeur qui n'aura pas indiqué son nom et son domicile sur tout écrit rendu public, sera passible d'une amende de deux cent (200) à cinq cent (500) mille FCFA¹⁰².

Le Directeur de publication qui commet des manquements aux dispositions de l'article 72 (2)¹⁰³ du Code de la presse sera punis d'un

96. Article 82 du Code de la presse.

97. Article 76 du Code de la presse.

98. Article 77 du Code de la presse.

99. Article 78 du Code de la presse.

100. Article 70 du Code de la presse : « *Aucune personne physique ou morale ne peut détenir la majorité du capital de plus de trois organes de presse écrite de même nature* ».

101. Article 200 du Code de la presse.

102. Article 201 du Code de la presse.

103. Article 72 (2) du Code de la presse : « *Le directeur de publication ou le directeur délégué doit jouir de ses droits civiques et civils* ».

emprisonnement de deux (2) à trois (3) mois et d'une amende de deux cent (200) à cinq cent (500) mille FCFA, ou l'une de ces deux peines¹⁰⁴.

Le propriétaire, le directeur de publication et le cas échéant l'imprimeur d'un organe de presse seront punis d'une amende de cent (100) mille à un (1) million de FCFA lorsque la déclaration de parution n'aura pas été régulièrement faite.¹⁰⁵

Si la publication irrégulière continue, une amende de cent (100) mille FCFA est prononcée solidairement contre les mêmes personnes pour chaque numéro publié à partir du prononcé du jugement de condamnation si ce jugement est contradictoire, et du troisième jour qui suivra sa notification, s'il a été rendu par défaut¹⁰⁶.

Les mêmes personnes seront également poursuivies et condamnées à une peine d'emprisonnement de deux (2) à six (6) mois et d'une amende de deux cent (200) à cinq cent (500) mille FCFA ou de l'une des deux peines en cas de diffusion d'une publication qui n'est pas conforme aux conditions fixées par le Code de la presse.

Dans tous les cas prévus ci-dessus, les exemplaires diffusés, distribués ou vendus irrégulièrement seront saisis¹⁰⁷.

Des sanctions pénales sont également prévues à l'encontre de toute personnes qui mettraient en vente des organes de presse étrangers de façon irrégulière ou qui fait reprendre sous un titre différent la publication d'un journal ou d'un écrit interdit¹⁰⁸.

3. *Sanctions applicables à la communication audiovisuelle*

Il peut s'agir de sanctions administratives ou de sanctions pénales.

a. *Les sanctions administratives*

Les sanctions administratives relèvent essentiellement de la compétence du Conseil national de Régulation de l'Audiovisuel.

En effet, en cas de manquement aux obligations prévues par le Code de la presse et les conventions et cahiers des charges, le CNRA fait des observations ou une mise en demeure à l'organe contrevenant.

104. Article 202 du Code de la presse.

105. Article 203 du Code de la presse.

106. *Ibidem*.

107. Article 204 du Code de la presse.

108. Article 205 du Code de la presse.

En cas de résistance à cette mise en demeure, l'organe de régulation donne un avertissement ou ordonne la suspension d'une partie ou de la totalité d'un programme¹⁰⁹.

La récidive pourra entraîner des sanctions plus fortes allant de l'avertissement à la sanction pécuniaire de deux (2) à dix (10) millions de FCFA en passant par la suspension d'un (1) à trois (3) mois de tout ou partie des programmes et de la réduction de la durée de l'autorisation d'exploitation de la licence de six (6) mois à un (1) an.

La loi sur le CNRA prévoit une pénalité quotidienne de retard de cent (100) mille FCFA à cinq cent (500) mille FCFA en cas d'inexécution d'une de ses décisions. Il peut proposer à l'autorité ayant délivré l'autorisation (Ministère chargé des communications) un retrait définitif de ladite autorisation.

Toutes ces sanctions sont prononcées conformément aux droits de la défense et peuvent faire l'objet d'un recours en annulation devant le juge de l'excès de pouvoir.¹¹⁰

b. Les sanctions pénales

Les sanctions pénales sont multiples et graduelles en fonction de la gravité de l'infraction commise. Ainsi, l'opération de prête-nom, qui est interdite, est punie d'une peine d'emprisonnement de six (6) mois à deux (2) ans et d'une amende de deux (2) à cinq (5) millions de FCFA¹¹¹.

L'exploitation d'une entreprise ou d'un service privé de communication audiovisuelle sans avoir obtenue une licence est punie d'un emprisonnement d'un (1) à cinq (5) ans et d'une amende de dix (10) à trente (30) millions de FCFA. La récidive peut entraîner le doublement des peines prévues et le juge peut prononcer en cas de condamnation la confiscation des installations et matériels.¹¹²

La rétention d'informations obligatoires par les personnes sur lesquelles pèse cette obligation, est punie d'un emprisonnement d'un (1) mois à six (6) mois et d'une amende de deux cent (200) mille à deux (2) millions de FCFA ou l'une de ces peines seulement¹¹³.

109. Article 26 de la loi sur le CNRA.

110. *Ibidem*.

111. Article 214 du Code de la presse.

112. Article 215 du Code de la presse.

113. Article 216 du Code de la presse.

D'autres peines s'appliquent aux propriétaires ou exploitants d'une entreprise de communication audiovisuelle qui auront modifié des équipements ou qui n'auront pas respecté les normes et spécifications prévues par les cahiers des charges et les clauses conventionnelles, ainsi qu'à ceux qui auront utilisé ou procédé à la fabrication, l'importation en vue de la vente ou de la location, l'offre à la vente, la détention en vue de la vente, la vente ou l'installation d'un équipement, matériel, dispositif ou instrument non homologué pour la diffusion ou la réception de programmes audiovisuels¹¹⁴.

Il en est de même pour ceux qui auront distribué en fraude, à titre onéreux ou gratuit, des droits de l'exploitant du service, des programmes réservés à un public déterminé, qui y accède moyennant une rémunération versée à l'exploitant du service, ceux qui auront commandé, conçu, organisé ou diffusé une publicité faisant, directement ou indirectement, la promotion d'un équipement, matériel, dispositif ou instrument non homologué.¹¹⁵ C'est aussi le cas pour ceux qui auront diffusé ou publié des œuvres interdites ou non autorisées, ou contrefaites même sous un titre différent¹¹⁶.

La récidive, entraîne le doublement des peines prévues.

Paragraphe 2 : Les attroupements, rassemblements et manifestations

La loi 74/13 du 24 juin 1974 modifiant les articles 92 à 100 du Code pénal régleme les attroupements, rassemblements et manifestations. Certaines de ces dispositions ont récemment fait l'objet de révision à travers dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Cette révision a entraîné une levée de boucliers de la part de l'opposition et d'une bonne partie de la société civile qui ne voyaient à travers cette loi que la volonté du pouvoir de durcir la loi sur les manifestations en se donnant la possibilité d'accuser et d'arrêter les organisateurs et les participants à des manifestations interdites pour terrorisme. Il est vrai que la nouvelle rédaction de l'article 96 du Code pénal donne une définition trop large de la notion de terrorisme.

L'attroupement est un regroupement prémédité ou occasionnel d'individus sur la voie publique qui est de nature à troubler la tran-

114. Article 217 du Code de la presse.

115. Article 218 du Code de la presse.

116. Article 219 du Code de la presse.

quillité publique. Il n'est répréhensible que lorsque les participants auront refusé de se disperser à la sommation de l'autorité compétente.

Au Sénégal, le Code pénal interdit tout attroupement armé ou non qui pourrait troubler la tranquillité publique. L'attroupement est armé lorsque l'un des individus qui y participent est porteur d'une arme ou lorsque plusieurs individus sont porteurs d'armes cachées, ou d'objets apparents ou cachés pouvant servir d'armes ou apportés dans le but de servir d'armes.¹¹⁷

Le rassemblement en revanche est une réunion occasionnelle de personnes sur la voie publique. Il peut être licite. Il n'est illégal que lorsqu'il présente les caractères d'un attroupement prohibé (présence d'armes apparentes ou cachées, risques de trouble à la tranquillité publique, refus de se disperser après sommation de l'autorité, etc.).

Enfin, la manifestation a un régime juridique voisin de celui du rassemblement. Toutefois elle recouvre une définition différente. Il y a manifestation lorsque des citoyens décident de se retrouver sur la voie publique pour extérioriser une idée, un sentiment, une volonté en général dans le cadre d'une procession à travers la ville. La manifestation traduit alors un cadre de revendication ou d'expression collective. Elle peut revêtir la forme d'un cortège, défilé ou d'un rassemblement de personnes sur la voie publique.

La manifestation fait l'objet d'un encadrement légal visant à concilier l'exercice de cette liberté avec la tranquillité publique. Elle doit se conformer aux prescriptions légales et ne pas porter atteinte à la tranquillité publique.

A. La déclaration de manifestation

L'article 8 de la Constitution garantit à tous les citoyens la liberté de manifestation dans les conditions prévues par la loi.

Pour organiser une manifestation, les initiateurs doivent faire une déclaration préalable au Préfet du département qui est l'autorité administrative compétente, sauf pour les manifestations conformes aux usages locaux ou demandées par l'autorité administrative¹¹⁸. Cette déclaration se fait quinze (15) jours francs au plus tard avant la date de la manifestation. Elle fait connaître les noms, les prénoms et domiciles des organisateurs, la demande est signée par trois d'entre eux et elle

117. Article 92 du Code pénal.

118. Article 96 du Code pénal.

indique la date, l'heure et le lieu du rassemblement et s'il y a lieu l'itinéraire projeté.

Au dépôt, l'autorité délivre un récépissé qui n'est pas une autorisation, mais une simple preuve du dépôt de la déclaration de manifestation. Laquelle déclaration est susceptible d'être rejetée ou accordée.

L'autorisation doit être expresse. Elle doit mentionner l'intervalle, l'horaire, la date et le lieu de la manifestation. Elle est transmise pour ampliation au commissariat de police et à la brigade de gendarmerie territorialement compétente. Elle fait l'objet d'une notification à l'intéressé qui dispose à partir de cet instant d'un titre lui permettant de se prévaloir d'un droit.

En cas de refus, la décision d'interdiction est notifiée au commissariat de police et à la brigade de gendarmerie du ressort qui seront chargés chacun en ce qui les concerne de prendre des dispositions utiles pour faire respecter la décision. Elle fait aussi l'objet d'une transmission au Procureur de la République près le tribunal régional du ressort duquel se trouve le lieu de la manifestation projetée. Enfin, le Ministère de l'Intérieur reçoit, pour ampliation, la copie de la décision qu'il peut, en vertu de son pouvoir hiérarchique, confirmer ou annuler.

Toutefois la décision d'interdiction doit être motivée. C'est-à-dire que l'autorité qui interdit doit énoncer les raisons de fait ou de droit qui sous-tendent sa décision. Les intéressés ont la possibilité d'introduire un recours administratif devant le Ministre de l'Intérieur ou bien de saisir directement la Cour suprême d'un recours pour excès de pouvoir afin d'obtenir, en cas d'illégalité, l'annulation de la décision d'interdiction.

Ils peuvent au préalable introduire un référé qui peut permettre d'obtenir de la part du juge la suspension de l'exécution de la décision d'interdiction de la manifestation.

B. Les sanctions des manifestations illégales

Les contrevenants s'exposent à des sanctions pouvant revêtir plusieurs formes : Une confiscation du matériel de sonorisation, s'il y en a et des poursuites et toutes mesures utiles pour l'application du Code pénal ainsi que des règlements y afférents.

Les attroupements et manifestations sont dispersés par la force, si après sommation, les personnes présentes refusent d'obtempérer¹¹⁹.

119. Article 92 du Code pénal

En temps normal, le maintien de l'ordre public relève de la compétence exclusive des préfets, des gouverneurs et du Ministre de l'Intérieur. Les autorités militaires ne peuvent intervenir que dans l'hypothèse d'un état de siège.¹²⁰

La sommation vise à donner « une porte de sortie » aux manifestants. L'autorité chargée de maintenir l'ordre public doit s'adresser à la foule à haute et intelligible voix (ou par haut-parleur) en français et dans une langue nationale en ces termes : « *ordre de la loi dispersez-vous* ». L'injonction est suivie d'une sonnerie de clairon, de roulement de tambours, d'un signal par un feu rouge intermittent ou d'une sirène de police à bridance spéciale.

Après la première sommation s'il n'y a pas eu d'effets, les manifestants seront informés que la force sera utilisée. Une deuxième sommation est faite dans les mêmes conditions. Toutefois l'autorité devra avertir les manifestants en ces termes « dernière sommation, nous allons faire usage de la force (c'est-à-dire des armes).

Il reste à signaler que l'usage de la force sans autorisation expresse ne peut se faire que si les forces de l'ordre sont attaquées ou si elles ne peuvent pas défendre autrement le terrain à eux confié.

Sont alors punis d'un emprisonnement de deux (2) mois à un (1) an tous les manifestants qui n'auront pas obtempéré à la première sommation. La peine est portée de six (6) mois à trois (3) ans si l'attroupement a été dispersé par la force. La dégradation civique peut être prononcée comme une peine accessoire¹²¹.

Les organisateurs sont tenus pour responsables des dommages causés aux personnes et aux biens. Ils sont passibles d'une peine d'un (1) à cinq (5) ans de prison. Si, par suite d'un mot d'ordre, ils avaient projeté une manifestation, mais ne l'ont pas « décommandé » à temps, ils sont passibles, autant que les participants aux mêmes peines.¹²²

Si la manifestation au départ licite, a par la suite dégénéré en violences et dégradations, l'autorité doit donner injonction aux organisateurs de faire cesser ces violences et dégradations. Toute carence peut être susceptible de faire l'objet d'un emprisonnement d'un (1) mois à un (1) an.

120. Loi du 29 avril 1969 sur l'état d'urgence, l'état de siège et la gestion des catastrophes naturelles ou sanitaires.

121. Article 93 du Code pénal.

122. Article 98 du Code pénal.

Paragraphe 3 : Les réunions au Sénégal

La liberté de réunion est garantie dans les mêmes termes et conditions que la manifestation par l'article 8 de la Constitution du Sénégal.

La réunion est un cadre d'échanges d'idées entre citoyens et, en tant que telle, elle constitue une manifestation de la liberté d'expression. Au Sénégal, les réunions sont régies par les dispositions de la loi 78-02 du 02 janvier 1978 qui pose le principe de la liberté de réunion sous réserve toutefois du respect des dispositions des lois et règlements.

La loi de 1978 prévoit deux sortes de réunions : les réunions privées et les réunions publiques.

Les réunions privées sont celles qui se tiennent dans un lieu privé clos, ou ouvert, ou dans un lieu public dont l'accès est restreint¹²³. Sont aussi assimilées à des réunions privées celles qui comportent l'exercice d'un culte, celles des associations (sportives, culturelles ou d'étudiants) des syndicats professionnels légalement déclarés (unions ou fédération syndicale) si elles sont relatives aux activités de l'organisme, et se tiennent dans un local spécialement prévu à cette fin.

Sont également assimilées à des réunions privées, certaines réunions qui se tiennent sur la voie publique présentant un caractère coutumier ou religieux.

Les réunions publiques sont celles qui se tiennent sur la voie publique (à l'exception de celles ci-dessus désignées) ou dans un lieu privé dont l'accès est ouvert à tous, ou facilité. Il en est ainsi lorsque des cartes d'invitation distribuées s'obtiennent facilement, ou lorsqu'une publicité a été faite par voie de presse, d'affiches ou autres. Par exemple, les réunions électorales organisées par un parti politique dans le cadre d'une élection au cours de laquelle doivent être posés au public les points de vue du parti.

L'intérêt de la distinction entre réunion publique et réunion privée réside dans le fait que les réunions privées se tiennent librement sans déclaration préalable, sans autorisation spéciale sous réserve pour les organisateurs de les déclarer lorsqu'elles sont nocturnes, sont sonorisées et se tiennent au-delà des 23 heures en plein air.

En revanche, les réunions publiques même libres exigent que l'autorité soit informée préalablement des dates, heures et lieux, et des noms des organisateurs.¹²⁴ Ces informations doivent être fidèlement

123. Article 1 de la loi 78-02 du 02 janvier 1978.

124. Article 96 du Code pénal.

rapportées sous peine de poursuites judiciaires. Tomberont également sous le coup de la loi les personnes qui auront assisté à une réunion interdite, ou non déclarée ou qui auront participé à son organisation.¹²⁵

SECTION 5 : LA LIBERTÉ RELIGIEUSE

La liberté religieuse est garantie par les conventions internationales en vigueur au Sénégal telles que la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

En droit interne elle est annoncée par l'article 8 de la Constitution et garantie par l'article 24 qui précise que :

« la liberté de conscience, les libertés et les pratiques religieuses ou cultuelles, la profession d'éducateur religieux sont garanties à tous sous réserve de l'ordre public. Les institutions et les communautés religieuses ont le droit de se développer sans entrave. Elles sont dégagées de la tutelle de l'État. Elles régissent et administrent leurs affaires d'une manière autonome ».

La liberté religieuse peut être définie comme le droit reconnu à l'individu d'adhérer à la religion, ou la confession de son choix, ou de ne pas du tout adhérer à une quelconque religion ou confession.

Paragraphe 1 : Le contenu de la liberté religieuse

Elle prend en compte la liberté de conscience d'une part et d'autre part la liberté de confession et du culte. Elle débouche sur le problème de la laïcité dans ses rapports avec le pouvoir temporel.

A. La liberté de conscience

La liberté de conscience est une faculté reconnue à tout individu lui permettant d'adhérer ou de ne pas adhérer à une religion. D'une manière concrète, elle signifie que tout homme a le droit d'être croyant ou athée. Mais dès l'instant où l'individu choisit d'être religieux, il jouit d'une double liberté : celle de confession et de celle du culte.

125 . Article 97 du Code pénal.

B. La liberté de confession et la liberté du culte

D'une manière concrète quel contenu peut-on donner à ces notions ?

1. La liberté de confession

La liberté de confession est exclusivement l'affaire des individus qui ont une foi religieuse. Elle s'analyse en un droit d'embrasser la religion de son choix.

Prérogative individuelle, la liberté de confession vise à permettre à l'individu à s'épanouir dans la religion de son choix sans menacer celle des autres. Le droit lui garantit alors la liberté du culte.

2. La liberté du culte

La liberté du culte est la faculté reconnue à l'individu d'exercer en public ou en privé, individuellement ou collectivement, les pratiques et les rites correspondant à sa religion. Elle permet à l'individu seul ou en groupe d'extérioriser ses convictions, croyances et sentiments religieux et suppose que l'État admette l'exercice de tous les cultes sur son territoire et qu'il n'en favorise spécialement aucun.

La liberté religieuse pose de manière inéluctable le problème des rapports entre l'État et les religions. Ces rapports s'intègrent dans le cadre général de la laïcité de l'État.

3. La laïcité

La laïcité repose d'abord sur le principe de la séparation des pouvoirs temporels et spirituels. La séparation peut être rigide. Dans cette hypothèse, l'État ignore totalement les pouvoirs spirituels. Elle peut être souple, dans ce cas elle est alors fondée sur le régime de la « tolérance » de la part de l'État.

La laïcité est ensuite fondée sur l'idée qu'il n'y a pas une religion d'État et que le fait religieux n'est pas un fait officiel. Elle implique enfin le respect réciproque de la sphère d'action des deux (2) pouvoirs. L'État n'exerce aucune tutelle sur les communautés religieuses qui sont autonomes pour gérer leurs propres affaires en dehors de toute ingérence politique. Inversement les communautés religieuses doivent s'abstenir d'intervenir dans les affaires de l'État.

Paragraphe 2 : L'aménagement de la liberté religieuse

L'article 24 de la Constitution sénégalaise consacre la liberté religieuse telle que précisée ci-dessus. La Constitution et les lois et règlements confèrent à la liberté religieuse un régime de faveur au Sénégal dans le respect de l'ordre public : par ailleurs, la loi religieuse est enseignée librement au Sénégal.

A. Le régime en faveur de la liberté religieuse au Sénégal

L'article 3 de la loi 78/02 du 29 janvier 1978 relative aux réunions, assimile les réunions religieuses à des réunions privées. Les réunions religieuses ont un caractère privé, qu'elles se tiennent dans un lieu public ou dans un lieu privé, que l'accès soit restreint ou ouvert à tous, que les organisateurs aient fait une publicité par voie de presse, d'affiches, cartes d'invitation ou autres. Ce régime est étendu aux chants religieux, même s'ils se déroulent en plein air, de nuit et sont sonorisés ; ils se tiennent librement sous réserve d'une déclaration préalable s'ils sont sonorisés et s'ils doivent se poursuivre au-delà des vingt-trois heures.

Le Code pénal en ses articles 230 à 234 érige en infraction l'entrave à l'exercice du culte.

Nul ne peut empêcher ou forcer une personne à s'acquitter de certaines obligations découlant de la religion telles que l'observation des arrêts de travail à certains jours, ou heures : nul ne peut obliger ou empêcher quelqu'un à célébrer une fête religieuse, ou à exercer un culte. Toute menace ou voie de fait exercée en violation de ces dispositions constitue une infraction punie d'un emprisonnement d'un (1) à six (6) mois et d'une amende de 20 000 à 50 000 F¹²⁶.

De la même manière, nul n'a le droit de provoquer une interruption, un retard, un trouble, un désordre dans l'exercice d'un culte sous peine d'emprisonnement d'un (1) mois à six (6) mois, et d'une amende de 25 000 FCFA à 75 000 FCFA, si les faits se sont produits dans un lieu destiné ou servant à l'exercice du culte¹²⁷.

La profanation des lieux ou des objets de culte est également réprimée.¹²⁸ Sera aussi réprimée toute personne qui aura tenté ou

126. Article 230 du Code pénal.

127. Article 231 du Code pénal.

128. Article 232 du Code pénal.

provoqué des actes d'intolérance envers d'autres personnes de religion ou de confession différente.¹²⁹

Enfin, tombent sous le coup de la loi ceux qui auront porté des coups ou outrages sur un ministre du culte dans l'exercice de son ministère.¹³⁰

B. La nécessité du respect de l'ordre public dans l'exercice de la liberté religieuse

La liberté religieuse s'exerce conformément à l'ordre public. Les articles 179 à 184 du Code pénal répriment, les troubles apportés à l'ordre public par les ministres du culte dans l'exercice de leur ministère.

Les ministres du culte sont en outre soumis à une obligation de réserve. Il leur est interdit, sous peine d'emprisonnement de trois (3) mois à deux (2) ans, de critiquer le gouvernement dans l'exercice de leur ministère, ou en assemblée publique à l'aide de discours contenant des critiques malveillants à l'endroit du gouvernement, d'une loi, d'un décret, ou de tout autre acte émanant d'une autorité publique.¹³¹

La peine est de deux (2) à cinq (5) ans si le ministre du culte, par écrit ou discours, incite à une désobéissance directe aux lois ou tente de soulever une partie de la population contre l'autre¹³².

La peine sera portée de cinq (5) à dix (10) ans si l'écrit ou le discours a produit des effets ou donné lieu à une reddition, révolte ou désobéissance. Dans ce cas si l'une quelconque (ou plusieurs) des personnes poursuivies est condamnée à une peine plus forte, cette peine sera appliquée au ministre du culte obligatoirement.¹³³

C. L'enseignement religieux au Sénégal

Au Sénégal les communautés religieuses ont le droit de dispenser un enseignement religieux.¹³⁴

129. Article 233 bis du Code pénal.

130. Article 233 du Code pénal.

131. Article 179 du Code pénal

132. Article 180 du Code pénal.

133. *Ibidem*.

134. Article 24 de la Constitution.

L'État n'intervient pas en la matière, sauf lorsque l'ordre public est menacé. Ainsi les établissements privés qui ont une orientation confessionnelle disposent d'une autonomie interne tant sur le plan de la gestion que de l'organisation de enseignements. Ils sont dégagés de la tutelle de l'État.

Ces établissements peuvent instaurer en application de leur règlement intérieur une discipline à l'endroit des élèves. Celle-ci peut comporter un exercice périodique du culte. Mais cet exercice est facultatif et ne s'impose pas aux élèves car le respect de la liberté du culte n'est pas susceptible de dérogation, et l'autorisation des parents est requise en la matière.

SECTION 6 : LA LIBERTÉ D'ALLER ET DE VENIR

La liberté d'aller et de venir est garantie par l'article 14 de la Constitution. Elle comporte le droit pour tout citoyen de se déplacer et de s'établir librement sur toute l'étendue du territoire de la République du Sénégal ou à l'étranger dans les conditions prévues par la loi. Ce droit comporte deux aspects qui sont réglementés différemment : il s'agit du principe et des modalités de déplacement.

Paragraphe 1 : Le principe du déplacement

Il s'agit de la possibilité juridiquement reconnue à un citoyen de se rendre d'un point à un autre de territoire national. En d'autres termes, le citoyen peut aller où il veut, revenir n'importe quand et se fixer n'importe où sur le territoire national sans formalités administratives de contrôle. Ce droit implique également celui reconnu aux citoyens de quitter librement le territoire national. La liberté est la règle à ce niveau.

Toutefois la loi peut apporter des restrictions à la liberté de déplacement en aménageant différentes situations juridiques restreignant considérablement sa portée. Il en est ainsi : Du racolage sur la voie publique ; du placement sous contrôle judiciaire ; de l'interdiction de séjour ; de l'obligation de résidence suite à un sursis ou à une libération conditionnelle ; de l'état d'urgence ou de l'état de siège ou de l'état de catastrophe naturelle ou sanitaire (loi du 29 avril 1969 modifiée).

De même les déplacements à l'étranger sont soumis à un régime préventif s'appliquant au franchissement des frontières : passeport, visa d'entrée, titres de séjour.

Paragraphe 2 : Les modalités du déplacement

Elles sont relatives au problème de la circulation c'est-à-dire la possibilité de se déplacer à l'aide d'un moyen de transport sur les voies de communication. Le véhicule est le support technique du déplacement.

En raison des dangers qu'il présente pour les piétons, les usagers et même les conducteurs, le véhicule est soumis à une réglementation rigoureuse qui porte sur les conditions de son utilisation (permis de conduire, visite technique, assurance etc.) et sur l'usage des voies publiques (stationnement, circulation, arrêt, etc.).

CHAPITRE 2 : LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

SECTION PRÉLIMINAIRE : INTRODUCTION GÉNÉRALE

Paragraphe 1 : Le droit de propriété, un droit à valeur constitutionnelle

« L'homme naît avec des besoins ; il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir : il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Voilà l'origine du droit de propriété »¹³⁵. C'est un droit sacro-saint. Il fait partie de ces droits portés par la Constitution. En effet, l'importance du droit de propriété y apparaît aussi bien dans le préambule¹³⁶ que dans le corps de texte¹³⁷.

135. J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004.

136. Partie intégrante de la Constitution (cf. préambule, in fine, Loi n° 2001-03 du 22 janvier 2001, portant Constitution, JORS, numéro spécial 5963 du 22 janvier 2001, p. 27), le préambule rappelle l'adhésion du Sénégal « à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et aux instruments internationaux adoptés par l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation de l'Unité africaine, notamment la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, la Convention relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 et la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 27 juin 1981 ».

137. Article 12 de la Constitution.

« Le droit de propriété est garanti par la (présente) Constitution. Il ne peut y être porté atteinte que dans le cas de nécessité publique légalement constatée, sous réserve d'une juste et préalable indemnité. L'homme et la femme ont également le droit d'accéder à la possession et à la propriété de la terre dans les conditions déterminées par la loi »¹³⁸.

Cette consécration ne saurait cependant pas cacher l'absence de définition de la notion en droit sénégalais.

Paragraphe 2 : La définition du droit de propriété

Qu'est-ce que le droit de propriété ? Le droit sénégalais ne semble pas avoir jugé nécessaire d'apporter une réponse à une telle interrogation. Le droit français qui lui sert (ou a servi) de modèle d'inspiration considère que : *« la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements »¹³⁹*. L'article 544 du CC attire plus l'attention sur les prérogatives découlant du droit de propriété plutôt que sur sa définition. Le droit de propriété est celui qui accorde à son titulaire l'*usus*¹⁴⁰, le *fructus* et l'*abusus*. Cette acceptation subjective de la propriété cohabite avec sa dimension objective portée par l'article 545 du même Code : *« Nul ne peut être contraint de céder sa propriété »*. Avec cette disposition, la question est beaucoup plus portée, non pas sur le droit de propriété, mais sur la chose qui en est l'objet, une chose qualifiée de propriété¹⁴¹, une chose appartenant exclusivement à une personne.

Selon le doyen CARBONNIER, *« on critique toujours la définition de l'article 544 comme incomplète, parce qu'elle ne mentionnerait pas l'exclusivité comme caractère essentiel de la propriété, à côté de*

138. Article 15 de la Constitution.

139. Article 544 du CC.

140. Il a été omis par l'article 544 du CC, *« peut-être parce qu'il a semblé virtuellement contenu dans jouir »* ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome II, Paris, PUF, 2004, p. 1641.

141. R. FAIVRE-FAUCOMPRES, *« Aux origines du concept moderne de propriété : dominium et proprietas dans le droit romano-canonique »*, in N. LAURENT-BONNE, N. POSE et V. SIMON (dir.), *Les Piliers du droit civil*, Mare et Martin, 2014, p. 103.

l'absolutisme. À la vérité, ce trait est impliqué dans le mot même de la propriété »¹⁴².

Par ailleurs, en affirmant que la propriété est un droit, l'article 544 du CC prend une résonance idéologique¹⁴³. Droit subjectif, individuel et réel, le droit de propriété est un hymne à l'individu¹⁴⁴. Le propriétaire a le droit de jouir et de disposer de la chose de manière pleine et exclusive, dans les limites de l'ordonnement juridique. Même en l'absence de définition, cette conception semble avoir inspiré le droit sénégalais.

Applicable au Sénégal jusqu'en 2011¹⁴⁵, le décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation du régime de la propriété foncière en Afrique occidentale française disposait en son article 19 que : « *sont applicables aux immeubles immatriculés et aux droits réels qui s'y rapportent, d'une façon générale, les dispositions du Code civil et des lois françaises* ». L'article 544 du CC s'appliquait ainsi au Sénégal par la technique du renvoi. Aujourd'hui encore, malgré l'absence de la reprise du renvoi au Code civil et d'une réglementation sénégalaise sur certaines questions comme le régime du droit de propriété, l'individualisme innerve la matière. Certes, l'article 08 de la Constitution

142. J. CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, p. 1641.

143. Le Code civil français tient de la révolution de 1789 les traits essentiels de son idéologie à savoir la laïcité et l'individualisme. Par rapport à l'individualisme, « *expression civile de la Déclaration des droits de 1789, le Code civil apparaît comme une triple exaltation de l'égalité, de la liberté, de la volonté de l'homme* » ; cf. J. CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, p. 124. V. Sénégal, Commission de codification du droit des personnes et du droit des obligations, Comité des options sur le Code de la famille, 1966, tome I, Rapport de la séance du 15 avril 1966, p. 91, propos M. G. ARRIGHI.

144. « *L'individuel prime le social et cette primauté donnée à l'individu sur l'ordre social dans lequel il se trouve à ses meilleures manifestations dans le régime juridique des biens* » ; G.-A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre – Droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale*, Paris, ORSTOM, 1966, p. 34. Cette conception de la propriété est très discutée en France. Sur le terrain de la socialisation du droit civil, est de plus en plus proposée, une propriété définie comme une fonction sociale.

145. Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la Propriété foncière, JO n° 6607 du samedi 13 août 2011. Cette loi abroge, en son article 96, le décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation du régime de la propriété foncière en Afrique occidentale française.

sénégalaise de 1959¹⁴⁶ garantissait la propriété individuelle et collective mais cette parenthèse sera fermée en 1963. Depuis la loi n° 63-22 du 7 mars 1963 portant révision de la Constitution de la République du Sénégal, les différentes Constitutions ne font allusion qu'au droit de propriété.

Paragraphe 3 : Les formes de propriété

Malgré l'option pour un droit de propriété essentiellement individuel, une certaine propriété collective marque, de plus en plus, son empreinte. La propriété est collective lorsque le droit de propriété a pour titulaires au moins deux sujets de droit.

A. Les propriétés collectives retenues

Avec la propriété collective, plusieurs personnes sont titulaires d'un droit de propriété sur le même bien.

1. La copropriété.

La copropriété est organisée par la loi n° 88-04 du 16 juin 1988 portant statut de la copropriété des immeubles bâtis et le décret n° 2002-160 du 15 février 2002 portant application de la loi n° 88-04 du 16 juin 1988 portant statut de la copropriété des immeubles bâtis¹⁴⁷. A défaut de convention contraire créant une organisation différente, la loi de 1988 est également applicable aux ensembles immobiliers qui, outre des terrains, des aménagements et des services communs, comportent des parcelles bâties ou non faisant l'objet de droits de propriétés privés.

Chaque copropriétaire a un droit réel sur un lot composé d'une partie privative et d'une quote-part des parties communes. Le périmètre privatif est constitué des parties des bâtiments et des terrains réservés à l'usage exclusif d'un copropriétaire déterminé. Il est la propriété exclusive de chaque copropriétaire.

146. Loi n° 59-003 du 24 janvier 1959. La disposition sera reprise par l'article 12 de la loi n° 60-045 A. N. du 26 août 1960 portant révision de la Constitution de la République du Sénégal.

147. Sur la question, C. A. W. NDIAYE, *Droit sénégalais des contrats immobiliers*, L'Harmattan, 2020, pp. 77 et s.

Sont communes, les parties des bâtiments et des terrains affectés à l'usage et à l'utilité de tous les copropriétaires ou de plusieurs d'entre eux.

Un règlement conventionnel de copropriété incluant ou non l'état descriptif de division, détermine la destination des parties tant privatives que communes, ainsi que les conditions de leur jouissance. Il fixe également sous réserve des dispositions de la loi du 16 juin 1988 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, les règles relatives à l'administration des parties communes.

Le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble, telle qu'elle est définie aux actes par ses caractères ou sa situation. Les copropriétaires sont tous tenus de participer aux charges entraînées par les services collectifs et les éléments d'équipement commun en fonction de l'utilité que ces services et éléments présentent à l'égard de chaque lot et de participer aux charges relatives à la conservation, à l'entretien et à l'administration des parties communes proportionnellement aux valeurs relatives des parties privatives comprises dans leurs lots.

La collectivité des copropriétaires est constituée en un syndicat qui a la personnalité morale.

Le syndicat établit et modifie, s'il y'a lieu, le règlement de copropriété. Il est responsable des dommages causés aux copropriétaires ou aux tiers par le défaut d'entretien des parties communes sans préjudice de toutes actions récursoires.

Les décisions du syndicat sont prises en assemblée générale des copropriétaires ; leur exécution est confiée à un syndic nommé par l'assemblée générale et placé éventuellement sous le contrôle d'un conseil syndical.

2. *L'indivision*

L'indivision est la situation dans laquelle se trouvent des biens sur lesquels s'exercent des droits de même nature appartenant à plusieurs personnes. Ainsi, elle n'offre pas un droit individuel aux indivis. Elle est organisée par le Code de la famille dans ses articles 449 à 463. C'est une situation temporaire. En effet, en l'absence d'une convention expresse et sauf dispositions particulières, nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué¹⁴⁸.

148. Article 449 du CF.

Même si elle résulte le plus souvent de la loi comme c'est le cas pour les héritiers avant le partage des biens de la succession, l'indivision peut être conventionnelle. La convention d'indivision est à durée déterminée ou à durée indéterminée. Dans la première situation, sauf stipulation contraire, elle est égale à cinq (5) ans renouvelable et le partage ne peut être provoqué, sauf motif jugé légitime, avant l'expiration du délai fixé. Par contre, lorsqu'elle est à durée indéterminée, le partage peut être provoqué à tout moment pourvu qu'il ne le soit pas de mauvaise foi ou à contretemps ou contrairement aux usages.

La répartition des droits de propriété sur un bien acheté en indivision se fait conformément aux quotes-parts indiquées dans l'acte d'acquisition et non en fonction du financement¹⁴⁹.

Le plus souvent l'indivision résulte de la loi. L'administration des biens indivis peut être confiée à un ou plusieurs gérants.

Le bien indivis est la propriété de tous. Il n'empêche que chaque indivisaire a un droit privatif réglé, sauf convention contraire, par une décision des indivisaires prise à la majorité prévue à l'article 452 (2) du CF et, à défaut, par le président du tribunal statuant en référé.

Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires et avec les actes valablement passés par le gérant.

Tout indivisaire qui entend céder à titre onéreux à une personne étrangère à l'indivision, tout ou partie de sa part dans les biens indivis ou dans l'un de ces biens est tenu de notifier à ses co-indivisaires et au gérant, par acte extra judiciaire le prix et les conditions de la cession projetée (un droit de préemption est reconnu aux autres co-indivisaires).

3. *La mitoyenneté*

La mitoyenneté est organisée par les articles L46 à L49 du Code de la construction. C'est une copropriété qui s'applique aux murs ou clôtures constituant la séparation de propriétés privées.

B. La propriété collective rejetée

Le Sénégal indépendant a fait le choix d'un divorce avec sa tradition. En effet, la préférence d'une propriété individuelle s'est faite au détriment de la tradition.

149. Droit français, Cour de cassation, 10 janvier 2018, n° 16-25.190.

Dans la conception traditionnelle, la terre est nourricière et ses fruits doivent profiter à tous ceux qui la mettent en valeur¹⁵⁰. Elle appartient « à une vaste famille dont de nombreux (membres) sont morts, quelques-uns vivants et d'innombrables à naître »¹⁵¹. Ainsi, elle ne saurait faire l'objet d'appropriation individuelle¹⁵² au moins pour deux raisons.

D'une part parce qu'elle est une divinité¹⁵³ et, d'autre part, parce qu'elle constitue un bien inépuisable, qui n'est pas plus susceptible d'appropriation que ne le sont l'atmosphère ou l'océan¹⁵⁴.

Contrairement au modèle français essentiellement individualiste, l'Afrique traditionnelle est basée sur la notion de communauté¹⁵⁵ et ce qu'il est convenu d'appeler « la personnalité juridique » n'y était

150. O. KASSÉ, « Problématique de l'actualité des législations foncière et domaniale », *Revue trimestrielle de l'Amicale des Inspecteurs des Impôts et Domaines*, Édition spéciale, p. 4.

151. Discours d'un chef coutumier nigérien en 1912 devant le « *West African Lands Committee* » cité par M. DEBENE, « Regards sur le droit foncier sénégalais : Un seul droit pour deux Rêves », *RIDC*, 1986, p. 79 ; aussi, E. OLAWALE, *Nature du droit coutumier africain*, Présence africaine, Paris, Présence africaine, p. 183 ; G.-A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre – Droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale*, op. cit., p. 54 : « la terre appartient à une communauté, le canton, le village ou la famille élargie, mais jamais à un individu à titre privatif et exclusif ».

152. « La propriété est à l'africain ce que le mythe est à l'européen, l'une et l'autre sont des fictions plus ou moins savantes », M. BACHELET, « Titulaires de droits fonciers coutumiers », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique – Droit des biens*, tome V, NEF, 1982, p. 65.

153. Elle était considérée comme « une divinité génitrice dont la mission est de pourvoir aux besoins des hommes qui l'occupent » ; G.-A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre – Droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale*, op. cit., p. 9. Ainsi, en tant qu'héritage des ancêtres, la terre faisait l'objet de culte dans certaines régions. « L'homme est lié à la terre par le même lien qui le lie aux morts », in Rapport du 26^e congrès des notaires d'Afrique, Grades, 2016, p. 26.

154. M. BACHELET, « Titulaires de droits fonciers coutumiers », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique – Droit des biens*, op. cit., p. 65 : « Les Noirs considèrent avec logique que nulle personne, nulle collectivité n'ayant jamais fabriqué de la terre, seules les puissances divines peuvent l'avoir créée, comme le temps ; ainsi les dimensions spatiale et temporelle qui président à l'élaboration des pratiques juridiques au sujet de la terre trouvent leur explication rationnelle ».

155. Rapport du 26^e congrès des notaires d'Afrique, op. cit., p. 29.

reconnue qu'aux chefs de famille¹⁵⁶. L'individu, en tant que sujet de droit, ne se concevait que comme membre d'une collectivité¹⁵⁷. L'appartenance au groupe avait traditionnellement une grande importance en matière foncière. Comme dans beaucoup de pays africains, la famille et le village étaient les titulaires des droits portant sur la terre¹⁵⁸. La terre était collective. Elle était aussi inaliénable. L'inaliénabilité avait pour finalité la préservation de l'intégrité du patrimoine foncier, son maintien dans la famille et sa transmission aux générations futures¹⁵⁹.

Il faudrait cependant se garder d'en conclure l'absence de droit de propriété. Comme le souligne un auteur :

*« les oppositions d'intérêts, les prétentions contradictoires à propos d'un même objet ou d'un même droit qui surgissent à l'intérieur d'une communauté donnée (...) permettent d'affirmer que la fameuse théorie du communisme primitif, tout au moins dans sa forme systématique, ne donne qu'une vue bien approximative du régime des biens dans les sociétés négro-africaines »*¹⁶⁰.

La vérité est que le droit de propriété ne peut découler ici que d'un travail créateur. Ainsi, c'est ce qui existe naturellement sans ce travail créateur qui ne peut faire l'objet de droits exclusifs au profit d'une personne. Si la terre est donc exclue du commerce, il en était autrement de ce qu'elle porte et qui est le fait du travail de l'homme.

Outre la terre, la propriété individuelle se concevait aussi naturellement en matière mobilière.

156. J. POIRIER, « L'originalité des droits coutumiers de l'Afrique noire, Droits de l'antiquité et sociologie juridique », in *Droits de l'antiquité et sociologie juridique – Mélanges H. Levy-Bruhl*, Sirey, 1959, p. 489.

157. Cf. G. KOUASSIGAN, « Culture, famille et développement », *R.S.D.*, 1977, n° 21, p. 103.

158. G.-A. KOUASSIGAN, « La nature juridique des droits fonciers coutumiers », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique – Droit des biens*, *op. cit.*, p. 49.

159. G.-A. KOUASSIGAN, « La nature juridique des droits fonciers coutumiers », *op. cit.*, p. 50.

160. G.-A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre – Droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale*, *op. cit.*, p. 9.

Paragraphe 4 : L'Objet du droit de propriété

Le droit de propriété peut porter sur des meubles ou sur des immeubles.

Le critère de la distinction entre meuble et immeuble consiste, en principe, en la mobilité ou en l'immobilité physique du bien. C'est peut-être ce qui a poussé CARNELUTTI¹⁶¹ à considérer comme choses meubles celles dont l'utilité dépend, et choses immeubles celles dont l'utilité ne dépend pas, de leur mouvement.

Mais encore faudrait-il que le meuble ou l'immeuble soit dans le commerce juridique. En effet, certaines choses ne peuvent pas, en principe, faire l'objet d'appropriation. Il en est ainsi du corps humain¹⁶² et des choses communes (la lumière, l'air, la mer, etc.).

A. Les meubles

En droit sénégalais, il n'existe pas de dispositions particulières classant les meubles encore moins une définition du meuble par nature. Pour le droit français qui nous sert de source d'inspiration et qui était applicable au Sénégal¹⁶³, « *les biens sont meubles par leur nature ou par la détermination de la loi* »¹⁶⁴. Il faut ajouter une troisième catégorie, créée par la jurisprudence française : les meubles par anticipation.

Aux termes des dispositions de l'article 528 du CC, « *sont meubles par leur nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter*

161. *Teoria generale del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2^e édition, 1999, n° 53.

162. Il est, cependant, à noter que l'indisponibilité du corps humain semble aujourd'hui être « *un axiome quasi mort-né de la science juridique en Occident* » ; E. S. NDIAYE, « L'envers du droit de la bioéthique en gestation au Sénégal : le corps humain saisi par le Droit », in N. DIOUF et al. (dir.), *Le droit africain à la quête de son identité - Mélanges offerts au Professeur I. Y. Ndiaye*, L'Harmattan, 2021, p. 825. Pour le cas du Sénégal, l'article 6 de la loi n° 2015-22 du 08 décembre 2015 relative au don, prélèvement et à la transplantation d'organes et aux greffes de tissus humains (JO n° 6896 du jeudi 17 décembre 2015) dispose que « *le don d'un organe ou de tissus humains est gratuit et ne peut, en aucun cas, et sous aucune forme, faire l'objet d'une transaction* ».

163. Sur l'application du français, C. A. W. NDIAYE, *La jurisprudence sénégalaise en matière immobilière*, L'Harmattan, 2020, pp. 127 et s.

164. Article 527 du CC.

d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère ».

Les meubles par détermination de la loi concernent les droits et actions qui ne portent pas sur un immeuble. Par contre, un meuble par anticipation est un immeuble par nature considérés comme meuble car il est destiné à l'être ; c'est une anticipation sur sa nature future.

B. Les immeubles

Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent.

En droit sénégalais, les immeubles obéissent à une certaine particularité. Ils traduisent un droit de compromis entre la tradition et la modernité. En effet, le droit sénégalais enregistre deux catégories d'immeuble. D'une part, il y a les immeubles immatriculés qui obéissent au régime du livre foncier et, d'autre part, les immeubles non immatriculés.

Le régime du livre foncier a été introduit au Sénégal par un décret du 20 juillet 1900¹⁶⁵. Cependant, les dispositions de ce décret n'ont pratiquement jamais été appliquées. Le véritable début de l'immatriculation en AOF date du décret du 24 juillet 1906 portant organisation du régime de la propriété dans les colonies et territoires relevant du gouvernement général de l'AOF. Le décret de 1932 est venu modifier ce décret et a instauré définitivement le système de l'immatriculation des terres et des livres fonciers¹⁶⁶. Il a installé dans les colonies la notion de terre, un bien, mais aussi, de propriété individuelle.

Le décret de 1932 qui était appliqué au Sénégal malgré l'indépendance en 1960¹⁶⁷, est aujourd'hui abrogé et remplacé par la loi

165. En France, nous avons le système de la publicité foncière, sauf pour Alsace Moselle. Ce système consacre le principe de l'enregistrement des actes. Les transferts, constitution ou extinction de droits réels immobiliers dépendent de la seule volonté des parties. Le système de publicité foncière a un effet déclaratif par opposition aux systèmes dits « constitutifs », les systèmes du livre foncier. La différence est ici de nature. Alors que le premier dissocie les effets attachés au transfert de propriété de ceux de sa publication, les seconds tendent à subordonner l'un à l'autre.

166. V. exposé des motifs de la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière, JO n° 6607 du samedi 13 août 2011.

167. Sur la question, C. A. W. NDIAYE, *La jurisprudence sénégalaise en matière immobilière*, op. cit., pp. 127 et s.

n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la Propriété foncière¹⁶⁸, qui, en réalité, n'en n'a fait que le toilettage. En d'autres termes, elle est le siège d'un « *travail d'ordonnement (...) accompagné d'une toilette (d'un toilettage) du texte ancien pour en supprimer les parties entachées d'anachronisme. Ainsi toutes les références au statut colonial sont supprimées tant au niveau des institutions que des personnes et des biens fonciers* »¹⁶⁹. En abrogeant, par son article 96, le décret de 1932, la loi de 2011 interdit désormais toute référence au droit français. Contrairement aux propos de certains auteurs¹⁷⁰, le Code civil ne s'applique plus en droit sénégalais, du moins en matière immobilière. C'est l'article 19 du décret de 1932 qui permettait la survivance du droit français concernant les « *immeubles immatriculés et aux droits réels qui s'y rapportent* ». Or, outre l'article 96, l'article 18 de la loi de 2011 qui remplace l'article 19 du décret de 1932 dispose : « *sont applicables aux immeubles et aux droits réels qui s'y rapportent, d'une manière générale, les dispositions des lois et règlements en vigueur* ». Par l'absence de la reprise du renvoi au Code civil et d'une réglementation sénégalaise sur certaines questions comme le régime du droit de propriété, le juge sénégalais est invité à combler le vide, à faire œuvre prétorienne. Mais, dans tous les cas, il n'a plus le droit d'appliquer le Code civil. En effet, comme en dispose l'article 2 de la loi n° 2014-26 du 03 novembre 2014¹⁷¹ fixant l'organisation judiciaire¹⁷² « *les juridictions appliques, pour toutes les matières, la loi et les règlements en vigueur ainsi que, s'il en existe en ces matières, les usages qui ne sont pas contraires à la loi* ».

Avec le système du livre foncier, dit encore régime de l'immatriculation, la terre ne devient un bien au sens juridique, n'entre dans le commerce, que si elle est immatriculée. L'immatriculation a pour objet de placer un immeuble sous l'empire du régime foncier.

L'immatriculation est facultative¹⁷³. Elle est obligatoire seulement, pour la validité des conventions constituant, modifiant ou transférant

168. JO n° 6607 du samedi 13 août 2011.

169. V. exposé des motifs de la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011, *op. cit.*

170. F. ZEITOUN, *Le droit immobilier au Sénégal*, L'Harmattan, 2015, p. 81.

171. Abrogeant et remplaçant la loi n° 84-19 du 02 février 1984.

172. JO n° 6818 du 10 novembre 2014.

173. Article 5 de la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011, *op. cit.*

un des droits énumérés à l'article 19 de la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière¹⁷⁴.

Sont ainsi exclues du commerce, les terres sous le joug de la loi de 1964 sur le domaine national. En effet, cette loi est un creuset où se retrouvent seulement des terres qui ne sont pas immatriculées.

SECTION 1 : LES PROPRIÉTAIRES

Peuvent acquérir la qualité de propriétaire, les sujets de droit. Le propriétaire peut ainsi être une personne physique mais aussi une personne morale de droit public ou de droit privé.

Aux termes des dispositions de l'article 1^{er} du CF, « *la personnalité commence à la naissance et cesse au décès. Cependant l'enfant peut acquérir des droits du jour de sa conception s'il naît vivant* ». L'enfant conçu au moment de la donation ou à l'époque du décès du testateur est capable de recevoir à titre gratuit, entre vifs ou par testament¹⁷⁵. Cependant, la donation ou le testament n'ont d'effet qu'autant que l'enfant est né vivant.

Ne peuvent aucunement recevoir à titre gratuit les personnes qui ne sont ni déterminées, ni déterminables¹⁷⁶. En outre, la loi interdit de faire des libéralités à des personnes condamnées à une peine afflictive et infamante perpétuelle (si ce n'est pour cause d'aliments et dans la limite de leurs besoins), les congrégations religieuses et les associations religieuses non autorisées¹⁷⁷.

174. Article 19 de la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011, *op. cit.* : Sont notamment susceptibles d'inscription aux livres fonciers :

a) Les droits réels immobiliers suivants :

1) la propriété des biens immeubles ; 2) l'usufruit des mêmes biens ; 3) les droits d'usage et d'habitation ; 4) l'emphytéose ; 5) le droit de superficie ; 6) les servitudes et services fonciers ; 7) les privilèges et hypothèques.

b) Les actions qui tendent à revendiquer ces droits réels.

175. Article 667 du CF.

176. Article 668 du CF. Le texte précise par ailleurs qu'est considérée comme faite au profit de bénéficiaires déterminés l'assurance sur la vie souscrite par le contractant au profit soit de ses enfants et descendants nés ou à naître soit de ses héritiers, sans indication de nom.

177. Article 669 et 670 du CF ; C. A. W. NDIAYE, « L'écrit dans le Code de la famille du Sénégal », *Annales Africaines*, Nouvelle série, vol. 1, 2014, pp. 119 et s.

Paragraphe 1 : Les personnes publiques

A. L'État

Les biens de l'État sont organisés par la loi 76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'État. Ils sont regroupés dans le domaine de l'État constitué d'un domaine public et d'un domaine privé. Si les biens du domaine privé peuvent faire l'objet d'une appropriation privée ceux du domaine public, en raison de leur nature ou de la destination qui leur est donnée, ne sont pas susceptibles d'appropriation privée¹⁷⁸.

1. Le domaine privé de l'État

Le domaine privé de l'État se compose de biens meubles et immeubles. Entrent notamment dans le domaine privé¹⁷⁹ :

- Les biens et droits mobiliers et immobiliers acquis par l'État à titre gratuit ou onéreux selon les modes du droit commun.
- Les dons et legs faits à l'État sont acceptés par décret¹⁸⁰ ;
- Les immeubles acquis par l'État par voie d'expropriation ;
- Les immeubles immatriculés au nom de l'État ;
- Les immeubles préemptés par l'État ;
- Les immeubles dont la confiscation est prononcée au profit de l'État. En application des dispositions des articles 30, 31 et 32 du Code pénal, les biens des personnes condamnées pour un crime ou délit prévu aux articles 56, 57, 58, 59, 79, 80, 82, 152, 153, 158, 160 et 161 du même Code peuvent être confisqués au profit de l'État suivant les modalités fixées par lesdits articles 30, 31 et 32 ;
- Les immeubles abandonnés. La prescription ne pouvant, en aucun cas, constituer un mode d'acquisition de droits réels sur des immeubles immatriculés ou de libération des charges grevant

178. Au même titre que l'État, les collectivités locales ont un domaine public et un domaine privé composé de biens meubles et immeubles acquis à titre onéreux ou gratuit ; Article 13 de la loi n° 2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code général des Collectivités locales.

179. Article 21 de la loi 76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'État.

180. Article 26, *Ibid.*

les mêmes immeubles, l'usucapion n'est pas reconnue en droit sénégalais. Ainsi, un immeuble immatriculé abandonné pendant trente années consécutives par ses propriétaires ou occupants légitimes est considéré comme vacant et incorporé au domaine de l'État dans les formes et conditions fixées par décret¹⁸¹.

- Après immatriculation, le cas échéant, les portions du domaine public déclassées ;
- Les biens vacants et sans maître.

Le domaine privé immobilier se divise en domaine affecté et en domaine non affecté.

Le domaine privé affecté comprend les immeubles mis gratuitement à la disposition des services de l'État pour leur permettre d'assurer leur fonctionnement. C'est le cas notamment des bâtiments administratifs, des écoles, des hôpitaux. On a aussi les immeubles affectés aux établissements publics à caractère administratif tel les Universités, la RTS, le COUD, le théâtre SORANO et le Grand théâtre.

Le domaine privé non affecté comprend les immeubles à usage exclusif d'habitation attribués à des particuliers qui les occupent à titre gratuit ou onéreux (c'est par exemple les logements de fonctions), les terrains bâtis ou non bâtis, qui vont être mis à la disposition des particuliers. En effet, ce sont ces immeubles qui peuvent faire l'objet d'autorisations d'occuper à titre précaire et révocable, de baux ordinaires,

181. Article 33 de la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011, *op. cit.* Le droit sénégalais ne connaît pas la prescription acquisitive au profit du possesseur. La possession d'un droit réel est le fait de se comporter comme le véritable titulaire de ce droit, alors qu'il se peut qu'on ne le soit pas ; C. LARROUMET, *Droit civil ; Les biens - Droits réels principaux*, tome II, Economica, p. 41. Que le possesseur soit de mauvaise foi (exemple un usurpateur), ou de bonne foi (par exemple il pense être le véritable titulaire du droit qu'il a acquis), l'écoulement d'un délai, aussi long soit-il, ne lui accorde pas véritablement le titre contrairement au droit français. Avec l'article 2262 du CC : « *Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi* ». Le possesseur de bonne foi d'un immeuble pourra, si d'autres conditions sont remplies, acquérir le droit possédé dans un temps moins long. « *Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la cour d'appel dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé ; et par vingt ans, s'il est domicilié hors dudit ressort* » selon l'article 2265 Code civil.

de baux emphytéotiques, de concessions du droit de superficie et de vente¹⁸². Cette dernière doit être autorisée par une loi¹⁸³.

2. Le domaine public de l'État

Le domaine public comprend les immeubles, immatriculés ou non, naturels ou artificiels, affectés à l'usage ou à la défense de tous ainsi que les biens constituant ou recelant une richesse nationale (eau, substances minérales, hydrocarbures etc.). Il est alors subdivisé en domaine public naturel et domaine public artificiel.

Le domaine public naturel est constitué du domaine public maritime, du domaine public fluvial, le sous-sol et l'espace aérien. Le domaine public maritime est constitué par les mers intérieures, les rivages de la mer ainsi que la zone des cents (100) mètres.

Sont du domaine public artificiel, tout ce qui est créé par l'Homme, appartient à l'État et répond à un souci de service public. Il comprend le domaine public de la circulation, le domaine public monumental, la défense nationale et le domaine public mobilier. On y trouve alors, les emprises des routes, les chemins de fer, les gares routières et les voies de communication de toute nature avec les dépendances nécessaires à leur exploitation, es ports maritimes et fluviaux, les aérodromes et aéroports, les conduites d'eau et d'égouts, les lignes électriques, les lignes téléphoniques, les ouvrages militaires de défense terrestre, maritime ou aérienne avec leurs dépendances, les objets d'art et collections affectés aux musées nationaux, les halles et marchés.

L'utilité des biens du domaine public justifie leur protection. Ainsi ces biens sont inaliénables et imprescriptibles¹⁸⁴. Néanmoins, l'inaliénabilité est à tempérer. En effet, l'État peut les déclasser. Le déclassement consiste à faire sortir le bien du domaine public. Avec

182. Article 37 du Code du domaine de l'État. Pour une étude approfondie, C. A. W. NDIAYE, *Droit sénégalais des contrats immobiliers*, *op. cit.*, p. 37.

183. Article 41 du Code du domaine de l'État. À noter cependant, sur le fondement du même texte, que la vente aux établissements publics et aux sociétés d'économie mixte spécialement créés en vue du développement de l'habitat, des terrains nécessaires à la réalisation de leurs programmes de construction approuvés est autorisée par décret.

184. Article 9 du Code du domaine de l'État.

cet acte¹⁸⁵, les immeubles immatriculés entrent dans le domaine privé, et ceux non immatriculés dans le domaine national. L'immeuble déclassé incorporé au domaine national peut faire l'objet d'une réquisition d'immatriculation au nom de l'État sans formalités préalables.

Seules peuvent faire l'objet d'un déclassement les dépendances du domaine public artificiel, la zone de cent mètres de large en bordure du rivage de la mer, la zone de vingt-cinq mètres de large en bordure des rives des cours d'eau navigables ou flottables, lacs, étangs et mares permanents et la zone de dix mètres de large en bordure des rives des cours d'eau non navigables ni flottables.

Le domaine public peut faire l'objet de permissions de voirie, d'autorisation d'occuper, de concessions et d'autorisations d'exploitation¹⁸⁶.

Il ressort des articles 11 et 13 du Code du domaine de l'État que l'autorisation d'occuper le domaine public est un titre personnel, essentiellement précaire et révocable que l'autorité administrative peut, à tout moment, remettre en cause pour un motif légitime.

Le permissionnaire ou le bénéficiaire de l'autorisation d'occuper peut, à tout moment, renoncer au permis ou à l'autorisation qui lui a été accordée moyennant le paiement des redevances échues et en délaissant l'immeuble dans l'état où il se trouve si la remise en état des lieux ne lui est pas imposée. Si la remise en état des lieux est imposée, l'État peut, en cas de carence du permissionnaire ou du bénéficiaire de l'autorisation, exécuter les travaux nécessaires aux frais de celui-ci.

Réservées aux installations ayant un caractère d'intérêt général, les concessions et autorisations d'exploitation sont accordées de gré à gré ou par adjudication pour une durée déterminée ou non, aux clauses et conditions fixées dans chaque cas.

B. Les collectivités territoriales

Dès son accession à la souveraineté internationale, le Sénégal a opté pour une politique de décentralisation prudente, progressive et irréversible. L'objectif majeur est d'organiser le pays en territoires viables, compétitifs et porteurs de développement durable.

185. Si un arrêté du Ministre chargé des domaines suffit pour classer un immeuble dans le domaine public, l'acte de déclassement est pris par décret du Président de la République.

186. Article 11 du Code du domaine de l'État.

Composées du département et de la commune, les collectivités territoriales sont aujourd'hui gouvernées par la loi n° 2013-10 du 28 décembre 2013 Portant Code général des Collectivités locales. Elles ont un domaine public et privé composé de biens meubles et immeubles acquis à titre onéreux ou gratuit¹⁸⁷.

L'État peut transférer à une collectivité territoriale la gestion d'une partie de son domaine public. Il peut également cogérer avec une collectivité ou lui affecter ou céder, à titre onéreux ou gratuit, des biens de son domaine privé se trouvant dans le ressort territorial de celle-ci. Pour des motifs d'intérêt général, l'État se réserve le droit de reprendre tout ou partie de ces biens à charge d'en rembourser les impenses conformément aux lois et règlements. La vente des biens appartenant aux collectivités territoriales est assujettie aux mêmes règles que celles des biens appartenant à l'État¹⁸⁸.

Le maire est le représentant de la collectivité territoriale¹⁸⁹. À ce titre, il est chargé, sous le contrôle du conseil municipal, entre autres, de souscrire les marchés, de passer les baux des biens et les adjudications des travaux communaux selon les règles établies par les lois et règlements et de passer, selon les mêmes règles, les actes de vente, d'échange, de partage, d'acceptation de dons ou legs, d'acquisition, de transaction, lorsque ces actes ont été autorisés par le conseil municipal.

Paragraphe 2 : La nation – le peuple

Le droit sénégalais enregistre deux propriétaires singuliers que sont la nation et le peuple. Ces deux notions ne sont-elles pas substituables ? Une certaine doctrine publiciste les opposent. Pour CARRE DE MALBERG, par une opposition de la pensée de l'abbé SIEYES et celle de J.-J. ROUSSEAU, la nation serait « *une entité abstraite et indivisible : la souveraineté appartient en bloc à tous les membres de la nation qui ne sauraient l'exercer directement et qui s'en remettent à des représentants. En revanche, le peuple, d'après Rousseau, serait une entité concrète et divisible : le souveraineté est fragmentée entre les membres* »¹⁹⁰ ; c'est une souveraineté populaire qui conduit à la démocratie directe avec le référendum comme instrument

187. Article 13 du Code général des collectivités territoriales.

188. Article 218 du Code général des collectivités territoriales.

189. Article 106 du Code général des collectivités territoriales.

190. J. BOUDON, *Manuel de droit constitutionnel*, tome I, PUF, 2015, p. 59.

privilegié au détriment de la représentation. Cette distinction n'est-elle pas une complication inutile ?

Après avoir déclaré que « *le peuple du Sénégal est souverain* », la Constitution proclame « *l'inaltérabilité de la souveraineté nationale qui s'exprime à travers des procédures et consultations transparentes et démocratiques* »¹⁹¹. Si « *le principe de la République du Sénégal est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple* »¹⁹² et que « *la souveraineté nationale appartient au peuple sénégalais qui l'exerce par ses représentants ou par la voie du référendum* »¹⁹³, en quoi la nation serait-elle différente du peuple ? Pourtant, le droit sénégalais semble les appréhender différemment.

A. La nation, le propriétaire des terres du domaine national

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi n°64-46 du 17 juin 1964 relative au domaine national, le domaine national est constitué de plein droit par toutes les terres non classées dans le domaine public, non immatriculées (au nom des personnes de droit privé ou de public) ou dont la propriété n'a pas été transcrite à la conservation des hypothèques à la date d'entrée en vigueur de la loi. Le domaine national est ainsi le statut de droit commun auquel seront soumises les terres qui ne peuvent être expressément rattachées à une autre catégorie.

Selon J. CHABAS, le domaine national est

*« détenu par l'État qui, bien que les textes ne le disent pas ouvertement, en est en réalité propriétaire car tel est bien l'esprit de la loi qui, d'une part, réserve les droits de ceux qui pourraient se réclamer d'un droit de propriété non encore juridiquement établi lorsqu'ils se manifestent par une emprise légitime et, d'autre part, déclare que seul l'État pourra faire immatriculer à son nom les biens faisant partie du domaine national »*¹⁹⁴.

191. Cf. Préambule de la Constitution sénégalaise.

192. Article 1^{ier} in fine de la Constitution du Sénégal.

193. Article 3 de la Constitution sénégalaise.

194. J. CHABAS, *La propriété foncière en Afrique noire*, Juris-classeur civil-annexe, Paris, Librairies Techniques, 1957, fasc. 17, p. 54

L'opinion de J. CHABAS n'est cependant pas partagée par tous les auteurs. En effet, pour certains comme V. GASSE, l'État n'est pas propriétaire des terres du domaine national, il reprend juste les fonctions traditionnelles de « *maîtres de la terre* » (les *lamanes* de la tradition sénégalaise) pour les adapter aux nécessités du développement¹⁹⁵. Cette dernière opinion nous semble plus conforme à la lettre et à l'esprit de la loi¹⁹⁶ qui considèrent que « *l'État détient les terres du domaine national* » en ce sens que la détention n'est pas la propriété. Comme le souligne M. N. MBAYE, l'État « *jouit d'une simple détention* » sur le domaine national et « *même si dans le langage courant, détention, possession et propriété sont des synonymes, le droit des biens, lui, opère une distinction entre les trois notions* »¹⁹⁷.

Le domaine national est la propriété de toute la Nation¹⁹⁸. Il n'est donc pas constitué de « biens » mais de choses non appropriables¹⁹⁹. Il est vrai que la nation n'a pas la personnalité juridique. D'aucuns pourraient alors penser incohérent qu'elle puisse être un propriétaire. Toutefois, l'évolution du droit ne va-t-elle pas vers la reconnaissance d'entités sans personnalité juridique dotées de patrimoines ?²⁰⁰.

L'article 4 de la loi de 1964 répartit les terres du domaine national en quatre zones selon leurs vocations respectives.

D'abord, il y a les zones urbaines. Elles sont constituées par les terres du domaine national situées sur le territoire des communes.

195. V. GASSE, *Les régimes fonciers africains et malgaches : évolution depuis l'indépendance*, LGDJ, 1971, p. 39.

196. Article 2 de la loi n° 64-46 du 17 juillet 1964.

197. La possession peut se définir comme le fait pour une personne d'effectuer des actes matériels sur une chose, correspondant aux prérogatives d'un droit réel, comme si elle était titulaire de ce droit, alors qu'elle ne l'est pas forcément. La détention est un droit que l'on a sur la chose d'autrui que l'on entre ses mains pour un temps limité et déterminé, la chose devant être restituée. Quant au droit de propriété, c'est le droit de jouir et de disposer de la chose de la manière la plus absolue dans les limites fixées par les lois et règlements. M. N. MBAYE, « Les transactions immobilières au Sénégal », in *De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de P.-G. Pougoue*, Wolters Kluwers, 2013, pp. 541 et s.

198. A. S. SIDIBÉ, « Domaine national, la loi et le projet de réforme », *La Revue du Conseil Economique et Social*, n° 2, 1997, p. 55-65.

199. M. CAVERIVIÈRE, « Incertitudes et devenir du droit foncier sénégalais », *RIDC*, vol. 38 n° 1, 1986, p. 95.

200. Pour une étude approfondie, C. A. W. NDIAYE, *Droit sénégalais des contrats immobiliers*, *op. cit.*, pp. 68 et s.

Ensuite, nous avons les zones des terroirs. Le terroir est constitué par un ensemble homogène de terres du domaine national nécessaires au développement de la population du ou des villages qui y sont implantés, y ayant des intérêts ruraux communs. Il comprend, autant que possible, les terres de culture, de jachère et de parcours et les boisements régulièrement utilisés par le ou les villages qu'il couvre, ainsi que des terres en friche jugées nécessaires à son extension²⁰¹.

Enfin, il y a les zones classées constituées par les zones à vocation forestière²⁰² ou les zones de protection ayant fait l'objet d'un classement et les zones pionnières correspondent aux autres terres.

L'une des critiques majeures portée à la loi de 1964 est relative aux droits qu'elle reconnaît aux particuliers²⁰³. Elle n'accorde pas de droits réels mais un permis d'exploiter ou un droit d'usage²⁰⁴. Le permis d'exploiter est délivré pour l'utilisation des terres du domaine national à vocation agricole situées dans les zones urbaines. Par contre, le droit d'usage est accordé sur des parcelles dans les zones des terroirs à des personnes chargées d'en assurer la mise en valeur et de les exploiter.

Seul l'État peut requérir l'immatriculation des immeubles du domaine national aux livres fonciers. Cette opération a pour finalité d'intégrer l'immeuble dans le domaine privé de l'État permettant, par la même occasion, qu'il puisse faire l'objet de transactions.

B. Le peuple, le propriétaire des ressources naturelles

Aux termes des dispositions de l'article 25-1 de la Constitution, « *les ressources naturelles appartiennent au peuple* ».

201. Article 1 et 2 du décret n° 64-573 du 30 juillet 1964 fixant les conditions d'application de la loi n° 64-46 du 17 juin 1964 relative au domaine national.

202. Avec la loi n° 98-03 du 08 janvier 1998 portant Code forestier et le décret 98-164 du 20 février 1998, les zones à vocation forestière sont désormais classées par le Code forestier dans le domaine de l'État pour ce qui est du droit de les exploiter.

203. C. A. W. NDIAYE, « La loi sur le domaine national, au-delà des critiques », in N. DIOUF et al. (dir.), *Le droit africain à la quête de son identité - Mélanges offerts au Professeur I. Y. Ndiaye, op. cit.*, pp. 787 et s.

204. Ces droits sont attachés à la personne de leur titulaire et par voie de conséquence souffrent d'une indisponibilité largement entendue. En effet, *intuitu personae*, ils ne peuvent être cédés, transmis ou donnés en garantie. C'est la grande originalité apportée par la loi de 1964. Ni l'État, ni les occupants ne sont propriétaires des terres.

Le droit consacré par l'article 25-1 de la Constitution peut (doit ?) se lire en corrélation avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Aux termes des dispositions de l'article 21 de cette Charte,

« Les peuples ont la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. Ce droit s'exerce dans l'intérêt exclusif des populations. En aucun cas, un peuple ne peut en être privé. En cas de spoliation, le peuple spolié a droit à la légitime récupération de ses biens ainsi qu'à une indemnisation adéquate. La libre disposition des richesses et des ressources naturelles s'exerce sans préjudice de l'obligation de promouvoir une coopération économique internationale fondée sur le respect mutuel, l'échange équitable, et les principes du droit international. Les États parties à la présente Charte s'engagent, tant individuellement que collectivement, à exercer le droit de libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, en vue de renforcer l'unité et la solidarité africaines. Les États, parties à la présente Charte, s'engagent à éliminer toutes les formes d'exploitation économique étrangère, notamment celle qui est pratiquée par des monopoles internationaux, afin de permettre à la population de chaque pays de bénéficier pleinement des avantages provenant de ses ressources nationales ».

Si l'adoption de l'article 25-1 peut trouver des réponses dans les découvertes récentes de pétrole et de gaz au Sénégal, elle n'en demeure pas moins susciter des interrogations. En effet, le sous-sol et les eaux appartiennent au domaine public naturel de l'État depuis 1976²⁰⁵. Qu'est-ce qui fonde l'évolution ? Propriétaire des ressources naturelles, le peuple sera-t-il consulté pour chaque acte d'exploitation ou de gestion ? En d'autres termes, la gestion des ressources naturelles se fera-t-elle par des referendums ? Reconnaît-on désormais en droit sénégalais le droit pour chaque citoyen de pouvoir saisir le juge s'il estime que les ressources naturelles sont mal gérées ?

En disposant que *« l'exploitation et la gestion des ressources naturelles doivent se faire dans la transparence et de façon à générer une croissance économique, à promouvoir le bien-être de la population en général et à être écologiquement durables »*, l'article 25-1 (2)

205. Article 5 du Code du domaine de l'État.

de la Constitution n'apporte pas de réponse sur les acteurs. Ce silence traduit-il un oubli, un renvoi ou une délégation de compétence à l'État ?

Il résulte des dispositions de l'article 5 du Code pétrolier que :

« tous les gisements ou accumulations naturelles d'hydrocarbures sur le territoire de la République du Sénégal sont la propriété du peuple sénégalais. L'État en assure la gestion et la valorisation dans les conditions prévues par le présent Code ».

De propriétaire, l'État devient gérant. Ainsi, sur le principe, sans conteste, l'article 25-1 de la Constitution est une évolution. Cependant, la pertinence mérite d'être discutée. Une certaine cacophonie semble même être installée en droit sénégalais. En effet, adopté sept (07) mois après l'article 25-1 de la Constitution²⁰⁶, le Code minier dispose en son article 3 que *« les substances minérales contenues dans le sol et le sous-sol du territoire, ses eaux territoriales et son plateau continental sont la propriété de l'État »*²⁰⁷.

Il peut être pensé que l'article 25-1 s'inscrit dans la logique de la loi de 1964 sur le domaine national qui fait de la nation le propriétaire de l'essentiel des terres du Sénégal. Mais encore faudrait-il que cette ambition soit précisée et accompagnée.

Paragraphe 3 : Les personnes privées

Au même titre que les personnes publiques, les personnes privées (personne physique et personne morale) peuvent acquérir la qualité de propriétaire de biens meubles ou de biens immeubles²⁰⁸. En matière immobilière, un droit réel ne peut porter que sur des immeubles immatriculés²⁰⁹.

206. L'article 25-1 est le fruit de la loi constitutionnelle n° 2016-10 du 05 avril 2016 portant révision de la Constitution.

207. Loi n° 2016-32 du 08 novembre 2016.

208. L'article 15 de la Constitution rappelle que *« l'homme et la femme ont également le droit d'accéder à la possession et à la propriété de la terre dans les conditions déterminées par la loi ».*

209. Article 380 du COCC.

A. L'acquisition contractuelle du droit de propriété

Les parties peuvent par contrat s'obliger à transférer la propriété d'une chose. L'acquéreur devient propriétaire lorsque son auteur avait le droit de propriété²¹⁰.

L'acquisition par des personnes privées est organisée au Sénégal, principalement, par le Code des obligations civiles et commerciales, le Code de la construction²¹¹, l'Acte uniforme OHADA portant sur le droit commercial général²¹² et celui relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique²¹³, le Code de la famille²¹⁴.

En matière mobilière, l'acquéreur de la chose d'autrui en devient propriétaire lorsqu'il l'a reçue de bonne foi²¹⁵. Le propriétaire de la chose perdue ou volée peut néanmoins la revendiquer dans le délai de trois (3) ans à compter du jour de la perte ou du vol. Lorsque la chose perdue ou volée a été achetée dans le commerce ou dans une vente publique, le propriétaire doit en restituer le prix à l'acquéreur.

Au Sénégal, le transfert de propriété ne s'opère pas automatiquement par l'échange de consentements.

Pour les meubles, la qualité de propriétaire s'acquiert à la délivrance de la chose objet du contrat. Le créancier acquiert le droit sur la chose au moment de la délivrance, sauf volonté contraire des parties et sous réserve des dispositions particulières à la propriété foncière et aux meubles immatriculés²¹⁶.

Relativement à l'acquisition du droit réel immobilier, elle résulte de la mention au titre foncier du nom du nouveau titulaire du droit²¹⁷. Le contrat doit, à peine de nullité absolue, être passé par devant un notaire territorialement compétent sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires²¹⁸.

210. Article 261 du COCC.

211. Il organise, entre autres, la vente en l'état futur d'achèvement, la vente à terme.

212. Il organise la vente commerciale, le fonds de commerce, etc.

213. Il organise les apports en sociétés, la transmission des titres sociaux, certains contrats avec la société, entre autres.

214. Il organise, entre autres, le contrat de donation.

215. Article 262 du COCC.

216. Article 5 du COCC.

217. Article 381 du COCC. Sur la question, C. A. W. NDIAYE, *La jurisprudence sénégalaise en matière immobilière*, op. cit., pp. 13 et s.

218. Article 383 du COCC.

Le débat s'est posé par rapport à la vente immobilière sur la question des actes qui devaient être passés devant notaire. De façon plus précise, la question était de savoir si, outre le contrat définitif de vente d'immeuble, les avant-contrats devaient être passés devant notaire. Au début, la jurisprudence considérait que

*« tant la promesse de vente que le contrat définitif ayant pour objet la vente d'un immeuble immatriculé au livre foncier doivent être établis obligatoirement par un notaire »*²¹⁹. Mais un revirement jurisprudentiel semble être opéré. Depuis 2012, la jurisprudence considère qu'*« aucune forme particulière n'est exigée pour la validité de la promesse synallagmatique de contrat ou avant contrat qu'il faut distinguer du contrat »*²²⁰.

Désormais, seul le contrat définitif de vente immobilière doit être sous la forme authentique²²¹.

Lorsque l'avant-contrat n'est pas un acte authentique, l'acquéreur peut bénéficier d'un délai de réflexion. Tout acte sous seing privé ayant pour objet l'acquisition ou la construction d'un immeuble neuf d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles neufs d'habitation, les

219. Cs., 2ème ch. civ. et com., 04 juin 1993, arrêt n° 107, *EDJA* n° 24, janv. - mars 1995, note A. Cisse ; Cs., ch. civ. et com., 16 janvier 2008, arrêt n° 21, *Youssou Seck c. SNR*, Bull n° 16. Dans le même sens, Cs., ch. civ. et com., 05 déc. 2007, arrêt n° 121, *Amadou Lamine Kébé c. Mayoro Mbaye*, Bull n° 15, année judiciaire 2006-2007 : *« tant la promesse de vente que le contrat définitif ayant pour objet la vente d'un immeuble immatriculé au livre foncier doivent être établis obligatoirement par un notaire »*. V. A. FAYE, « Le transfert de propriété dans la vente de l'immeuble en droit sénégalais », *PUSS*, Droit sénégalais, n° 8/2009. V. aussi B. DIALLO, « Promesse sous seings privés de vente d'immeuble immatriculé ne vaut ?, Observations sur C.S. Sénégal n° 79 du 16 juillet 2008, Aliou Bathily c. Abdoul Diallo », *Revue Droit et Ville*, n° 71, 2011, p. 175-197.

220. Cs., ch. Réunies, arrêt n° 11 du 19 juin 2012, *CBAO c. La SET* ; CA Dakar, 11 avril 2011, *A. WADE c. El. K. SECK*, arrêt n° 296, Bulletin des arrêts rendus par la Cour d'appel de Dakar en matière civile et commerciale, 2013, vol. 1, p. 127. Pouvant être sous seing privé, les avant-contrats peuvent aussi être consensuels. Dans une telle situation le risque résidera cependant dans leur efficacité. En effet, aux termes de l'article 14 du COCC, il doit être passé acte devant notaire ou sous signatures privées de toute convention dont l'objet excède 20 000 FCFA.

221. Pour plus de développement, C. A. W. NDIAYE, *Droit sénégalais des contrats immobiliers*, *op. cit.*, pp. 101 et s.

contrats préliminaires de vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, ne devient définitif qu'au terme d'un délai de sept jours pendant lequel l'acquéreur non professionnel a la faculté de se rétracter, chaque fois que la loi ne lui donne pas un délai plus long pour exercer cette faculté²²². L'acte est adressé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'acquéreur. Le délai commence à courir à compter de la réception de cette lettre par l'acquéreur. En outre, ce dernier pourra exercer sa faculté de rétractation dans les 7 jours par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

B. Les modes d'acquisition non contractuelle du droit de propriété

Outre le droit des contrats, il est possible de devenir propriétaire par la transmission successorale, la transmission testamentaire, l'accession ou la possession.

1. La transmission successorale

Elle est organisée par les articles 397 et s. du CF. Le droit sénégalais est le siège d'un pluralisme juridique en matière successorale²²³. Le Code de la famille enregistre deux (02) régimes de successions. Il y a, d'une part, les successions ab intestat de droit commun²²⁴ et, d'autre part, les successions de droit musulman²²⁵ qui s'appliquent aux successions des personnes qui, de leur vivant, ont, expressément ou par leur comportement, indiscutablement manifesté leur volonté de voir leur héritage dévolu selon les règles du droit musulman²²⁶.

222. Article L137 du Code de la construction.

223. A. S. SIDIBÉ, *Le pluralisme juridique en Afrique, l'exemple du droit successoral sénégalais*, LGDJ, 1992.

224. Articles 515 et s. du CF.

225. Articles 517 et s. du CF.

226. S. GUINCHARD, *Droit patrimonial de la famille au Sénégal : Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, Paris-Dakar, LGDJ, 1980, pp. 369 et s.

2. La transmission testamentaire

Elle est organisée par les articles 656 à 675 et 716 et s. du CF²²⁷. Le testament ne peut être fait que par écrit et, à peine de nullité : En la forme olographe ; par acte public ; en la forme mystique.

3. L'accession

C'est un mode d'acquisition de la propriété fondé sur l'idée que l'accessoire doit être soumis au même régime que le principal. Le propriétaire principal est propriétaire de l'accessoire. La personne va acquérir la propriété de tout ce qui s'unit ou s'incorpore à la chose. Il peut aussi s'agir d'une acquisition des fruits de la chose.

4. La possession

*C'« est un rapport de fait entre une chose et une personne, par lequel cette personne a la possibilité d'accomplir, sur cette chose, personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers, des actes qui, dans leur manifestation extérieure, correspondent à l'exercice d'un droit, qu'elle soit ou non titulaire régulière de ce droit »*²²⁸.

Aux termes des dispositions de l'article 2276 du CC, « *en fait de meubles, la possession vaut titre* ». Cette règle qui n'est applicable qu'aux meubles corporels susceptibles de tradition manuelle²²⁹ n'a pas de pendant en droit sénégalais. L'article 262 du COCC n'aborde que l'hypothèse de l'acquéreur de la chose d'autrui (perdue ou volée)²³⁰.

Aux termes des dispositions de l'article 21 du Code du domaine de l'État, les biens vacants sans maître appartiennent au domaine privé

227. S. GUINCHARD, *Droit patrimonial de la famille au Sénégal : Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, op. cit., pp. 287 et s.

228. F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, Dalloz, 7e édition, 2006, p. 145.

229. Cs. ch. com., 19 janvier 1960, JCP 1960, IV, 34.

230. Il est ainsi beaucoup plus proche de l'article 2276 (2) du CC qui dispose : « *néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient* ».

de l'État. Reste-t-il alors des *res nullius* en droit sénégalais ? En d'autres termes, quel serait le champ de la possession mobilière en droit sénégalais ?

Par rapport aux immeubles, la loi n ° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la Propriété foncière

« proscrit les causes occultes d'acquisition ou d'extinction de droits réels sur les immeubles immatriculés. C'est ainsi qu'il n'admet pas la prescription comme mode d'acquisition ou de libération de droits réels ou charges grevant les immeubles immatriculés. Toutefois, la prescription acquisitive est reconnue à l'État et à l'État seul en ce qui concerne les immeubles abandonnés pendant trente années consécutives par les leurs occupants légitimes »²³¹.

En lui enlevant sa principale conséquence de droit, savoir la prescription acquisitive²³², le droit sénégalais fait l'option de supprimer la possession par autrui d'un immeuble immatriculé. Le seul fait d'appréhender un immeuble avec la volonté de se l'approprier ne peut conférer des droits²³³.

SECTION 2 : LES ATTEINTES AU DROIT DE PROPRIÉTÉ

Comme tous droits subjectifs, le droit de propriété peut être la victime d'atteintes à régimes variés. Si la nécessaire conciliation entre l'intérêt du propriétaire et d'autres intérêts à l'image de l'intérêt général peut justifier certaines atteintes, il n'en est pas ainsi pour d'autres sanctionnées par le législateur.

231. Article 33 de la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011, *op. cit.* : « La prescription ne peut, en aucun cas, constituer un mode d'acquisition de droits réels sur des immeubles immatriculés ou de libération des charges grevant les mêmes immeubles. Toutefois, un immeuble immatriculé abandonné pendant trente années consécutives par ses propriétaires ou occupants légitimes est considéré comme vacant et incorporé au domaine de l'État dans les formes et conditions fixées par décret. »

232. En droit français, le possesseur d'un immeuble en devient propriétaire après trente (30) ans ; *cf.* article 2272 du CC.

233. Sur la question, C. A. W. NDIAYE, *La jurisprudence sénégalaise en matière immobilière, op. cit.*, p. 97.

Paragraphe 1 : Les atteintes autorisées

La sacralité du droit de propriété protège son titulaire de la toute-puissance de l'État. Cependant, cette protection ne saurait justifier une position d'intouchable. Le droit de propriété n'est pas épargné par l'éternel dialogue entre intérêt général et intérêt particulier.

A. L'expropriation pour cause d'utilité publique

Conformément à l'article 15 de la Constitution et à la loi n° 76-67 du 02 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique et aux autres opérations foncières d'utilité publique²³⁴, seul l'intérêt général peut justifier une expropriation. L'expropriation pour cause « d'utilité privée », en d'autres termes, l'expropriation d'une propriété privée en faveur d'une autre personne privée est impensable. Ainsi, un empiètement de quelques centimètres ne générant aucun préjudice objectif doit donner lieu à la remise en état du fonds l'ayant subi par la démolition de l'ouvrage.

Il ne peut être porté atteinte au droit de propriété que dans le cas de nécessité publique légalement constatée, sous réserve d'une juste et préalable indemnité²³⁵. L'État peut, dans un but d'utilité publique et sous réserve d'une juste et préalable indemnité, contraindre toute personne à lui céder la propriété d'un immeuble ou un droit réel immobilier²³⁶. Après une enquête rendue publique par tous moyens de publicité habituels durant laquelle toute personne intéressée peut formuler des observations, l'utilité publique est prononcée par décret. Ainsi, peuvent notamment être expropriés pour cause d'utilité publique, les droits réels immobiliers nécessaires :

- À tous travaux publics ;
- À l'installation, au fonctionnement et à l'accomplissement de l'objet des services de l'État et des autres personnes morales

234. Modifiée par la loi n° 85-02 du 03 janvier 1985 abrogeant et remplaçant l'article 31 (1) de la loi n° 76-67 du 02 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique et aux autres opérations foncières d'utilité publique.

235. Article 15 de la Constitution.

236. Article 1 de la loi n° 76-67 du 02 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique et aux autres opérations foncières d'utilité publique. Sur la conformité à la Constitution des articles 1, 2, 14 et 20 de ladite loi, v. CC., affaires n° 3-C-96 et 4-C-96 du 3 juin 1996.

publiques, des sociétés d'économie mixte contrôlées par l'État, des entreprises prioritaires ou conventionnées, des représentations diplomatiques ou consulaires et des organismes internationaux ainsi qu'au logement du personnel de ces services, sociétés, entreprises, représentations ou organismes ;

- À la salubrité publique ;
- À la sécurité intérieure et la défense nationale ;
- Au reboisement et à la conservation des forêts et des sols ;
- À la recherche et à l'exploitation des substances minérales ;
- Au captage, à l'extraction, à la production, au transport et à la distribution de l'eau, de l'énergie électrique, des gaz combustibles ou des hydrocarbures ;
- À l'exécution des plans de développement et des programmes d'aménagement.

Si ce n'est pas fait dans le décret portant déclaration d'utilité publique, un ou plusieurs décrets constituant acte de cessibilité désignent les immeubles et droits réels immobiliers auxquels l'expropriation est applicable.

Les indemnités d'expropriation sont évaluées sur la base de la valeur vénale, la valeur marchande ou le rendement du bien. En vertu de l'article 20 de la loi 76-67 du 02 juillet 1976 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, « l'indemnité est fixée d'après la consistance des biens à la date du procès-verbal de constat d'état des lieux » Selon ce texte, l'indemnité est évaluée sur le fondement exclusif de la consistance des biens à la date du procès-verbal de constat de l'état des lieux.

La cession amiable est constatée par un procès-verbal signé par le président, les membres de la Commission et les intéressés. Le juge en donne acte et prononce l'expropriation moyennant paiement, devant lui, de l'indemnité convenue. À défaut d'accord amiable, l'expropriation est prononcée et les indemnités fixées par le juge des expropriations. Il prononce l'expropriation moyennant consignation d'une indemnité provisoire²³⁷.

L'article 12 de la loi n° 76-67 du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique prévoit que l'ordonnance d'expropriation ne peut être attaquée que par la voie du recours pour excès de pouvoir devant la Cour suprême. Cependant, « le juge n'est

237. C. A. W. NDIAYE, *Droit sénégalais de contrats immobiliers*, op. cit., pp. 63 et s.

pas tenu par la qualification que les parties donnent à leur recours. Dès lors, est recevable le recours pour excès de pouvoir intenté contre une ordonnance d'expropriation, alors même que le demandeur avait qualifié celui-ci de pourvoi en cassation »²³⁸.

L'article 13 de la même loi aménage une seule exception à cette compétence de principe en retenant celle de la Cour d'appel pour les litiges nés de la fixation du montant de l'indemnité définitive d'expropriation. Toutefois, « *encourt la cassation pour violation des dispositions des articles 12 (3) et 13 de la loi n° 76-67 du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique et aux autres opérations foncières d'utilité publique, l'arrêt d'une Cour d'Appel qui statue en matière d'expropriation sur un litige autre que celui né de la fixation de l'indemnité définitive d'expropriation »²³⁹.*

Il résulte de l'article 31 de la loi n° 76-67 du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique que

« si les immeubles expropriés à la suite d'une déclaration d'utilité publique ne reçoivent pas dans un délai de cinq ans à compter du procès-verbal d'accord amiable ou de l'ordonnance d'expropriation, la destination prévue par cette déclaration, ou si l'expropriant déclare avant l'expiration de ce délai renoncer à leur donner cette destination, les anciens propriétaires ou leurs ayants cause à titre universel peuvent en demander la rétrocession ».

B. La préemption

La préemption est un mode d'acquisition d'immeubles ayant pour objet de substituer l'État ou le titulaire du droit de préemption à l'acquéreur privé éventuel en cas d'aliénation volontaire.

Les immeubles préemptés par l'État sont classés dans son domaine privé²⁴⁰.

Peuvent faire l'objet d'un droit de préemption, tout immeuble ou droit réels immobiliers, ou tous ensembles bâtis ou non bâtis nécessaires

238. Cs., ch. civ. et com., arrêt n° 16 du 23 mars 2012, *État du Sénégal c. M. M. C. JOURDAN*.

239. Cs., ch. civ. et com., arrêt n° 2 du 9 février 2012, *Les Héritiers de A. SEMBÈNE c. État du Sénégal*.

240. Article 21 du Code du domaine de l'État.

à la réalisation de certaines opérations d'aménagement et d'urbanisme prévues par les plans d'urbanisme, lorsqu'ils sont en voie d'être aliénés à titre onéreux. Le droit de préemption peut également être exercé en cas d'adjudication publique²⁴¹.

Le droit de préemption destiné notamment à permettre la mise en œuvre d'une politique d'urbanisme et d'habitat peut être exercé pour les opérations suivantes : Réalisation de logements sociaux ou d'équipements collectifs ; restauration de bâtiments, rénovation urbaine ou restructuration ; création d'espaces verts ; constitution de réserves foncières ; sauvegarde des sites et monuments historiques classés.

Par ailleurs, il résulte des dispositions de l'article 22 du Code du domaine de l'État que, dans le délai de trois (3) mois à compter de l'enregistrement de l'acte ou de la déclaration²⁴², l'État peut exercer un droit de préemption sur les immeubles et droits immobiliers faisant l'objet d'une vente en offrant de verser à l'acquéreur une somme comprenant le prix stipulé y compris les charges augmentatives qui participent de sa nature et en constituent une partie intégrante, le tout majoré d'un dixième et les frais et honoraires de l'acte d'acquisition ainsi que les droits d'enregistrement du contrat et, éventuellement, ceux de son inscription au livre foncier.

L'administration fiscale peut aussi exercer un droit de préemption au profit de l'État. Dans le délai de six (6) mois à compter du jour de l'enregistrement de l'acte ou de la déclaration, l'administration de l'enregistrement peut exercer, au profit du Trésor, un droit de préemption sur les immeubles, droits immobiliers, fonds de commerce ou de clientèle, droit au bail ou au bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble, dont elle estime le prix de vente insuffisant, en versant aux ayants droit, le montant de ce prix majoré d'un dixième²⁴³. Le délai de six (6) mois est réduit à trois (3) mois, lorsque l'acte ou la déclaration a été enregistré dans un service des impôts de la région de Dakar, et concerne un bien situé dans le ressort de ce service.

La décision d'exercer le droit de préemption appartient au Directeur chargé des domaines. Elle est notifiée par acte extra-

241. Article 47 du Code de l'urbanisme.

242. Ce délai est réduit à deux (2) mois lorsque l'acte ou la déclaration a été enregistré dans un bureau situé à Dakar et concerne un bien situé dans le ressort de ce bureau.

243. Article 674 du CGI.

judiciaire à l'acquéreur. En cela que l'exercice du droit de préemption a pour effet de substituer l'État à l'acquéreur évincé, l'acquisition se trouve rétroactivement exonérée des droits de mutation qui sont en conséquence restitués.

C. Les servitudes

Les servitudes ou services fonciers sont des charges imposées pesant sur un immeuble au profit d'un autre immeuble. Elles sont des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent et susceptibles d'inscription aux livres fonciers²⁴⁴. En effet, il s'agit de droits réels qui sont soumis au régime de la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la Propriété foncière.

Sont dispensées de la publicité, les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux ou des obligations imposées par la loi à l'exception cependant de la servitude de passage pour cause d'enclave dont l'assiette doit être exactement déterminée, soit au moment de l'immatriculation du fonds grevé, soit lors de la création de la servitude si celle-ci est postérieure à l'immatriculation²⁴⁵.

Les servitudes d'utilité publique appartiennent au domaine public artificiel de l'État²⁴⁶ et comprennent notamment les servitudes de passage, d'implantation, d'appui et de circulation nécessités par l'établissement, l'entretien et l'exploitation des installation et ouvrages du domaine public artificiel. Ces servitudes ne peuvent ouvrir au profit du propriétaire de l'immeuble qui en est frappé un droit à indemnité que lorsqu'elles entraînent, lors de leur établissement, une modification à l'état des lieux déterminant un dommage actuel, direct, matériel et certain²⁴⁷.

Sont aussi du domaine public artificiel de l'État, les servitudes établies :

244. Article 19 de la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011, *op. cit.*

245. Article 21, *Ibid.* Devant le silence législatif en droit sénégalais, il peut être considéré, sur le fondement de l'article 21 précité, que les servitudes dérivent ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi. Ils peuvent aussi, naturellement, résulter des conventions entre les propriétaires. Pour le droit français, *cf.* les articles 639 et s. du CC.

246. Article 6-J du Code du domaine de l'État.

247. Article 7 du Code du domaine de l'État.

- Pour la défense et la sécurité ;
- Par les plans d'urbanisme. En effet, les plans d'urbanisme de détails²⁴⁸ déterminent les règles et servitudes particulières de construction justifiées par le caractère des lieux ;
- Dans l'intérêt ou pour la sécurité de la navigation aérienne, maritime ou terrestre ;
- Dans l'intérêt des transmissions ;
- Dans l'intérêt ou pour la sécurité de la circulation routière (servitude de visibilité) ;
- Pour la protection des monuments et des sites.

Les règles de servitudes qui peuvent être imposées par les plans directeurs d'urbanisme et les plans d'urbanisme de détails sont les suivantes :

- Suspension générale pour une période ne pouvant excéder cinq (5) ans, de la délivrance des autorisations de construire dans une ou plusieurs zones déterminées ;
- Soumission à autorisation administrative préalable pour une période ne pouvant excéder cinq (5) ans, des transactions immobilières dans une ou plusieurs zones urbanisées ;
- Prescriptions relatives aux dimensions minimales et maximales des terrains à bâtir ;
- Prescriptions relatives aux volumes, à la densité, aux caractéristiques architecturales et techniques, à l'implantation des constructions et aux caractéristiques de la végétation et de l'environnement.
- Ces prescriptions s'expriment, en particulier, par l'établissement d'un coefficient d'occupation du sol.
- Prescriptions relatives à l'échelonnement dans le temps de la réalisation des constructions dans les différentes zones prévues, lesdites prescriptions pourront comporter l'interdiction totale ou

248. Aux termes des dispositions de l'article 9 du Code l'urbanisme, Les plans d'urbanisme de détails reprennent à plus grande échelle les dispositions d'aménagement d'une zone ou des parties des plans directeurs et schémas directeurs d'aménagement et d'urbanisme. Ils précisent et complètent les dispositions des plans directeurs et schémas d'urbanisme, en fonction des spécificités de chaque secteur concerné, notamment la délimitation des zones d'affectation en considération de la nature et valeur des sols, des règles d'utilisation du sol et de l'équilibre écologique.

partielle de construire pendant une période ne pouvant excéder quinze (15) ans dans les zones d'urbanisation future déterminées par les plans d'urbanisme ;

- Prescriptions relatives à la destination des zones et des immeubles ;
- Interdictions totale et partielle de bâtir sur certaines zones dites « non aedificandi » ou réservées ;
- Prescriptions relatives à l'aménagement des zones maraîchères ou agricoles, des zones de loisirs et des lotissements de toute nature ainsi qu'aux charges pouvant être imposées pour ces réalisations ;
- Prescriptions relatives à la sauvegarde et à la mise en valeur des sites, des ensembles architecturaux ou de tout élément de valeur historique, naturelle ou artistique ;
- Prescriptions relatives à l'hygiène, à la salubrité, à la sécurité publique et à la sauvegarde des valeurs culturelles et esthétiques.

Ces servitudes peuvent donner lieu à une indemnité s'il en résulte une modification de l'état antérieur des lieux déterminant un préjudice actuel, direct, matériel et certain²⁴⁹.

Les règles et servitudes relatives à la protection des espaces verts classés par les plans d'urbanisme peuvent comporter l'interdiction totale de construire²⁵⁰.

Dans le cas où une parcelle n'est plus constructible du fait des servitudes qui pèsent sur elle, le propriétaire peut demander à la délaissier et à percevoir une indemnité correspondant à la valeur de la parcelle qu'il possédait avant le remembrement. L'initiateur est tenu de verser cette indemnité ou de la compenser.

La détermination du montant de l'indemnité est faite comme en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

Les actions en nullité pour existence de servitudes non apparentes sont irrecevables sur immeubles immatriculés²⁵¹.

Paragraphe 2 : Les atteintes non autorisées

Le propriétaire peut exercer librement toutes ses prérogatives à la seule condition de ne pas porter atteinte au droit d'autrui.

249. Article 13 du Code de l'urbanisme.

250. Article 18 du Code de l'urbanisme.

251. Article 31 de la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011, *op. cit.*

L'abus de droit constitue la limite du droit de propriété. Celui qui exerce son droit de propriété avec l'intention de nuire à autrui, ou détourne son droit de sa finalité commet un abus de droit de droit susceptible d'engager sa responsabilité²⁵².

Par ailleurs, dans son Titre II consacré aux crimes et délits contre les particuliers, le Code pénal sénégalais sanctionne, en ses articles 364 à 431, sous le registre des « *Crimes et délits contre les propriétés* » : Le vol ; la banqueroute, l'escroqueries et autres espèces de fraudes ; la banqueroute et l'escroquerie ; l'abus de confiance ; le détournement des prêts consentis ou garantis par l'État ; la contravention aux règlements sur les maisons de jeux, les loteries et les maisons de prêt sur gage ; les entraves apportées à la liberté des enchères ; la violation des règlements relatifs aux manufactures, au commerce et aux arts ; les délits des fournisseurs ; les destructions, dégradations, dommages ; le recel.

CHAPITRE 3 : LA PROTECTION DE LA FEMME ET DE L'ENFANT

L'obligation de protection de toutes les composantes de la société découle sans limite et sans équivoque des dispositions constitutionnelles. La Constitution du Sénégal dès ses premières règles, marque son attachement à l'égalité. En effet, il relève de l'article 1^{er} (1) de la Constitution que :

« La République du Sénégal est laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion. Elle respecte toutes les croyances. ». L'Article 7 (4) renchérit en disposant que : *« Tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Les hommes et les femmes sont égaux en droit. »*.

La République du Sénégal marque, notamment par ces dispositions, sa sensibilité aux principes démocratiques de liberté et d'égalité. Elle s'est ainsi inscrite dans le contexte de protection des personnes vulnérables par la communauté internationale. La femme et

252. Article 122 du COOC.

l'enfant jouissent alors d'une protection spéciale à travers les dispositions internes et internationales.

Faudrait-il souligner que ces principes d'égalité, de liberté et de protection de l'être humain, particulièrement de la femme et de l'enfant ont toujours marqué la société africaine.

Pour le négro-africain, l'enfant est d'abord un être humain et en tant que tel, mérite le respect. On n'ignore pas la grande considération portée à l'être humain en Afrique traditionnelle. Ce sont les hommes qui composent le groupe, le clan et peu importe le lien du sang. Chaque catégorie (hommes, femmes, enfants) a sa place, son rôle, dans le groupe clanique. L'être humain est respecté en tant que créature divine. Certains droits inhérents à la nature humaine ont toujours été sacrés. C'est ainsi que le droit à l'identité, le droit à l'éducation, le droit à une appartenance familiale, ont toujours été protégés sans discrimination. D'autres droits, tels le droit au mariage, le droit à la vie, existaient mais dans une moindre ampleur, car elles se résorbaient dans l'intérêt de la communauté.

La considération de l'enfant avait aussi des fondements spirituels et même divins. L'enfant n'était pas « un être ordinaire ». Il pouvait être perçu comme la réincarnation des ancêtres morts²⁵³.

Concernant la femme, ses pouvoirs étaient d'une extrême importance. En vérité, les caractéristiques d'un véritable matriarcat ont existé en Afrique. D'ailleurs, il est soutenu que le système matriarcal est le propre des sociétés africaines noires²⁵⁴. Le matriarcat est à la base de l'organisation sociale en Afrique noire²⁵⁵. Ceci a été constaté à plusieurs reprises.

253. Le poète B. DIOP avait souligné cet aspect dans son poème « Souffle » : « Ceux qui sont morts ne sont jamais partis. Ils sont dans le sein de la Femme. Ils sont dans l'enfant qui vagit ». V. pour une étude plus poussée, P. ERNY, *L'enfant dans la pensée traditionnelle de l'Afrique Noire*, Paris, Le Livre Africain, 1968, p. 197.

254. Selon le Professeur C. A. DIOP, *L'unité culturelle de l'Afrique Noire*, Présence africaine, 2e édition, pp. 25 et s. en réaction à la thèse de BACHOFEN selon laquelle le matriarcat a précédé le patriarcat dans les sociétés, le matriarcat est un système social négro africain alors que le patriarcat doit être rattaché aux sociétés occidentales.

255. Le système social du matriarcat est décrit notamment chez les peuples : d'Afrique du Sud (Tswana, Swazi), d'Afrique de l'Ouest (Ashanti, Sérères, Ouolof etc.), du centre (Bantous), d'Égypte, d'Éthiopie – V. *L'unité culturelle de l'Afrique Noire*, op. cit., pp. 53 et s. V. aussi A. H. BA, *Aspects de la civilisation africaine*, Paris, Présence africaine, 1972.

De nos jours, les textes occidentaux sont considérés comme les précurseurs ayant posé les premiers jalons de la réglementation des droits fondamentaux. Or, il faudrait rappeler que la Charte du Mandé²⁵⁶, proclamée depuis le XIII^{ème} siècle, est légitimement l'une des Constitutions les plus anciennes au monde se préoccupant de la protection des droits et libertés fondamentaux²⁵⁷.

Au plan international, la volonté de protection de la femme et de l'enfant se fait sentir par l'engagement du Sénégal consistant à la ratification de différentes conventions internationales et régionales protectrices des droits humains, particulièrement des droits de la femme et de l'enfant. En effet, les textes internationaux et régionaux protecteurs de la femme et de l'enfant ayant vu le jour ont été intégrés dans le corpus juridique sénégalais. Il s'agit d'abord des conventions protectrices des droits de l'homme en général. La femme et l'enfant bénéficiant des dispositions de ces conventions protectrices en leurs qualités d'êtres humains. Le premier texte manifestement suivi est la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789²⁵⁸. S'en sont suivis plusieurs textes tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1987²⁵⁹. Ces textes prônant notamment l'égalité et la liberté pour tous, protègent par ricochet la femme et l'enfant. D'autres textes s'intéressent plus spécifiquement à la femme et à l'enfant. Il en est ainsi de la Convention sur l'élimination de toutes formes de discriminations à l'égard des femmes, appelée Protocole de Maputo²⁶⁰,

256. Au début du XIII^e siècle, à l'issue d'une grande victoire militaire, le fondateur de l'Empire mandingue et l'assemblée de ses « hommes de tête » ont proclamé à Kouroukan Fouga la « Charte du Mandé », du nom du territoire situé dans le haut bassin du fleuve Niger, entre la Guinée et le Mali actuels.

257. Elle est inscrite en 2009 sur la liste représentative du patrimoine culturel immatériel de l'humanité.

258. La DDHC est le texte fondamental de la *Révolution* française, qui énonce un ensemble de *droits naturels* et les conditions de leur mise en œuvre. L'égalité est affirmée à l'article. 1 en tant que principe régissant l'attribution des droits : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ».

259. La Charte africaine des droits et des peuples est signée à Banjul (en Gambie) en 1981. Elle est adoptée le 28 juin 1981 à Nairobi (au Kenya).

260. Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme est adopté par la 2^{ème} session ordinaire de la Conférence de l'Union à Maputo, le 11 juillet 2003. Entré en vigueur le 25 novembre 2005, ratifié par la loi du 2 Décembre 2004.

de la Convention internationale des droits de l'enfant²⁶¹, de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant²⁶².

L'engagement du Sénégal à donner suite aux conventions internationales et régionales ne s'est pas limité au simple processus d'intégration de ces textes dans l'ordre juridique interne. En effet, aux termes de l'article 98 de la Constitution du 22 janvier 2001, *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*. Ce texte prévoit ainsi pour les traités et accords internationaux une valeur supra législative et infra constitutionnelle lorsque les conditions de sa réception dans l'ordre juridique interne sont réunies. L'option du Constituant de 2001 a consisté à aller au-delà des modalités d'intégration des conventions protectrices de droits de l'homme généralement prévues. En effet, ces dernières²⁶³, dont certaines sont expressément citées²⁶⁴ sont intégrées dans le préambule de la Constitution et ont ainsi une valeur constitutionnelle²⁶⁵ et non infra constitutionnelle

261. La CIDE est adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989. Elle est ratifiée par le Sénégal en vertu de la L. n° 90-21, 26 juin 1990, JO n° 5363, 11 août 1990, p. 379. La CIDE est entrée en vigueur le 6 septembre 1990 après l'adhésion d'au moins vingt États.

262. La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant est adoptée à Addis-Abeba (Ethiopie) le 11 juillet 1990 lors de la 26^e conférence des chefs d'état et de gouvernement de l'OUA. Elle est entrée en vigueur le 29 novembre 1999 après avoir reçu la ratification de 15 États, conformément à son article 47. Elle est ratifiée par le Sénégal le 29 septembre 1998.

263. Il est légitime de penser que la Constitution intègre tous les textes internationaux et africains protecteurs des droits de l'homme par l'introduction de la liste des textes cités par l'adverbe notamment.

264. Selon les termes du préambule de la Constitution sénégalaise « *le Peuple du Sénégal souverain, affirme : son adhésion à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et 1789 et aux instruments internationaux adoptés par l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation de l'Unité africaine, notamment la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des Femmes du 18 décembre 1979, la Convention relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 et la charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples du 27 juin 1981* ».

265. Le CC., dans sa décision n° 11/1993 dans le cadre d'une affaire relative à l'exception d'inconstitutionnalité a considéré implicitement le préambule comme faisant partie intégrante de la Constitution et dans la décision n° 12/1993 relative à l'interprétation du Traité sur l'harmonisation du droit des

comme les traités et accords n'ayant pas une vocation protectrice des droits fondamentaux.

Les droits fondamentaux sont communs à tous les êtres humains mais ceux de la femme et de l'enfant identifiés comme personnes vulnérables méritent une attention particulière.

SECTION 1 : LE STATUT DE LA FEMME

Le statut juridique de la femme sénégalaise n'a pas fait l'objet d'une évolution significative en droit interne sénégalais depuis l'avènement du Code de la famille même si l'on peut sentir une volonté politique dans ce sens dans certains domaines. En effet, malgré la ratification par le Sénégal de la Convention sur l'élimination de toutes formes de discriminations l'égard des femmes, malgré, l'intervention de divers textes protecteurs des droits fondamentaux en général et de la femme en particulier, le Code de la famille du Sénégal demeure inchangé dans la quasi-globalité de ses dispositions.

Ces différentes sources organisent les droits et obligations des femmes. Elles posent en général le principe de l'égalité entre les sexes. Mais des dispositions inégalitaires sont considérables. Les inégalités se manifestent d'une manière générale dans le statut patrimonial et extrapatrimonial de la femme.

Paragraphe 1 : Le statut extrapatrimonial de la femme

Le statut extrapatrimonial de la femme au Sénégal est en grande partie régi par le Code de la famille. L'adoption de ce texte avait emporté une fausse idée selon laquelle ce Code est le « code de la femme ». Cependant, l'examen minutieux de ses différentes dispositions montre qu'il renferme un bon nombre de dispositions discriminatoires en défaveur de la femme portant évidemment atteinte au principe constitutionnel d'égalité. Depuis l'entrée en vigueur du Code de la

affaires en Afrique, a considéré explicitement le préambule comme faisant partie intégrante de la Constitution (décisions publiées dans *Jurisen*, La Constitution de la République du Sénégal et les avis et décisions du Conseil constitutionnel, Dakar, *Jurisen*, 1994, pp. 47-52). Par ailleurs, cette position a été confirmée par la jurisprudence du Conseil d'Etat du Sénégal dans l'affaire *P. G. Nitchen*. Dans la Constitution adoptée le 22 janvier 2001, il est précisé dans le préambule que le préambule de la Constitution fait partie intégrante de la Constitution.

famille en 1973 et malgré l'adoption de différentes conventions protectrices des droits fondamentaux prônant l'égalité et protégeant particulièrement la femme, seules quelques révisions sont intervenues en faveur de cette dernière. Il s'agit particulièrement des modifications dans le sens de l'égalité de droits avec la loi n° 89-01 du 17 janvier 1989 modifiant certaines dispositions²⁶⁶.

Par ailleurs la loi de 2013 modifiant la loi de 1961 déterminant la nationalité sénégalaise a amélioré les droits de la femme quant à l'octroi de la nationalité. En effet, le législateur de 2013 se rendant compte de la disparité de traitement entre l'homme et la femme au détriment de cette dernière quant à la transmission de la nationalité sénégalaise par le mariage²⁶⁷, la filiation²⁶⁸ et l'adoption²⁶⁹ et de son caractère anachronique et contraire aux engagements internationaux du Sénégal résultant notamment de la Convention sur l'élimination de toutes formes de discriminations à l'égard des femmes, a modifié certaines dispositions de la loi de 1961²⁷⁰ afin de corriger cette inégalité de genre.

266. Article 13 fixation légale du domicile, article 19 modifié en vue d'inclure la possibilité pour la femme mariée d'être l'administrateur légal des biens de son conjoint absent, abrogation de l'article 154 qui permettait au mari d'interdire à sa femme l'exercice d'une profession.

267. L'article 7 de la loi de 1961 disposait que « *la femme étrangère qui épouse un homme acquiert la nationalité sénégalaise au moment de la célébration ou de la constatation du mariage* ». La femme sénégalaise ne pouvait pas transmettre sa nationalité à son épouse. Ce dernier pouvait tout au plus bénéficier d'une réduction de moitié du délai décennal de séjour au Sénégal requis lorsqu'il entend solliciter la nationalité sénégalaise par naturalisation.

268. Il découle des dispositions de l'article 5 de la loi de 1961 que l'homme sénégalais pouvait transmettre la nationalité à son enfant légitime directement et sans condition particulière peu importe que son enfant soit né au Sénégal ou à l'étranger. La femme sénégalaise n'avait pas cette possibilité. Elle ne pouvait par exemple transmettre sa nationalité que si le père n'avait pas de nationalité ou était de nationalité inconnue, article 5 (2).

269. L'article 9 (2) de la loi de 1961 prévoyait que l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption plénière acquiert la nationalité sénégalaise, en cas d'adoption conjointe, si le père adoptant est sénégalais. La mère adoptante sénégalaise ne pourra donc conférer la nationalité sénégalaise à l'enfant adopté qu'en cas d'adoption individuelle.

270. Il s'agit des articles 5, 7, 7 bis, 8, 9, 10, 12 de la loi n° 61-10 du 7 mars 1961 déterminant la nationalité.

Ainsi, si la question de l'identification de la personne reste relativement harmonisée, celle de la vie familiale comporte encore des disparités considérables.

A. L'identification de la femme

L'identification de la femme en tant que personne physique n'a aucune particularité. Elle dispose de la personnalité juridique, à ce titre, elle dispose des caractéristiques de la personnalité juridique (nom, domicile, patrimoine). Il faudra particulièrement insister sur l'identification de la femme mariée.

1. Le nom de la femme mariée

Le mariage ne fait pas perdre à la femme son nom de famille. Mais, sur le fondement de l'article 7 du CF, la femme acquiert du fait du mariage, le droit d'user du nom de son mari. Ce droit survit à la dissolution du mariage par décès. Après le divorce, la femme peut continuer à user du nom de son mari sauf si ce dernier s'y oppose expressément.

En cas de séparation de corps, la femme mariée conserve l'usage du nom de son mari sauf décision contraire du juge.

2. Le domicile de la femme mariée

La réglementation du domicile de la femme mariée a fait l'objet d'une réforme en 1989 avec la loi n° 89-01 du 17 janvier 1989 modifiant certaines dispositions du Code de la famille. Avant cette loi, le domicile de la femme mariée était fixé chez son mari. Le domicile de la femme mariée est situé au lieu de son principal établissement et, pour son activité professionnelle, au lieu où elle exerce celle-ci.

B. La vie familiale de la femme

La vie familiale de la femme se fait juridiquement dans le cadre du mariage. En effet, le mariage est le seul modèle de couple prévu en droit sénégalais. Le concubinage n'est pas réglementé. Il faudrait ainsi passer en revue l'entrée en mariage, les effets du mariage et la dissolution du mariage.

1. L'entrée en mariage

L'entrée en mariage est conditionnée au respect de certaines règles. Il s'agit d'une part des règles de fond telles que la différence de sexe, le respect de l'âge matrimonial requis, le consentement des époux, le consentement de la personne qui exerce la puissance paternelle, l'inexistence d'empêchement à mariage, le paiement de la dot si elle est prévue comme une condition de la validité du mariage. D'autre part, le mariage est conditionné au respect de règles de forme. Alors que ces règles sont uniformes, il existe des disparités relativement à certaines règles de fond auxquelles sont soumis les futurs conjoints. La femme subit des discriminations dans la réglementation de certaines conditions. Ainsi, certaines conditions de fond sont discriminatoires alors que d'autres ne le sont pas.

a. Les conditions non-discriminatoires

Pour se marier il faut indistinctement une différence de sexe. Le consentement de chaque époux est obligatoire et les empêchements à mariage liés à la parenté et à l'alliance s'imposent à tous.

aa. La différence de sexe

La différence de sexe est exigée pour la validité du mariage. L'article 111 du CF dispose que le mariage ne peut être conclu qu'entre un homme (âgé de 18 ans) et une femme (âgée de 16 ans). Le mariage homosexuel est alors interdit aussi bien pour les hommes que pour les femmes. Cette cause d'annulation est imprescriptible et ne peut être couverte. Au surplus, l'acte sexuel entre personnes de même sexe est pénalement réprimé au titre de délit. L'article 319 (3) du Code pénal dispose que :

« Sans préjudice des peines plus graves prévues par les alinéas qui précèdent ou par les articles 320 et 321 du présent Code, sera puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 100 000 à 1 500 000 francs, quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un individu de son sexe. Si l'acte a été commis avec un mineur (de 21 ans²⁷¹), le maximum de la peine sera toujours prononcé. ».

271. Il faudrait préciser que l'âge de la minorité est de dix-huit (18) ans depuis la réforme de 1999.

bb. Le consentement

Les époux doivent consentir au mariage. Le consentement de la femme, comme celui de l'homme est exigé pour la validité du mariage. Il doit exister et être exempt de vice d'erreur et de violence. Ainsi, La femme qui s'est trompée de personne peut saisir les juridictions en vue de l'annulation de son mariage.

Aussi, le mariage ne peut être basé sur la violence. Cette question a une importance particulière dans nos sociétés où les filles sont souvent amenées à se marier sous l'effet de la contrainte. Le mariage forcé est interdit en droit sénégalais.

La sanction du mariage entaché d'erreur et du mariage forcé est la nullité relative. Seule la personne affectée peut saisir le juge en vue de l'annulation de l'union. Seul l'époux dont le consentement a été vicié a qualité pour agir en nullité²⁷². Toutefois, l'action n'est plus recevable après six (6) mois de cohabitation depuis que la violence a cessé de s'exercer ou que l'erreur a été reconnue²⁷³.

Un mariage célébré sans le consentement des époux est nul et de nullité absolue. D'ailleurs les règles de célébration du mariage sont conçues de telle sorte que l'existence et l'intégrité du consentement sont contrôlées en amont. Si les conditions de forme, telles que prévues par les articles 114 et s. du CF pour le mariage célébré et le mariage constaté sont respectées, les risques de cas de nullité sont minimisés. En effet, les procédures de célébration ou de constatation du mariage sont rigoureusement réglementées.

Les futurs conjoints doivent se présenter personnellement au centre d'état civil du domicile de l'un ou de l'autre au moins quinze (15) jours francs avant la date du mariage, en cas de célébration par l'officier de l'État civil²⁷⁴, et un mois avant en cas de célébration en la forme coutumière²⁷⁵.

Cette comparution préalable devant l'officier de l'état civil permet la vérification du respect des conditions de fond. Car à l'issue de la comparution l'officier d'état civil établit un projet de mariage qui fait l'objet d'une publication pendant un délai de quinze jours permettant aux personnes qui auraient connaissance d'un motif

272. Article 139 (1) du CF.

273. Article 140 (1) du CF.

274. V. article 117 du CF.

275. V. article 125 du CF.

d'empêchement à mariage de le signaler avant la célébration de l'union, c'est l'opposition.

Malheureusement l'efficacité des procédures ainsi prévues risque d'être anéantie car le législateur sénégalais a prévu une forme particulière qu'est le mariage coutumier non constaté²⁷⁶. Avec cette forme d'union, les conditions de fond ne pourraient pas être vérifiées puisque l'officier de l'état civil n'intervient pas au préalable pour procéder aux vérifications.

Dans cette forme de mariage, la femme est particulièrement exposée au mariage forcé et mariage précoce. Par ailleurs, les risques de mariage incestueux y sont réels.

Le dol est admis en matière de mariage. Cependant, il existe un cas de dol pris en compte comme vice du consentement au mariage par le législateur réglementé dans les articles 138 à 140 du CF. C'est le cas de la maladie grave et incurable rendant la cohabitation préjudiciable. Le conjoint malade doit avoir sciemment dissimulé son état à son conjoint avant le mariage ; ce qui est caractéristique du dol. Bien que ce soit une cause de nullité assez particulière, le législateur prévoit qu'elle puisse être couverte. En effet, la cohabitation pendant plus d'un (1) an à partir de la connaissance de la tromperie, fait perdre à l'époux son droit de demander l'annulation²⁷⁷.

Le consentement des époux est renforcé par celui de la personne qui exerce la puissance paternelle en cas de mariage d'un mineur. Ainsi le mariage est nul en l'absence de ce consentement lorsqu'il est requis. Toutefois l'action cesse d'être recevable lorsque la personne dont l'autorisation était requise a approuvé tacitement ou expressément le mariage, ou lorsqu'elle a laissé s'écouler une année depuis sa connaissance de l'union. L'action devient aussi irrecevable lorsque le conjoint qui avait besoin de l'autorisation parentale a atteint depuis plus d'un (1) an l'âge de la majorité sans avoir exercé de réclamation²⁷⁸.

cc. Les empêchements à mariage liés à la parenté ou à l'alliance

L'article 110 du CF interdit de se marier avec : ses ascendants ou ceux de son conjoint ; ses descendants ou ceux de son conjoint ; jusqu'au 3e degré, les descendants de ses ascendants ou de ceux de

276. V. article 146 du CF.

277. V. article 140 du CF.

278. V. article 140 (2) du CF.

son conjoint. Cependant la prohibition pour cause d'alliance entre beau-frère et belle-sœur disparaît lorsque l'union qui provoquait l'alliance a été dissoute par le décès.

b. Les conditions à caractère discriminatoire

Certaines conditions du mariage sont exigées différemment selon qu'il s'agit d'un homme ou d'une femme.

aa. Les empêchements à mariage liés à l'existence d'un lien antérieur

L'homme et la femme sont soumis à des empêchements à mariage à des degrés différents. Ainsi, l'article 113 du CF, dispose que

« la femme ne peut contracter un nouveau mariage avant la mention sur le registre de l'état civil de la dissolution du précédent mariage. L'homme ne peut contracter un nouveau mariage s'il a un nombre d'épouses supérieur à celui autorisé par la loi, compte tenu des options de monogamie ou de limitation de polygamie auxquelles il a souscrit ».

L'existence d'un lien précédent lien matrimonial non dissous empêche la femme de se remarier alors que pour l'homme cela n'est de rigueur qu'au regard de son option de statut conjugal. S'il est monogame, l'interdiction s'impose à lui dans les mêmes proportions que pour la femme mais s'il est polygame, il faudra tenir compte de son option.

Ainsi, le législateur sénégalais a préféré maintenir la polygamie avec un maximum de 4 épouses ; la polygamie limitée à un nombre d'épouses inférieur à 4, et la monogamie²⁷⁹. L'option de monogamie est irrévocable. Les options de polygamie peuvent toujours être modifiées, mais seulement dans le sens de la réduction du nombre d'épouses.

Ce système qui a l'apparence de l'originalité en ce qu'il manifeste l'intention pour le législateur de favoriser la monogamie est particulièrement discriminatoire à l'égard de la femme dans la mesure où cette dernière ne peut avoir simultanément plusieurs époux²⁸⁰.

279. V. article 133 du CF.

280 V. CC. du Bénin, décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002. Par cette décision, la Cour a considéré que l'article 74 du Code des personnes et de la

La discrimination ne se limite pas à la pratique de la polygamie. La mise en œuvre de l'option de statut conjugal met aussi en branle les droits de l'épouse. En effet, en l'absence d'option, c'est la polygamie à 4 épouses qui s'applique. Elle est ainsi considérée comme le statut conjugal de droit commun. L'option de statut conjugal est par ailleurs une prérogative exclusive de l'époux. Le Code de la famille offre à l'homme et à lui seul le choix d'opter pour la monogamie ou le droit d'avoir deux, trois ou quatre femmes en même temps²⁸¹.

L'option première et les changements ultérieurs permis peuvent être souscrits à tout moment²⁸². Toutefois lorsque l'option est reçue à l'occasion d'un mariage, son effet est subordonné à la célébration ou à la constatation de l'union projetée. Lorsque l'option est reçue en dehors du mariage, le déclarant doit indiquer quels sont, à ce moment précis, sa situation matrimoniale, en présentant les actes de mariage correspondants²⁸³ car l'option ne peut être reçue que si l'homme justifie qu'au moment où il l'exerce le nombre de ses épouses ne dépasse pas celui qu'il entend se fixer désormais²⁸⁴.

La possibilité que l'option soit faite en dehors du mariage permet à l'homme qui voudrait échapper aux contestations de la femme au moment de la célébration de l'union de différer son choix.

La femme est soumise à un empêchement à mariage qui lui est spécifique. Il s'agit du délai de viduité réglementé par l'article 112 du CF qui est le temps qu'elle doit observer de se remarier pour éviter une confusion des parties. La femme ne pourra se remarier qu'après l'expiration d'un délai de viduité fixé à 300 jours (10 mois) à partir de la dissolution, par décès ou par divorce, du précédent mariage²⁸⁵. Mais le législateur a tenu compte de l'apport du droit traditionnel en prévoyant des délais abrégés : 3 mois en cas de divorce ou d'annulation du mariage, 4 mois et 10 jours en cas de décès du mari. Si telle est l'option de la femme, l'enfant qui naîtra moins de 300 jours après la

famille constitue un traitement inégal et discriminatoire entre l'homme et la femme au détriment de cette dernière, puisque la polygamie est exclusivement réservée aux hommes.

281. V. article 133 (1) du CF.

282. V. article 135 (1) du CF.

283. V. article 135 (4) du CF.

284. V. article 135 (2) du CF.

285. V. article 112 (1) du CF.

dissolution du mariage antérieur sera présumé irréfragablement n'être pas issu des œuvres du précédent mari²⁸⁶.

La pertinence du maintien de ce délai de viduité est douteuse à l'heure où les progrès scientifiques permettent de déterminer avec une grande probabilité la paternité de l'enfant.

bb. La dot

La loi autorise les futurs époux à faire de la dot une condition de validité du mariage.

Cela dit, la dot est la propriété de la femme. L'homme est discriminé dans ce sens.

Dans le cas où le mari s'est engagé dans le formulaire type à payer tout ou partie de la dot à la conclusion du mariage, le non-respect de cet engagement devient une cause de nullité du mariage²⁸⁷. Mais seule l'épouse est autorisée à demander la nullité²⁸⁸. Aucun délai ne lui est imposé pour intenter l'action

cc. L'âge matrimonial

Aux termes de l'article. 111 du CF, l'âge matrimonial est de dix-huit (18) ans pour le garçon et seize (16) ans pour la fille *sauf dispense d'âge accordée pour motif grave par le Président du tribunal régional après enquête*.

La disparité d'âge est traditionnellement justifiée par deux raisons : D'abord, la maturité biologique de la fille est plus précoce que celle du garçon, ensuite, l'homme étant chef de famille, il doit avoir une certaine indépendance économique lui permettant d'entretenir un foyer.

La pertinence de ces justifications est très discutable. Le droit sénégalais doit être réformé car la disparité d'âge n'est pas conforme au principe d'égalité prévu par les conventions internationales (PIDCP, Charte africaine, DUDH, DDHC). Et pour une raison plus fondée, le mariage de l'enfant est prohibé par les textes protecteurs des droits de la femme et des droits de l'enfant. Ces textes, selon diverses formules sanctionnent le mariage du mineur.

286. V. article 112 (2) du CF.

287. V. article 138 (3) du CF.

288. V. article 139 (3) du CF.

Ainsi, le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique dispose que l'âge minimum du mariage pour la fille est de dix-huit (18) ans²⁸⁹. La Convention sur l'élimination de toutes formes de discriminations à l'égard des femmes prévoit de son côté que les fiançailles et les mariages d'enfants n'ont pas d'effets juridiques²⁹⁰. Quant à la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, elle prévoit que : « *Les mariages d'enfants et la promesse de jeunes filles et garçons en mariage sont interdits et des mesures effectives, y compris des lois, sont prises pour spécifier que l'âge minimal requis pour le mariage est de 18 ans* »²⁹¹. Toutes ces conventions étant intégrées dans le préambule de la constitution, ont une valeur constitutionnelle.

Les dispositions du Code de la famille en la matière doivent alors être réformées en vue de leur conformité avec la loi fondamentale du Sénégal qui a une valeur supérieure au regard de la hiérarchie des normes.

A défaut d'âge légal au moment de la célébration du mariage et à défaut de dispense judiciaire, la nullité du mariage pourra être demandée à tout moment par toute personne y ayant intérêt, y compris le ministère public, tant que l'époux en cause n'a pas atteint l'âge légal. S'il s'agit de la femme, une fois qu'elle a conçu l'action ne peut plus être intentée que par elle et nulle autre personne.

En plus de la nullité du mariage, l'union matrimoniale avec une personne en-dessous de l'âge légal est sanctionnée pénalement car le fait d'avoir eu, ou tenté d'avoir, des relations sexuelles avec une « épouse » âgée de moins de treize (13) ans est un délit. L'article 300 (2) et (3) du Code pénal dispose à cet égard que :

« Quiconque, lorsqu'il s'agit de la consommation d'un mariage célébré selon la coutume, aura accompli ou tenté d'accomplir l'acte sexuel sur la personne d'un enfant au-dessous de 13 ans accomplis, sera puni de deux ans à cinq ans d'emprisonnement. S'il en est résulté pour l'enfant des blessures graves, une infirmité, même temporaire, ou si les rapports ont entraîné la mort de l'enfant ou s'ils ont été accompagnés de

289. V. article 6.2 B du Protocole.

290. V. article 16.2 de la Convention.

291. V. article 21.2 de la Charte.

violence, le coupable sera puni d'un emprisonnement de cinq à dix ans. »

2. Les effets du mariage

Les effets du mariage peuvent être distingués suivant qu'ils concernent l'homme ou la femme. En effet, le Code de la famille renferme des discriminations à l'encontre des femmes qui ont, dans le mariage, moins de droits que les hommes alors que leurs obligations sont quasiment équivalentes.

Les obligations communes sont de diverses natures. Certaines sont de nature extrapatrimoniale tandis que d'autres sont de nature patrimoniale.

Les obligations matrimoniales de nature extrapatrimoniale sont l'obligation de cohabitation, l'obligation de fidélité et l'obligation de secours et d'assistance. Le respect de ces obligations est à géométrie variable lorsque l'époux est polygame.

L'obligation de cohabitation est énoncée en ces termes par l'article 149 (1) du CF : « *Les époux s'obligent à la communauté de vie. Ils se doivent respect et affection* ». Dans le cas des ménages polygames, le devoir de cohabitation ainsi énoncé peut s'étendre aux co-épouses si telle est la volonté du mari. En effet c'est à lui et à lui seul que revient le choix du domicile conjugal, et la loi ne prévoit pas comme cause d'abandon du domicile ou de refus d'y rejoindre l'époux le fait qu'il y aurait déjà une épouse au domicile choisi. L'article 149 (2) du CF se borne à apporter la précision suivante : « *En cas de polygamie, chaque épouse peut prétendre à l'égalité de traitement par rapport aux autres* ».

Si la communauté de vie dans le respect et l'affection mutuels peut être requis de personnes qui ont accepté de se prendre pour mari et femme ; faire peser pareille obligation sur la première épouse à qui la loi ne reconnaît pas le droit d'accepter ou de refuser la nouvelle épouse qui va partager sa vie et celle de son mari apparaît comme une atteinte au fondement même du mariage qui est le libre consentement de ceux qui y entrent. Or non seulement la femme n'est pas libre de choisir la polygamie ou la monogamie, l'option n'étant exercée que par le mari ; mais elle a encore moins le droit de choisir, ou de consentir ou non au mariage de celle avec qui elle va partager son mari et, le cas échéant, son domicile.

Le Protocole de Maputo relatif aux droits des femmes énonce à ce propos dans son article 6, c) la règle suivant laquelle les États signataires du Pacte sont tenus d'adopter les mesures législatives appropriées pour garantir que : « la monogamie est encouragée comme forme préférée du mariage. Les droits de la femme dans le mariage et au sein de la famille y compris dans des relations conjugales polygamiques sont défendus et préservés ».

Concernant l'obligation de fidélité, elle est énoncée à l'article 150 du CF. Les époux ne doivent pas avoir de relations sexuelles avec une autre personne que le conjoint.

Objet d'une conception extensive adoptée par la jurisprudence faute de définition légale, le devoir de fidélité s'entend tant d'un devoir de fidélité charnelle que d'un devoir de fidélité morale ou affective. Il contraint tout d'abord les époux à n'entretenir de commerce charnel qu'entre eux. Il interdit ainsi à chacun de partager une intimité sexuelle avec tout autre que son conjoint, peu important que la relation extraconjugale soit hétéro ou homosexuelle. L'adultère recouvre donc la forme la plus évidente du manquement dont, ce devoir matrimonial peut être l'objet. Le fait de manquer à cette obligation est constitutif d'adultère.

Cependant la loi a aménagé le cas du mari polygame. C'est ainsi que le Code pénal prévoit expressément la prise en cause de cette situation dans la définition du délit d'adultère. L'article 329 (2) du Code pénal énonce à cet effet que : « *pour les maris polygames, les usages tolérés par la coutume ne sauraient en eux-mêmes constituer l'adultère* ».

Pour ce qui est de l'obligation de secours et d'assistance, elle est énoncée à l'article 151 du CF. Les conjoints sont tenus de s'aider mutuellement et de prendre soin l'un de l'autre²⁹² et des enfants du

292. Le devoir d'assistance oblige les époux à s'entraider physiquement et moralement tout au long de leur existence commune. Il traduit une exigence de solidarité personnelle entre eux. Cette aide mutuelle est due au quotidien et, à plus forte raison encore, lorsque surviennent de graves difficultés dans la vie du couple ou de l'un de ses membres (maladie, deuil, chômage, échec etc.). Concrètement, le devoir d'assistance astreint les conjoints à coopérer dans l'exécution des tâches ménagères, à prodiguer à l'autre les soins que son état physique ou mental réclame, à lui apporter le soutien et le réconfort dont il a besoin le cas échéant. En revanche, l'aide pécuniaire n'entre pas dans l'objet du devoir d'assistance. Il se rattache au devoir complémentaire de secours qui, incombe pareillement aux personnes mariées.

point de vue moral comme matériel. C'est la raison pour laquelle la maladie grave et incurable ne peut constituer une cause d'annulation du mariage que dans les conditions draconiennes énoncées à l'article 138 (5) ° du CF. Le devoir de secours²⁹³ et d'assistance est à cheval entre l'obligation de nature patrimoniale et le devoir de nature purement morale car s'il signifie le fait de prendre soin de son conjoint, il comprend aussi le devoir de l'assister sur le plan matériel. C'est ainsi que le Code de la famille fait peser sur les deux conjoints le devoir de subvenir aux charges du ménage et à l'entretien des enfants. Le non-respect est évidemment sanctionné²⁹⁴.

Des obligations de nature patrimoniale pèsent aussi sur les époux. La femme les supporte au même titre que l'homme. En effet, le Code de la famille fait de l'acquiescement des charges du ménage et de l'entretien des enfants une obligation conjointe. Il est énoncé à l'article 262 (1) du CF la règle suivante :

« Dans le mariage, l'obligation alimentaire entre époux et des époux envers les enfants fait partie des charges du mariage et s'exécute comme obligation d'entretien dans les conditions prévues au titres des régimes matrimoniaux ».

293. Le devoir de secours ne cesse d'être dû que le jour où le divorce est devenu définitif, soit à l'expiration du délai de pourvoi (Cs., 15 mai 2013, 12-11516).

294. Comme toute obligation de faire (ou de ne pas faire) éminemment personnelle, le devoir d'assistance ne peut donner lieu à exécution forcée. Il se rapproche à cet égard des autres devoirs conjugaux d'ordre extrapatrimonial. L'époux qui le méconnaît s'expose néanmoins à deux sanctions possibles, non exclusives l'une de l'autre. Le manquement dont il se rend coupable constitue tout d'abord une faute cause de divorce (ou de séparation de corps) dès lors qu'il lui est imputable, qu'il présente un caractère grave ou renouvelé et qu'il rend le maintien de la vie commune intolérable. Il justifie à ces trois conditions le prononcé d'un divorce pour faute aux torts, exclusifs ou non, de l'époux fautif. Toutefois, en pratique, pareil manquement suffit rarement à lui seul à justifier le prononcé d'un divorce pour faute. Il s'associe en général à d'autres manquements pour déboucher sur la mise en œuvre de cette sanction. L'inexécution du devoir d'assistance recouvre ensuite une faute source de responsabilité civile pour l'époux qui s'en rend coupable. Elle peut donc conduire à la condamnation de ce dernier à verser des dommages-intérêts à son conjoint en vue de réparer le préjudice que la violation du devoir d'assistance lui a causé. L'indemnisation est alors due soit sur le fondement de l'article 266 du CC à raison des conséquences d'une particulière gravité provoquées par la dissolution de l'union, soit sur celui de l'article 1382 du même Code à raison du préjudice distinct né du défaut d'assistance lui-même.

Toutefois quel que soit le régime matrimonial choisi les règles suivantes s'appliquent : d'abord « *dans les mariages polygamiques, le mari ne peut utiliser les revenus de l'une des épouses au profit des autres*²⁹⁵ » ; ensuite « *Sous tous les régimes, les époux s'engagent entre eux et à l'égard des tiers à pourvoir à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants communs*²⁹⁶ ».

Le législateur n'a pas pris la peine de définir en quoi consistent les charges du ménage et c'est une lacune sérieuse car il n'y a pas encore de jurisprudence reconnaissant la contribution non financière de la femme au ménage. Force est donc de constater que jusqu'ici les charges du ménage se résument aux frais relatifs au paiement de factures (charges locatives, eau, électricité, téléphone, alimentation, habillement, frais médicaux, pharmaceutiques et scolaires)²⁹⁷. C'est donc uniquement en fonction de leurs revenus respectifs que la partie contributive de chacun des époux sera évaluée par les juges, le travail non rémunéré effectué par la femme dans le foyer et dans les champs collectifs et individuels, en milieu rural, n'est pas pris en compte. Statuant en appel, le 2 décembre 1982, d'un jugement du 2 juillet 1985 du tribunal départemental de Pikine faisant droit à la requête en contribution aux charges du ménage dirigée contre le mari, le tribunal régional de Dakar a rendu une décision où il définit de la manière

295. V. article 369 dernier alinéa du CF.

296. V. article 375 (1) du CF.

297. « *Ne constituent pas une dette ménagère les opérations d'investissement immobilier* », Civ. 1^{re}, 11 janvier 1984, bulletin civ. I, n° 13 ; *Defrénois*, 1984, article 33354, p. 933, obs. G. CHAMPENOIS, *Gaz. Pal.* 1984, panor. 206, obs. M. GRIMALDI. En l'espèce, la Cour de cassation casse un arrêt, au visa de l'article 220 du CC, pour violation de la loi, car la Cour d'appel avait jugé que les remboursements d'un emprunt immobilier correspondant à une opération d'achat d'une résidence secondaire étaient soumis au mécanisme de la solidarité des dettes ménagères. Même si la famille profite de cette résidence et même si la résidence constituait le logement principal de la famille, les dispositions de l'article 220 du CC n'ont pas vocation à s'étendre aux opérations d'épargne et d'investissement. La Cour de cassation a néanmoins tempéré cette jurisprudence à propos de la location-attribution car seule la dernière charge mensuelle produit l'effet translatif de propriété stipulé par la clause de propriété (Civ. 1^{re}, 9 octobre 1990, Bulletin civ. I, n° 210). De même, les charges de la copropriété doivent être considérées comme ménagères en raison de leur objet (par ex. la consommation d'eau ou le nettoyage des parties communes) dès lors que cet immeuble est affecté au logement de la famille (Civ. 3^e, 1^{er} décembre 1999, *JCP* 2000. I. 245, n° 7, obs. G. WIEDERKEHR).

suivante le mode de calcul de la contribution : « en la matière les critères d'appréciation sont les besoins du demandeur et les ressources de celui à qui la contribution est réclamée. » Le niveau des ressources de la femme a également été examiné par le tribunal qui a noté qu'aucun élément de la procédure ne permettait d'établir que l'épouse disposait d'un quelconque revenu. Cela signifie que dans le cas contraire, le revenu de l'épouse aurait été pris en compte dans le calcul de la partie contributive aux charges du ménage du mari. En fait, le Code de la famille s'étant largement inspiré des dispositions du Code civil français (dans sa version antérieure aux réformes visant à assurer l'égalité en droit des hommes et des femmes en toutes matières), pour déterminer le mode de calcul de la partie contributive de chacun des époux, les juges sénégalais ont utilisé l'article 214 du CC français qui dispose ce qui suit : « *Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues par le Code de procédure civile* ».

L'article 375 (2) du CF précise que ces charges pèsent à titre principal sur le mari. Néanmoins, vis-à-vis des créanciers, l'homme et la femme sont solidairement tenus (c'est-à-dire que chacun peut être poursuivi pour le tout) de l'intégralité des dettes du ménage. La seule condition édictée par le législateur étant que les dettes ne doivent être ni exagérées par rapport au train de vie du ménage, ni contractées avec un tiers de mauvaise foi. En outre, la femme ou l'homme qui refuse de participer aux charges du ménage pourra être poursuivi(e) en justice par son conjoint²⁹⁸. Ce dernier est autorisé à saisir le tribunal départemental d'une demande de saisie-arrêt des traitements, salaires ou pensions payés au conjoint défendeur, afin de percevoir dans la proportion de ses besoins une partie des revenus de ce conjoint.

La Cour d'appel de Dakar a mis l'accent sur la force obligatoire de la règle de la solidarité entre époux dans son arrêt n° 390 du 20 mai 1977²⁹⁹ où elle a considéré que :

« La disposition du second alinéa de l'article 375 du Code de la famille qui met les charges du ménage à titre principal sur le mari n'exclut nullement l'action des tiers à l'égard de la femme ».

298. Article 593 du CPC.

299. *Transcap c. Guinchard*, EDJA, n° 17 du 25 juillet 1990.

Dans un système juridique qui non seulement admet la polygamie, mais encore permet au mari d'imposer à toutes ses épouses de vivre dans le même domicile, les juges devront prendre garde à ce que la règle de la solidarité n'oblige pas en pratique une des épouses à participer à l'entretien de sa ou de ses coépouses et de leurs enfants. En effet, dans un ménage polygame, une femme peut fort bien être saisie pour une dette contractée par son mari au profit d'une autre épouse et de ses enfants. Car il peut être difficile au créancier de savoir pour quel groupe (femme et enfants) la dette a été contractée quand toutes les femmes vivent dans la même maison.

Le principe de la participation conjointe des époux aux charges du ménage est réitéré pour ce qui concerne les frais relatifs à l'entretien des enfants.

Le Code de la famille fait peser sur l'homme et la femme, sans distinction, l'obligation de nourrir, d'entretenir, d'élever et d'éduquer les enfants. Le Code de la famille pose donc l'égalité de devoirs entre le père et la mère vis-à-vis des enfants³⁰⁰. Toutefois le Code de la famille ne reconnaît pas à la mère des droits équivalents aux obligations qu'il fait peser sur elle. C'est en effet le mari qui dispose de l'exercice exclusif de la puissance paternelle. C'est là un des droits réservés au mari.

La communauté des obligations qui pèsent sur les époux jure avec la multitude des droits propres réservés à l'époux.

Aucune réforme législative n'a abrogé les dispositions du Code de la famille qui attribuent au mari, du seul fait de son sexe, le statut de chef de famille³⁰¹ avec les attributs également discriminatoires qui vont avec et qui sont : la puissance maritale et la puissance paternelle. Pourtant, il s'agit là de dispositions archaïques et importées. Elles sont la reprise parfois mot à mot parfois résumées des articles 213 à 224, 373 et 389 du CC français dans leur version originale, c'est-à-dire datant de 1804³⁰². Il est assez ironique, et en tout cas symptomatique de la manière dont la colonisation a laissé son empreinte, qu'au nom du modernisme le législateur sénégalais ait choisi de recopier les dispositions surannées du droit de l'ancienne métropole, tandis que le

300. Article 155 du CF.

301. Article 152 du CF.

302. Ces articles ont été depuis expurgés du Code civil par la vague des réformes enclenchées par le mouvement féministe, mais le Code de la famille les maintient.

droit multimillénaire négro-africain fondé sur le matriarcat et le respect dû à l'être humain quel que soit son âge ou son sexe continue à être ignoré par le Code de la famille.

La puissance maritale se manifeste par l'attribution du statut de chef de famille au mari et par l'attribution au choix de la résidence du ménage par ce dernier.

La puissance maritale et le statut de chef de famille accordé au mari lui donnent le droit d'être le seul à prendre les décisions concernant son épouse, ou ses épouses, et leurs enfants.

La loi n'impose aucun devoir de concertation au mari.

L'article 152 se contente de préciser qu'il doit exercer le pouvoir qui lui est octroyé dans l'intérêt commun du ménage et des enfants. Jusqu'en 1989, date à laquelle la loi n°89-01 du 17 janvier 1989 a abrogé l'article 154 du CF, le mari était autorisé à s'opposer à ce que sa femme exerce une profession. L'opposition du mari ne pouvait être levée que par un juge qui devait vérifier que l'opposition était justifiée par l'intérêt de la famille.

Les dispositions relatives à la puissance paternelle, autorisent également l'épouse à saisir le tribunal départemental (le tribunal d'instance) chaque fois qu'elle estime qu'une décision de son mari concernant leur enfant est contraire aux intérêts de ces derniers³⁰³. Mais ce droit d'agir n'efface en rien la discrimination dont elle est victime du fait de son sexe.

La discrimination due à l'élévation du mari au statut de chef de la famille et donc de sa femme, a pour autre conséquence de donner au mari uniquement le droit de déterminer le domicile conjugal. Une autre règle qui, en dépit des aménagements qui l'accompagne, n'en reste pas moins attentatoire au principe de l'égalité en droits des hommes et des femmes.

L'article 6 lit. e) du Protocole de Maputo relatif aux droits des femmes dispose ce qui suit : « *les deux époux choisissent, d'un commun accord, leur régime matrimonial et leur lieu de résidence* ». Le Code de la famille contient pourtant cet article 153 du CF qui, en totale opposition avec les engagements internationaux de l'État du Sénégal et sa propre Constitution énonce que : « *Le choix de la résidence du ménage appartient au mari ; la femme est tenue d'y habiter avec lui et il est tenu de l'y recevoir* ». Ainsi, que le ménage soit polygame ou monogame, la loi ne reconnaît pas à la femme

303. Articles 109 (3) et 277 (2) du CF.

mariée le droit de choisir son domicile conjugal, ce choix est opéré à titre principal par le mari, et à titre exceptionnel par le juge³⁰⁴.

La loi n° 89-01 du 17 janvier 1989 a abrogé la disposition de l'article 13 du CF qui, en matière de fixation du domicile, identifiait le statut de la femme mariée à celui du mineur et du majeur en tutelle. Cependant le maintien de l'article 153 du CF laisse subsister l'assimilation de la femme mariée à une personne déficiente mentale ou immature. La femme mariée a l'obligation de participer aux charges du ménage, mais elle n'a pas le droit de participer au choix de la résidence dans laquelle elle est tenue de vivre. Quitter le domicile conjugal sans autorisation judiciaire ni autorisation du mari, expose la femme à des sanctions civiles et pénales. Au civil, cela constitue une cause de divorce pour faute qui engage la responsabilité de son auteur et le droit pour son conjoint de lui réclamer des dommages et intérêts. Au pénal, l'abandon de domicile conjugal est puni d'une peine d'emprisonnement de trois mois à un (1) an et d'une amende de vingt (20) à deux cent cinquante (250) mille FCFA³⁰⁵. En choisissant de condamner la règle coutumière, connue sous le nom de *fey* en wolof, qui permet à la femme de se défendre contre les mariages forcés et contre les injures, humiliations ou sévices qu'elle pourrait subir au domicile conjugal en étant libre de le quitter à tout moment pour rejoindre son domicile d'origine, le législateur sénégalais a renforcé la vulnérabilité des femmes ainsi que leur dépendance vis-à-vis de leur mari.

C'est ainsi que, en plein 21^{ème} siècle, une décision rendue le 27 juillet 2006 par le tribunal départemental de Vélingara a condamné à six mois de prison ferme et à une amende de 100 000 FCFA pour abandon de domicile conjugal une mineure de douze (12) ans qui avait fui le domicile de son mari qu'elle disait être violent. Dans son ignorance du Code de la famille, cette petite fille, pour se protéger, s'est fondée sur le seul droit qu'elle connaissait, le droit coutumier. Elle ne savait pas qu'elle pouvait demander l'annulation de son mariage pour défaut d'âge légal. Elle ne savait pas non plus que pour avoir un autre domicile que celui fixé par le mari, la femme doit disposer d'une autorisation judiciaire en ce sens.

En effet, l'article 153 (2) du CF impose à la femme qui ne veut pas habiter au lieu choisi par son mari comme domicile conjugal de

304. Article 153 (2) du CF.

305. V. article 350 du Code pénal.

saisir le tribunal départemental (d'instance). Elle doit prouver en appui de sa demande que la résidence fixée par son mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou moral. Une fois cette preuve apportée, il appartiendra au tribunal de fixer à la femme un autre domicile conjugal. La Cour d'appel a souligné que le juge dispose d'un pouvoir souverain pour prescrire, dans l'intérêt de la famille, la résidence séparée des époux³⁰⁶. Dans le jugement rendu en appel le 08 novembre 2006³⁰⁷, confirmant le divorce aux torts de la femme prononcé par le premier juge, le tribunal régional de Dakar a rejeté pour défaut de preuve les raisons alléguées par une épouse pour quitter son domicile conjugal. Les faits invoqués par l'épouse étaient le caractère belliqueux de la première épouse et des enfants de cette dernière qui avaient le même âge qu'elle. Elle précisait au surplus qu'elle avait toujours vécu dans une autre villa de son mari qu'elle avait même personnellement rénové sur fonds propres avant que son mari lui demande de rejoindre la résidence occupée par la première femme et ses enfants. Ce qu'elle a refusé de faire. Il lui en a coûté un divorce à ses torts. La décision du 04 février 2004 du tribunal régional de Dakar³⁰⁸ semble indiquer qu'il ne suffit pas d'invoquer la menace ou la crainte d'un danger pour être autorisée à se prévaloir de l'exception de l'article 153 (2) du CF. Le caractère de certitude du danger doit donc nécessairement correspondre au fait qu'il s'est matérialisé. Dans cette affaire, une action en divorce pour abandon de domicile conjugal était intentée contre une femme qui se justifiait en invoquant le fait qu'elle s'était battu avec une cousine de son mari vivant au domicile conjugal et que cela lui avait valu neuf jours de prison. À sa sortie de prison, elle s'était installée chez sa mère. En première instance, le tribunal départemental de Rufisque avait prononcé le divorce aux torts partagés pour abandon de domicile conjugal, violences verbales et défaut d'entretien³⁰⁹. En seconde instance le tribunal régional de Dakar a rejeté le grief d'abandon de domicile conjugal considérant que :

« le domicile conjugal présentait au sens de l'article 153 du CF pour la femme un danger certain résultant du fait que la cousine du mari avec qui elle s'était bagarrée habite ce

306. Arrêt n° 366, du 8 décembre 1976.

307. V. Recueil des annexes, polycopié CREDILA, p. 149.

308. V. décision n° 367, Recueil des annexes, polycopié CREDILA, p. 170.

309. Jugement n° 215, du 25 septembre 2003.

domicile et en y retournant dès sa sortie de prison il y avait le risque de tension d'autant qu'elle a été condamnée avec sursis ; qu'ainsi le danger d'ordre physique étant établi le seul P. V. de constat d'huissier du 14 avril 03 soit cinq jours après son élargissement de prison est insuffisant à caractériser l'abandon de domicile conjugal ».

De la même manière que la puissance maritale dénie à l'épouse ses droits à l'égalité devant la loi, la puissance paternelle lui ôte ses droits de mère à l'exercice de son autorité envers ses enfants. L'exercice de la puissance paternelle est une prérogative du mari.

L'État du Sénégal n'a toujours pas mis le Code de la famille en conformité avec l'article 16 lit. d) de la CEDEF qui enjoint aux Etats parties de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer aux hommes et aux femmes, sur la base de l'égalité : « *Les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants* ». Au Sénégal, la puissance paternelle est exercée, comme son nom l'indique, au père. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que la mère est autorisée à l'exercer³¹⁰.

La puissance paternelle appartient au père et à la mère mais l'exercice est attribué en principe au père.

Durant le mariage c'est le mari qui est seul légalement habilité à prendre toutes les décisions concernant les enfants du couple. Aucune obligation de concertation avec la mère des enfants ne pèse sur lui. En revanche, la mère qui conteste le bien-fondé d'une décision du père doit saisir le tribunal départemental du domicile de l'enfant, et apporter la preuve que la décision en cause est contraire aux intérêts de l'enfant et de la famille³¹¹.

La mère ne peut exercer la puissance paternelle que dans des cas limitativement énumérés et à condition que le juge ne s'y oppose pas. Les cas dans lesquels l'exercice de la puissance paternelle passe à la mère sont les suivants³¹² : la délégation de puissance paternelle à la mère³¹³; la déchéance totale ou partielle du père des droits de puissance

310. V. article. 277, 289 et s. du CF.

311. V. article 277 (2) du CF.

312. V. article 277 (3) et (4) du CF.

313. V. article 289 du CF.

paternelle³¹⁴, pour ceux des droits qui lui sont retirés ; l'absence, l'incapacité, l'éloignement ou toute autre raison empêchant le père de manifester sa volonté ; la condamnation du père pour abandon de famille ; l'intérêt de l'enfant en cas de séparation de fait des conjoints, la séparation de fait concerne l'hypothèse où les époux ont des résidences séparées sans qu'une séparation ait été judiciairement prononcée par le tribunal départemental.

Le seul droit qui est exclusivement réservé à la femme est celui de porter le nom de son mari.

En effet le mari ne dispose pas du droit de porter le nom de son épouse. Le droit de porter le nom du mari est totalement inconnu du droit coutumier africain (où la femme garde son nom, ses biens, et sa pleine capacité juridique). Il tire son origine de la consécration d'une coutume française obligeant la femme mariée à troquer son « nom de jeune fille » contre celui de son mari. Cette coutume date de l'époque où la femme française était légalement traitée, toute sa vie durant, comme une mineure. Célibataire, la femme était sous la tutelle de son père, mariée elle passait sous celle de son époux. Il était l'administrateur légal des biens de son épouse et elle ne pouvait conclure aucun acte juridique sans le concours de son conjoint³¹⁵. Le port du nom du mari marquait ainsi l'absence d'autonomie de la femme au sein du couple. Le Code de la famille du Sénégal a repris cette tradition française en autorisant la femme mariée à conserver son nom mais tout en lui donnant le droit d'ajouter ou de substituer le nom de famille de son mari au sien³¹⁶. La femme ne perd ce droit d'usage qu'en cas de divorce.

3. Les atteintes aux droits de la famille

Plusieurs infractions peuvent porter atteinte aux droits familiaux : il s'agit notamment de la bigamie, de l'adultère et de l'abandon de famille.

314. V. articles 296 et 297 et s. du CF.

315. V. articles 212 à 226 du CC français dans leurs versions originales.

316. Article 7 du CF. Certaines législations ne permettent pas à la femme de garder son nom de jeune fille. Il en est ainsi par exemple de la loi béninoise (article 12 (1) du Code des personnes et de la famille). La Cour constitutionnelle l'avait déclaré contraire à l'article 26 de la Constitution. Pour la Cour, « *le mariage ne devant pas faire perdre son identité à la femme mariée, celle-ci doit pouvoir garder son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari* », décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002.

a. La bigamie

La femme ne peut avoir simultanément deux maris. La bigamie lui est interdite. Elle ne peut donc se remarier tant qu'il n'a pas été fait mention sur le registre de l'état civil de la dissolution de son précédent mariage. La bigamie est sanctionnée pénalement par un emprisonnement de six (6) mois à trois (3) ans et d'une amende de 20 000 à 300 000 FCFA³¹⁷. Du côté de l'homme, la bigamie n'est sanctionnée qu'en tenant compte de son option de statut conjugal.

b. L'adultère

L'adultère est le fait d'avoir des relations sexuelles avec une personne autre que son conjoint. Le délit d'adultère peut être commis aussi bien par le mari que par l'épouse. L'adultère ne peut être prononcé que par l'autre conjoint³¹⁸. L'époux adultère est puni d'une amende de 20 000 à 100 000 FCFA. L'autre époux reste maître d'arrêter ou non l'effet de la condamnation³¹⁹. L'adultère est en outre une cause de divorce prévue par l'article.

C. L'abandon de famille

Est punie d'une peine d'emprisonnement de trois mois à un (1) an et d'une amende de 20 000 à 250 000 FCFA, la mère (comme du reste le père) qui abandonne sans motif grave, pendant plus de deux mois, la résidence familiale et se soustrait à ses obligations naturelles résultant de la puissance paternelle ou de la tutelle légale³²⁰. Est punie de la même peine, le mari qui, sans motif grave, abandonne volontairement, pendant plus de deux mois, sa femme qu'il sait enceinte³²¹.

317. V. article 333 du Code pénal.

318. V. article 329 du Code pénal.

319. V. article 330 du Code pénal.

320. V. article 350 du Code pénal.

321. V. article 350 du Code pénal.

Paragraphe 2 : Le statut patrimonial de la femme dans le Code de la famille

Il faudrait passer en revue les prérogatives de la femme dans la gestion du régime matrimonial, les droits alimentaires de la femme et ses droits successoraux.

A. Les prérogatives de la femme dans la gestion du régime matrimonial

Alors que la déclaration d'option relative au choix du type de mariage envisagé (monogamique ou polygamique) ne peut être faite que par le conjoint ou futur conjoint de sexe masculin, l'option du régime matrimonial doit être reçue sous la forme d'une déclaration commune des futurs époux recueillie par l'officier de l'état civil. En cela, le législateur sénégalais s'est démarqué de sa logique discriminatoire à l'égard des femmes

Les époux peuvent, au moment de la célébration du mariage opter pour l'un des trois régimes matrimoniaux suivants : la séparation des biens, le régime dotal, le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts. Le régime matrimonial organise les relations pécuniaires entre les époux et la femme dispose de certains pouvoirs sous tous les régimes.

Un époux, qu'il s'agisse du mari ou de la femme, peut donner mandat à l'autre de le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue. Si l'un des conjoints est hors d'état de manifester sa volonté, l'autre peut demander une habilitation judiciaire pour le représenter dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial.

Un conjoint peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de l'autre conjoint est nécessaire si le refus de ce dernier n'est pas justifié par l'intérêt de la famille.

Chacun des époux peut se faire ouvrir tout compte de dépôt et tout compte de titre en son nom personnel, et est réputé à l'égard du banquier, avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt.

La vente entre époux est nulle. En revanche, deux époux peuvent, seuls ou avec d'autres personnes, être associés dans une même société et participer, ensemble ou non, à la gestion sociale. Toutefois, cette

faculté n'est ouverte que si les époux ne doivent pas l'un et l'autre être indéfiniment et solidairement des dettes sociales.

Le régime de la séparation des biens qui constitue le droit commun suppose que chacun des époux conserve la gestion et la libre disposition de ses biens personnels.

Chaque époux répond personnellement de ses dettes³²², sauf pour les engagements relatifs aux charges du mariage³²³.

Malgré que la séparation de biens soit un régime où il ne saurait exclusivement exister que des biens personnels, Il peut se poser des situations conflictuelles entre les époux qui revendiquent réciproquement leur qualité de propriétaire sur un même bien. Il se posera alors la question de la preuve de la titularité du droit.

La question est de savoir comment un époux, particulièrement la femme pourra –t-elle prouver la propriété de son bien ?

L'article 381 du CF résout la question de la propriété exclusive soit par la liberté de la preuve soit en posant des présomptions légales au profit d'un époux. « *Tant à l'égard de son conjoint que des tiers, un époux peut prouver qu'il a la propriété d'un bien par tous moyens* ». La femme agissant contre son conjoint ou un tiers peut alors user de moyens très divers pour établir sa propriété exclusive sur un bien. Ce peut-être un reçu, une facture, une présomption, un témoignage.

Par ailleurs, la propriété exclusive peut aussi s'attester parfois par le biais de présomptions légales simples, c'est-à-dire qui supportent la preuve contraire qui sont au nombre de trois.

La première présomption de propriété exclusive posée par l'article 381 (2) du CF est relative aux biens meubles ayant un caractère personnel³²⁴ ou portant sur des droits exclusifs propres à un époux (ils peuvent s'agir de droits patrimoniaux ou extrapatrimoniaux)

La seconde présomption de l'article 381 (3) du CF vise « *les meubles meublants de la principale habitation du mari* » présumés lui appartenir. L'épouse devra à ce titre être vigilante au moment du mariage et garder les preuves de sa propriété si tel est le cas.

322. L'article 380 (2) du CF dispose que : « *chaque époux reste seul tenu des dettes nées en sa personne, avant ou pendant le mariage* ».

323. V. article 375 du CF.

324. Ce sont les biens qui entretiennent avec un époux des liens assez étroits, tels que, des bijoux, vêtements, héritages familiaux spécifiés, outils de travail etc.

La troisième présomption de l'article 381 (3) du CF a trait à la propriété exclusive dans les foyers polygamiques où « *sont réputés appartenir à chaque épouse les meubles meublants trouvés dans la demeure qui lui a été fixée par le mari hors de la principale habitation de celui-ci* ».

Cependant, il se peut se poser une difficulté d'identification du conjoint véritablement propriétaire du bien meuble. Pour l'établissement de cette qualité, le législateur a préféré maintenir les époux dans une propriété indivise. Ainsi, l'article 382 confère aux époux des pouvoirs équivalents dans l'administration du bien indivis, avant d'imposer un partage par moitié de ce dernier au moment de la liquidation du régime matrimonial.

Le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts présente une certaine originalité dans la mesure où pendant le mariage, les époux vivent comme s'ils étaient séparés de biens. En effet, l'expression communauté paraît trompeuse.

La femme dispose d'une certaine protection dans le régime communautaire.

La femme peut demander la dissolution du régime

L'article 395 (1) du CF en ces termes dispose : « *si le désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son inconduite donne lieu de craindre que la continuation du régime communautaire ne compromette les intérêts du conjoint, celui-ci pourra poursuivre la séparation de biens en justice* ». Or, l'on sait que le mari est le chef de famille, en cette qualité, il gère les biens de la communauté.

3. La femme dispose d'une autonomie sur ses biens

En effet, l'article 389 (1) du CF dispose que : « *quand les époux ont déclaré se marier sous le régime communautaire, leurs biens sont gérés, pendant le mariage, comme sous le régime de la séparation de biens* ». Ainsi, dans le régime communautaire chaque époux demeure propriétaire exclusif des biens meubles et immeubles qu'il avait acquis avant le mariage, et de tous les biens qui, pendant l'union conjugale, ont été acquis à titre onéreux, ou encore par succession ou libéralités.

Au-delà, l'article 390 (2) du CF permet à chaque conjoint de gérer *seul ses biens, sans distinction selon leur nature, leur origine ou leurs conditions d'acquisition*.

Toujours dans cette perspective des idées séparatistes traversant le régime communautaire, l'article 391 (3) du CF dispose que : *« chacun des époux peut léguer l'un des biens exclus de la liquidation ou sa partie dans la liquidation des droits des époux à la dissolution du régime »*.

La femme peut accomplir seule les actes d'administration sur ses biens. L'article 390 (1) du CF dispose que : *« par l'adoption du régime communautaire, les époux se donnent le pouvoir réciproque et irrévocable d'accomplir sur leurs biens tous les actes d'administration »*.

4. La femme dispose d'un pouvoir de codécision aussi bien pour les actes de disposition que pour les actes d'acquisition

Pour les actes de disposition, l'article 391 (1) du CF dispose que :

« Ne peuvent être faits que du consentement des époux les actes de disposition emportant aliénation totale ou partielle, à titre onéreux ou gratuit, d'immeubles, de fonds de commerce ou de droits sociaux non négociables. Les capitaux provenant de ces opérations ne peuvent être perçus sans ce consentement commun ».

Pour les actes d'acquisition, l'article 392 (3) du CF impose un consentement mutuel des époux pour l'acceptation pure et simple d'une succession ou d'une donation avec charge. La restriction de l'article 392 (3) du CF est protectrice des intérêts de l'autre conjoint, en ce que l'acceptation pure et simple d'une succession en lieu et place d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire, contraint l'époux acceptant à répondre du passif de la succession par ses biens propres. Ce faisant, une telle acceptation peut entraîner un appauvrissement de l'autre conjoint en cas de dissolution du régime matrimonial ou certains biens personnels vont se convertir en biens communs

Dans l'optique de la liquidation du régime communautaire, l'article 393 du CF informe sur les procédés de répartition des biens entre les époux. Dans une telle perspective, l'actif du patrimoine familial sera éclaté en deux masses : la première intègre les biens personnels des époux devant être exclus de la liquidation, tandis que la seconde masse concerne les biens communs.

S'agissant des biens propres extérieurs à la liquidation l'article 393 (2) du CF vise *« les immeubles immatriculés dont chacun des*

époux était propriétaire avant le mariage, ceux (immeubles) qui leur sont advenus personnellement pendant le mariage, par succession ou libéralités, les biens qui par leur nature ou leur destination ont un caractère personnel, les droits exclusivement attachés à la personne ».

Une fois les biens personnels déterminés à savoir ceux devant être exclus de la liquidation, les biens communs pourront faire l'objet de partage ou vaquer au paiement des dettes conclues pendant le mariage. À cet effet, lorsque les biens communs déclinent une consistance supérieure à celle des dettes, l'excédent sera réparti en deux parties égales entre les époux ou à leurs ayants cause³²⁵. À l'inverse, s'il est avéré que le passif familial dépasse l'actif de la liquidation, les époux vont devoir solidairement répondre de telles dettes sur leurs biens personnels³²⁶.

C'est à ce niveau que la femme subit des discriminations dans la mesure où elle répondra des dettes alors qu'elle ne bénéficie pas d'un droit parallèle à la qualité de chef de famille de l'époux.

Dans le régime dotal, une catégorie de biens appelés biens dotaux offerte par une personne autre que le mari est affectée au régime choisi expressément par les époux³²⁷. Il s'agit des biens visés par l'article 384 (2) que sont : les immeubles immatriculés, les valeurs mobilières déposées dans une banque à un compte spécial appelé « compte dotal » et les animaux formant un cheptel ainsi que leur croît, les biens acquis en échange ou remploi ou sous-emploi d'un bien originellement dotal (alinéa 4).

Le fonctionnement du régime laisse apparaître une certaine discrimination à l'égard de la femme.

En effet, le mari est seul administrateur de tels biens alors que ces derniers relèvent de la propriété de la femme même si sa responsabilité pourrait être engagée en cas de mauvaise gestion. La femme ayant un simple droit de regard. L'article 385 du CF dispose que : « *les biens soumis au régime dotal sont remis au mari. Celui-ci les administre, pendant le mariage, en bon père de famille* ».

Par ailleurs, la femme ne dispose en principe des immeubles dotaux, ni le mari d'ailleurs en vertu du principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux. Elle ne peut procéder à l'aliénation de ces

325. V. article 394 (2) du CF.

326. V. article 394 (3) du CF.

327. Il faudrait d'ailleurs souligner que le régime dotal est pratiquement inappliqué au Sénégal.

immeubles que dans deux hypothèses et avec le consentement de son mari : « *la femme peut, avec le consentement du mari, donner ses immeubles pour l'établissement des enfants communs* ». Aussi, chacun des époux pourra saisir le juge aux fins de vente d'un immeuble dotal dans l'intérêt de la famille.

Concernant les biens meubles dotaux à savoir les valeurs mobilières déposées dans une banque à un compte spécial et les animaux formant un cheptel ainsi que leur croît, en principe, leur aliénation n'est autorisée qu'à la condition de leur emploi dans les biens dotaux, ou encore en cas d'habilitation judiciaire pour la préservation de l'intérêt de la famille.

Bien que ce soit l'intérêt de la famille qui justifie la règle de l'inaliénabilité des biens dotaux, la restriction des droits de la femme en sa qualité de propriétaire est à bien des égards critiquables.

5. *La femme est, dans une certaine mesure protégée dans le régime dotal*

En effet, constatant la mauvaise administration par son mari des biens dotaux, elle peut obtenir du juge la mutation du régime dotal en un régime de séparation de biens.

Aussi, à la dissolution du régime dotal les biens dotaux sont restitués à la femme ou à ses héritiers³²⁸. Cette restitution, en principe, se fera en nature et sans délai, ou encore en valeur si le mari après l'aliénation d'un bien dotal justifiée par sa bonne administration n'a pas encore pourvu à son emploi.

Cette obligation de restitution protège le droit de propriété de la femme dans la mesure où les biens qui constituaient les biens dotaux vont réintégrer son patrimoine.

B. Les droits alimentaires de la femme

En cas de séparation de corps, le mari continue d'assurer l'obligation d'entretien par le biais de l'obligation alimentaire. En effet, l'article 262 (2) du CF précise qu' : « *en cas de séparation de corps, la pension alimentaire telle qu'elle est fixée, suivant le mode de séparation, par le juge ou par les parties, se substitue à l'obligation d'entretien* ».

328. V. article 388 du CF.

En cas de divorce, l'obligation d'entretien qui incombait au mari pendant le mariage survit de façon exceptionnelle en cas de divorce pour incompatibilité d'humeur ou pour maladie grave et incurable de la femme. Cette obligation d'entretien est alors transformée en obligation alimentaire. En cas de divorce pour incompatibilité d'humeur, l'obligation alimentaire prend effet, à compter du jugement de divorce pour une période de six (6) mois. En cas de divorce pour maladie grave et incurable de la femme, la durée de survie de l'obligation d'entretien est de trois (3) ans au maximum.

L'obligation d'entretien cesse lorsque le mari établit qu'il n'a plus de ressources ou lorsque la femme se remarie avant l'expiration de ces délais.

C. Le statut successoral de la femme

Il existe deux systèmes successoraux en droit sénégalais : le système successoral de droit moderne et le système successoral de droit musulman.

L'application du système successoral de droit musulman est subordonnée à la volonté de la personne de son vivant. Le fondement textuel de la possibilité de choix en faveur des successions musulmanes est l'article 571 du CF qui dispose que : « *Les dispositions du présent titre s'appliquent aux successions des personnes qui, de leur vivant, ont, expressément ou par leur comportement, indiscutablement manifesté leur volonté de voir leur héritage dévolu selon les règles du droit musulman* ».

En l'absence de choix en faveur des successions musulmanes, c'est le système successoral de droit commun qui s'applique.

1. Le statut de la femme dans les successions de droit commun

Les successions de droit commun ne comportent pas de discriminations liées au sexe. Les hommes et les femmes ont les mêmes droits successoraux. Cependant, le statut successoral du conjoint survivant est uniforme à la condition qu'il s'agisse d'un foyer mono-gamique.

En effet, le conjoint survivant, l'épouse comme l'époux, peut faire valoir pleinement ses droits successoraux. Ainsi, lorsque le conjoint survivant est en concours avec enfants légitimes ou descendants de ces derniers, l'article 530 du CF précise qu'il « *a droit à une partie*

d'enfant légitime le moins prenant, sans qu'elle puisse être supérieure au quart de la succession ».

La partie de l'enfant légitime le moins prenant peut s'envisager dans l'hypothèse où ce dernier a bénéficié d'une libéralité de son auteur et que par le biais du rapport aux fins d'égalité, il doit rapporter cette libéralité. En cas d'inexistence de successibles dans le premier ordre des légitimes (enfants ou descendants) et en concours avec les collatéraux (ordinaires ou privilégiés) ou les ascendants (ordinaires ou privilégiés), le conjoint survivant emporte la moitié de la succession³²⁹.

L'absence d'héritiers au degré successible permet au conjoint survivant de recueillir toute la masse successorale³³⁰. La particularité de la situation successorale de la veuve se manifeste dans le cadre de foyers polygamiques où les veuves survivantes se partageront en principe la partie réservée au conjoint par tête³³¹.

2. Le statut de la femme dans les successions de droit musulman

Les successions musulmanes sont caractérisées par des règles discriminatoires fondées notamment sur le sexe. Ainsi, les femmes sont fortement discriminées face aux hommes. Caractérisées par le privilège de masculinité, les successions musulmanes privilégient les hommes au détriment des femmes. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, un des ordres successoraux³³², l'ordre des parents par les femmes est presque toujours écarté de la succession.

Une autre manifestation des discriminations à l'égard des femmes est constituée par l'existence d'un ordre successoral assez particulier, celui des *aceb* par un autre. Il s'agit exclusivement de successibles de sexe féminin alors que ces dernières sont normalement des légitimaires puisque les légitimaires de sexe féminin sont : la fille, la fille du fils, la fille du petit-fils né d'un fils, la mère, l'aïeule maternelle quel que soit son degré, la sœur germaine, consanguine ou utérine, la veuve.

L'intégration de certaines femmes dans l'ordre des *aceb* en lieu et place de celui des légitimaires a pour objectif de diminuer la part devant

329. V. article 531 du CF.

330. V. article 532 du CF.

331. V. article 529 (2) du CF.

332. Dans les successions musulmanes, les héritiers sont classés en trois ordres successoraux que sont l'ordre des *acebs*, l'ordre des légitimaires et l'ordre des parents par les femmes.

être consentie à l'héritière si elle est considérée comme légitimaire. L'assimilation de la femme à un *aceb* aura ainsi pour effet, en vertu du privilège de masculinité, de réduire de moitié sa partie successorale lorsqu'elle est en concurrence avec un héritier mâle du même lien de sang, de la même classe et du même degré. La liste des *aceb* par un autre est prévue par l'article 578 (2) du CF. Il s'agit de la fille (du défunt), de la fille du fils, de la sœur germaine ou consanguine. Ces héritières originellement considérées comme des légitimaires en concurrence avec un fils, un petit-fils, un frère germain, un frère consanguin, vont se transformer en *aceb*.

La vocation successorale des parents par les femmes se réalise difficilement. Dans ce dernier ordre, les héritiers ne sont intégrés dans le partage du patrimoine du défunt, qu'en l'absence d'héritiers *aceb* ou de légitimaires³³³.

Parmi les successibles parents par les femmes, l'on peut noter par exemple : les enfants de la fille, les enfants d'un frère utérin, l'oncle maternel. La parenté par les femmes est alors minimisée dans les successions de droit musulman compte tenu de la place de second réservée au sexe féminin.

Parallèlement, certaines femmes, par leur qualité de légitimaire, ont toujours vocation à une part successorale. Dans cette catégorie de légitimaires, l'on peut compter la fille, la mère, la veuve, qui dans tous les cas héritent à côté du père et du mari. Cependant, la certitude de la vocation successorale de ces dernières n'entame en rien leur statut discriminatoire. Pour avoir une idée de ces discriminations, il suffit d'analyser la situation de la veuve au regard de celle du veuf, la situation de la fille au regard de celle du fils, la situation de la mère au regard de celle du père.

La situation successorale de la veuve est moins avantageuse que celle du veuf. En effet, s'agissant du mari, en l'absence de descendant, il recueille la moitié de la succession³³⁴. En concours avec des descendants, le législateur lui réserve le quart de la masse successorale³³⁵. Pour ce qui a trait à la veuve, en l'absence de descendant du

333. L'article 643 du CF dispose qu' « à défaut d'héritiers légitimaires ou d'héritiers *aceb*, les parents par les femmes sont appelés à la succession ».

334. V. article 603 du CF.

335. L'article 608 du CF dispose que : « la légitime du mari est du quart lorsque la femme laisse un ou plusieurs descendants successibles ».

de cuius, elle dispose du quart de la masse successorale³³⁶. En concours avec un ou des descendants, elle recueille le huitième de la succession³³⁷. Dans les foyers polygamiques, les différentes veuves se répartissent ce quart ou ce huitième de la succession.

Pour le père écarté de l'ordre des *aceb* par un descendant de sexe masculin, sa part successorale en qualité de légitimaire est égale au sixième de la masse successorale³³⁸. En concours avec une fille, il recueille toujours en qualité de légitimaire le sixième tout en conservant sa vocation d'*aceb*, ce qui lui permet d'emporter le reliquat après calcul de la part successorale de la fille³³⁹.

En ce qui concerne la mère, aux termes de l'article 614 (1) du CF, elle « *a droit au tiers de la succession lorsque le défunt n'a laissé ni descendant successible ni deux ou plusieurs frères ou sœurs germains, consanguins ou utérins* ». Toutefois, en concurrence avec le père et le mari, la mère ne recueille, après déduction des parties accordées à ces héritiers susvisés, que le sixième de la succession³⁴⁰. Elle emporte aussi le sixième de la succession lorsque le *de cuius* « *a laissé un ou plusieurs descendants successibles ou bien deux ou plusieurs frères ou sœurs germains, consanguins ou utérins* »³⁴¹.

Paragraphe 3 : La désagrégation de la famille

Le lien matrimonial peut subir un relâchement sans être rompu, c'est dans l'hypothèse de la séparation de corps. C'est le divorce qui conduit à la rupture totale du mariage.

A. La séparation de corps

L'obligation de cohabitation est un effet essentiel du mariage. Les conjoints ne peuvent y déroger que dans les cas prévus par la loi.

336. V. article 609 (1) du CF.

337. V. article 610 (1) du CF.

338. V. article 618 du CF.

339. L'article 582 (2) du CF dispose que : « *le père venant à la succession avec une fille du défunt, prélève un sixième de la succession en tant que légitimaire et recueille, comme *aceb*, le reliquat de cette succession, déduction faite de la partie revenant à la faille* ».

340. V. article 619 (2) du CF.

341. V. article 619 (1) du CF.

C'est ainsi que la femme, ni l'homme, ne peut quitter le foyer conjugal sans y être autorisée par le juge sous peine de sanction pour abandon de domicile conjugal.

La femme qui ne peut plus rester en ménage avec son époux peut observer une période de séparation sur décision du juge. C'est la séparation de corps qui peut être par consentement mutuel ou contentieuse.

La séparation de corps est prononcée par le juge. Elle est la situation juridique par laquelle, deux époux qui ne s'entendent plus, sont dispensés de mener une vie commune, sans que leur mariage soit rompu.

Les conditions et la procédure sont les mêmes pour la séparation de corps et pour le divorce, tandis que la séparation de corps contentieuse obéit aux mêmes règles que celles du divorce contentieux³⁴², la séparation de corps par consentement mutuel est régie par les dispositions relatives aux conditions et à la procédure du divorce par consentement mutuel. Mais si la séparation de corps est assimilable au divorce pour ce qui est des conditions et de la procédure, en revanche les effets de la séparation de corps et du divorce doivent être étudiés séparément car ils sont fort différents.

L'article 181 du CF résume le régime légal de la séparation de corps. Il prévoit que la séparation de corps : « *met fin à l'obligation de cohabitation, impose aux époux le régime de la séparation des biens s'ils n'y étaient pas déjà soumis et maintient les autres effets du mariage entre époux* ». En effet, la séparation de corps met fin à l'obligation de vivre ensemble, mais elle ne met pas totalement fin à l'obligation des époux de participer aux charges du ménage et de se porter mutuellement aide et assistance. L'obligation de fidélité demeure.

L'article 181 du CF prévoit aussi que la séparation de corps peut résulter du consentement mutuel des époux constaté par le tribunal départemental³⁴³ ou d'une décision judiciaire la prononçant à la demande de l'un des époux.

L'époux aux torts duquel la séparation a été prononcée va perdre tous les avantages que son conjoint lui avait faits soit à l'occasion du mariage, soit depuis sa célébration. En revanche l'autre époux conserve

342. V. article 183 du CF.

343. Il s'agit du tribunal d'instance, les dispositions du Code de la famille n'ont pas encore suivi la réforme de l'organisation judiciaire de 2014.

tous les avantages qui lui avaient été consentis par son conjoint³⁴⁴. La séparation de corps peut justifier le paiement de dommages et intérêts au conjoint innocent par l'époux fautif.

L'article 185 du CF prévoit que la séparation de corps prend fin lorsque l'une des conditions suivantes est remplie : Les époux ont repris la vie commune après réconciliation ; le mariage a été dissout par le décès de l'un des conjoints, ou le divorce des époux a été prononcé ou par la conversion prononcée obligatoirement par le juge à la demande de l'un des époux après que trois (3) ans se soient écoulés depuis l'intervention du jugement³⁴⁵.

B. Le divorce

La répudiation est interdite au Sénégal. Le divorce est obligatoirement judiciaire, en ce sens qu'il est prononcé par le juge même dans le cas du mariage coutumier non constaté. Dans l'hypothèse où la femme se remarie sans que la rupture soit prononcée par le juge, elle s'expose à la sanction de bigamie.

Le législateur sénégalais prévoit deux sortes de divorce : le divorce par consentement mutuel et le divorce contentieux.

1. Le divorce par consentement mutuel

Le conjoint qui désire divorcer par consentement mutuel doit obtenir l'accord de son conjoint sur le principe même de la rupture du lien conjugal et sur les conséquences du divorce. Lorsque le juge estime que la volonté des époux s'est manifestée librement, et s'il ne relève dans leur accord aucune disposition contraire à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, il rend alors un jugement constatant le divorce.

2. Le divorce contentieux

Quant au divorce contentieux, il suppose que les deux époux ne s'entendent pas sur le principe du divorce ou sur ses effets. Ils peuvent alors, l'un ou l'autre demander la rupture du lien conjugal en se

344. V. article 177 du CF.

345. V. article 185 dernier alinéa du CF.

fondant sur l'un des griefs prévus par la loi. Ces causes de divorce contentieux sont les suivantes :

- L'absence déclarée de l'un des conjoints ;
- L'adultère de l'un d'eux ;
- La condamnation de l'un des époux à une peine infamante ;
- Le défaut d'entretien de la femme par le mari ;
- Le refus de l'un des époux d'exécuter les engagements pris en vue de la conclusion du mariage ;
- L'abandon de famille ou de domicile conjugal par le conjoint ;
- Les mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves rendant l'existence en commun impossible ;
- La stérilité définitive médicalement établie ;
- La maladie grave et incurable de l'un des époux découverte pendant le mariage ;
- L'incompatibilité d'humeur rendant intolérable le maintien du lien conjugal.

En cas de divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, le juge peut allouer au conjoint qui a obtenu le divorce des dommages et intérêts pour le préjudice matériel et moral que lui cause la dissolution du mariage, compte tenu, notamment, de la perte de l'obligation d'entretien.

La dissolution du mariage par divorce entraîne la désagrégation de la famille et les enfants sont confiés à l'un des parents au mieux de l'intérêt des enfants.

Paragraphe 4 : Les droits économiques, sociaux et politiques de la femme

Les droits économiques et sociaux sont protégés dans l'ordre international sans aucune discrimination. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels³⁴⁶ insiste sur la nécessité du respect des qu'il consacre pour tout être humain. Ainsi, son préambule rappelle que les droits reconnus à la personne humaine sont fondés sur la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux.

346. Le Pacte est adopté le 16 décembre 1966, est entré en vigueur le 3 janvier 1976 et est ratifié le 13 février 1978.

Le Préambule rappelle également qu'en signant le Pacte, les Etats admettent que, conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'idéal de l'être humain libre, libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits économiques, sociaux et culturels, aussi bien que de ses droits civils et politiques, sont créées. La femme, tout comme l'homme, en sa qualité d'être humain doit bénéficier de la préservation de ces droits prévus, notamment les droits économiques, sociaux.

Il faudrait passer en revue la santé de la femme, ses droits politiques et ses droits économiques.

A. La santé de la femme

Dans une disposition globalement consacré au bien-être de la famille, la Constitution de 2001 en son article 17 prévoit que l'Etat garantit aux familles en général et à celles vivant en milieu rural en particulier l'accès aux services de santé et au bien-être. Il garantit également aux femmes en général et à celles vivant en milieu rural en particulier, le droit à l'allègement de leurs conditions de vie.

C'est dire que la famille, particulièrement la femme bénéficie théoriquement d'un système de prise en charge sanitaire. Mais concrètement, il faudrait analyser la question qui concerne particulièrement la femme relativement à l'avortement pour se rendre compte que la condition de la femme devrait être améliorée voire revue sur le plan de la santé.

Le Code pénal sénégalais reprend une loi française de 1920 qui interdisait la contraception, l'avortement et la propagande en leur faveur.

La loi n° 80/49 du 24 décembre 1980 ajoute à l'arsenal répressif l'article 305 bis qui réprime les « discours » ayant provoqué au délit d'avortement « *alors même que cette provocation n'aura pas été suivie d'effet* ». Le seul effet positif de la réforme de 1980 est la dépénalisation de la pratique de la contraception.

En l'état actuel du droit sénégalais l'avortement est un délit relevant de la compétence du tribunal régional³⁴⁷. La loi prévoit qu'est punie d'un emprisonnement de six (6) mois à deux (2) ans et d'une

347. V. articles 305 et 395 bis du Code pénal sénégalais. Le tribunal régional est l'actuel tribunal de grande instance.

amende de 20 000 à 100 000 FCFA, la femme qui se fait effectivement avorter ou qui tente de le faire³⁴⁸.

La loi n° 2005-18 du 5 août 2005 relative à la santé de la reproduction³⁴⁹ est catégorique sur l'interdiction de l'avortement lorsqu'elle prévoit en son article 15 (1) que l'interruption volontaire de grossesse est interdite sauf lorsqu'elle est autorisée par la loi et en son alinéa 2 qu'en aucun cas elle ne saurait être considérée comme une méthode contraceptive.

Dans un État de droit comme le Sénégal, il est temps de faire de l'avortement un délit excusable dans les cas où il est pratiqué à la suite d'un viol, d'un inceste ou lorsque le maintien de la grossesse est de nature à mettre en danger la santé psychologique et la vie de la mère. À cet égard, le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux Droits de la Femme en Afrique est le premier instrument juridique international qui protège les droits reproductifs des femmes, particulièrement en autorisant l'avortement médicalisé en cas d'agression sexuelle, de viol, d'inceste et lorsque la grossesse met en danger la santé morale et physique de la mère, ou la vie de la mère ou du fœtus. Son article 14 intitulé « Droit à la santé et au contrôle des fonctions de reproduction » dispose que :

« 1) Les États assurent le respect et la promotion des droits de la femme à la santé, y compris la santé sexuelle et reproductive. Ces droits comprennent : a) le droit d'exercer un contrôle sur leur fécondité, (...) 2) Les États prennent toutes les mesures appropriées pour (...) c) protéger les droits reproductifs des femmes, particulièrement en autorisant l'avortement médicalisé, en cas d'agression sexuelle, de viol, d'inceste et lorsque la grossesse met en danger la santé mentale et physique de la mère ou la vie de la mère ou du fœtus. »

B. Les droits politiques de la femme

La femme peut librement exercer une activité politique au Sénégal. Cependant, il faudrait multiplier les mesures d'accompagnement de cette liberté pour la rendre effective conformément aux dispositions de l'article 9 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux Droits de la Femme en Afrique qui exige que

348. V. article 305 (3) du Code pénal sénégalais.

349. JO n° 6245 du 8 octobre 2005.

les femmes soient représentées en nombre égal avec les hommes dans toutes les instances de prise de décision de nature politique en ces termes :

« 1) Les États entreprennent des actions positives spécifiques pour promouvoir la gouvernance participative et la participation paritaire des femmes dans la vie politique de leurs pays, à travers une action affirmative et une législation nationale et d'autres mesures de nature à garantir que :

a) les femmes participent à toutes les élections sans aucune discrimination;

b) les femmes soient représentées en parité avec les hommes et à tous les niveaux, dans les processus électoraux;

c) les femmes soient des partenaires égales des hommes à tous les niveaux de l'élaboration et de la mise en œuvre des politiques et des programmes de développement de l'État.

2) Les États assurent une représentation et une participation accrues, significatives et efficaces des femmes à tous les niveaux de la prise des décisions. ».

La loi sur la parité³⁵⁰ a été adoptée pour le respect de cette disposition³⁵¹ mais encore faudrait-il qu'elle soit correctement respectée et appliquée³⁵².

C. Les droits économiques de la femme

La femme dispose depuis un certain temps d'une autonomie professionnelle. À ce titre, la femme peut acquérir des biens y compris

350. Loi n° 2010-11 du 28 mai 2010 instituant la parité absolue Homme-Femme dans les institutions totalement ou partiellement électives de la République, JO n° 6544 du Samedi 4 septembre 2010 qui dispose en son article 1^{er} que « la parité absolue homme-femme est instituée au Sénégal dans toutes les institutions totalement ou partiellement électives ».

351. L'exposé des motifs précise que « la convention des Nations Unies du 18 décembre 1979 et le Protocole à la Charte Africaine des Droits de l'Homme du 11 juillet 2003 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, tous ratifiés par le Sénégal, établit la responsabilité des gouvernements dans la mise en œuvre des mesures visant à garantir aux femmes une participation égale à la vie politique ».

352. L'existence d'un texte pour assurer l'effectivité de la loi est très insuffisante. Il s'agit du décret n° 2011-309 portant création, organisation et fonctionnement de l'Observatoire National de la Parité.

des biens à caractère social particulier. C'est ainsi que l'article 15 (2) de la Constitution de 2001 qui dispose que « *l'homme et la femme ont également le droit d'accéder à la possession et à la propriété de la terre dans les conditions déterminées par la loi* ».

Le travail de la femme est alors réglementé et les conditions de son accès à l'emploi ont évolué.

1. *L'autonomie professionnelle de la femme*

L'indépendance professionnelle des deux époux est consacrée mais elle présente plus d'intérêts à l'égard de la femme. Depuis la réforme du Code de la famille par la loi n° 89-01 en date du 17 janvier 1989, le législateur sénégalais dans une perspective égalitaire a fondamentalement amélioré les droits de la femme. Cette indépendance en matière d'emploi s'observe par la liberté d'exercer une activité professionnelle, mais aussi dans la disposition des produits provenant d'une telle activité.

a. *La liberté de la femme dans l'exercice d'une activité professionnelle*

L'article 371 (1) du CF dispose que : « *la femme, comme le mari, a le plein exercice de sa capacité civile* ». Ainsi, la femme dispose d'une aptitude à exercer une activité professionnelle au même titre que son mari. Cependant, la liberté de la femme pour l'exercice d'une activité professionnelle n'est pas consubstantielle à l'avènement du Code de la famille. En effet, avant la réforme du 17 janvier 1989, le mari pouvait s'opposer à l'exercice d'une activité professionnelle par sa femme, lorsque les intérêts de la famille étaient en jeu. Cette dernière, cependant, pouvait devant le juge obtenir la méconnaissance de l'opposition de son mari à l'exercice d'une activité professionnelle³⁵³.

La nouvelle rédaction de l'article 371 du CF en vertu de la loi n° 89-01 du 17 janvier 1989 se justifie au regard de la hiérarchie des normes. En effet, le Sénégal a ratifié plusieurs conventions de

353. L'article 154 du CF avant la réforme de 1989 disposait que : « *la femme peut exercer une profession, même séparée de celle de son mari, à moins que celui-ci ne s'y oppose, en portant son opposition à la connaissance des tiers avec lesquels contracte la femme* ».

l'Organisation internationale du Travail (OIT) intégrées dans l'ordre juridique interne et ayant une valeur supérieure aux lois. Le Code de la famille ne peut comporter des dispositions contraires aux conventions internationales ratifiées. Par ailleurs, la prépondérance du mari était aussi incompatible avec l'article 1^{er} de la Constitution qui proscriit toute forme de discrimination, particulièrement tenant au sexe.

La femme jouit également d'une liberté dans la disposition des produits découlant de son activité professionnelle.

b. La liberté de la femme dans la disposition des produits issus de sa profession séparée

Aux termes de l'article 371 (2) du CF « *les biens acquis par la femme dans l'exercice d'une profession séparée de celle du mari constituent les biens réservés* ».

Les biens réservés intègrent trois catégories de biens : les gains et salaires proprement dits, les économies provenant de ces produits de son travail et, enfin, les biens obtenus grâce aux deux premières catégories³⁵⁴.

Les biens réservés étant des biens propres de la femme, font l'objet d'un encadrement juridique relativement à leur gestion, leur liquidation et à la preuve de leur origine ainsi de leur consistance.

S'agissant de la gestion des biens réservés, l'article 371 (2) du CF offre à la femme un pouvoir exclusif d'administration et de disposition sur ces derniers, et ce, dans tous les régimes matrimoniaux y compris dans le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts. Cette liberté de la femme dans gestion de ses biens est encadrée par l'article 19 de la Constitution qui dispose que la femme a le droit d'avoir son patrimoine propre comme le mari. Elle a le droit de gestion personnelle de ses biens.

Mais il faudrait souligner la particularité du régime communautaire. L'éclatement des biens personnels de la femme en deux catégories à savoir : les biens réservés issus de son activité professionnelle et les autres biens extrinsèques à cette activité, permet de soumettre la femme à un régime juridique double dans la disposition de ses biens. Ainsi, les biens réservés à l'image des autres régimes (régime de séparation des biens et régime dotal) continuent de relever

354. S. GUINCHARD, *Droit patrimonial de la famille au Sénégal : Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, op. cit., p. 669.

des libres pouvoirs d'administration et de disposition de la femme dans le régime de communauté de participation aux meubles et acquêts. Toutefois, les autres biens personnels de la femme extérieurs à ceux réservés quant à leur administration ou à leur disposition admettent souvent l'immixtion du mari³⁵⁵.

Les biens réservés subissent un sort différent au moment de la liquidation du régime matrimonial lors de la dissolution du régime communautaire³⁵⁶. En effet, dans ce régime, la liquidation entraîne la conversion des biens réservés en biens communs, ce qui en principe, entraînera leur partage de moitié par les époux³⁵⁷.

La femme doit prouver l'origine et la consistance des biens réservés pour pouvoir en bénéficier³⁵⁸. Une telle preuve, selon les termes de l'article 371 (3) du CF, doit s'établir par écrit³⁵⁹ par la femme à l'égard de son mari ou des tiers, ou encore se faire par tous moyens s'il y a une impossibilité morale ou matérielle. Ce régime de la preuve ne concerne pas celle de l'activité professionnelle de la femme. En effet, celle-ci étant un fait juridique peut se prouver par tous moyens.

2. Le travail de la femme

Le travail de la femme est régi à titre principal par le Code du travail et de la sécurité sociale, le statut général de la fonction publique, la convention collective interprofessionnelle. Ces textes posent le principe de l'égalité des sexes en matière de travail.

Le Sénégal a ratifié les *conventions* de l'OIT n°100 de 1951 et III de 1958³⁶⁰ qui consacrent les principes de l'égalité de rémunération et de l'interdiction de discrimination en matière d'emploi.

355. V. articles 390 et 391 du CF.

356. La liquidation du régime matrimonial ne provoquant aucun changement lors de la dissolution du régime de séparation de biens ou du régime dotal quant à la propriété des biens.

357. Article 394 (2) du CF.

358. Article 371 (3) du CF.

359. L'écrit devant attester de l'origine ainsi que de la consistance des biens réservés, pourra se matérialiser à travers les factures, documents bancaires, titres de famille, registres et papiers domestiques etc.

360. La convention n° 111 de l'OIT concernant la discrimination en matière d'emploi et profession est adoptée en 1958. Elle est ratifiée par le Sénégal le 13 novembre 1967.

La Convention n°111 de l'OIT assigne à tout Etat qui la ratifie l'objectif fondamental de promouvoir l'égalité de chances et de traitement en formulant et en appliquant une politique nationale visant à éliminer toute forme de discrimination dans l'accès à l'emploi et aux différentes professions, dans la formation professionnelle et dans les conditions de travail.

La Constitution sénégalaise garantit l'égal accès à l'emploi. Ainsi, l'article 25 (2) dispose que toute discrimination entre l'homme et la femme devant l'emploi, le salaire et l'impôt est interdite. L'accès à l'emploi est alors en principe le même pour les deux sexes.

La reconnaissance de l'égal accès à l'emploi s'est matérialisée par l'adoption de certaines dispositions concrètement prises en faveur des femmes. Ainsi, l'article 7 (5) de la Constitution dispose que la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats et aux fonctions.

Des innovations ont été introduites en appui à la Constitution. Il est ainsi de la promotion de l'entrepreneuriat féminin avec le décret n° 2004-426 du 14 avril 2004 portant création du Fonds national de promotion de l'entrepreneuriat féminin. Il en est aussi ainsi de l'institution de la parité absolue homme-femme dans les Institutions totalement ou partiellement électives de la République avec la loi n° 2010-11 du 28 mai 2010³⁶¹ et de la mise sur pied de l'Observatoire National de la Parité par le décret n° 2011-309 portant création, organisation et fonctionnement de l'Observatoire National de la Parité.

Par ailleurs, l'on note une certaine évolution de la législation sénégalaise en matière d'emploi des femmes. Ces dernières ont accès aux corps des forces de l'ordre et de sécurité tels que la police, le corps des gardiens de la paix, les personnels militaires du service de santé, la gendarmerie, les douanes, les sapeurs-pompiers, les eaux et forêts.

L'entrée des femmes dans l'armée s'est faite progressivement. En effet, c'est en 1984, que la santé militaire a accueilli les femmes. Le reste des corps de l'armée était fermé aux femmes jusqu'en 2008, année où les femmes sont admises dans les corps de l'armée.

Les efforts consentis en matière d'admission des femmes à ces corps sont alors remarquables mais il subsiste encore des inégalités liées particulièrement à l'occupation des postes de responsabilité.

361. JO n° 6544 du 4 septembre 2010.

En principe l'égalité de traitement est garantie à la femme³⁶². Mais, dans la pratique, de nombreuses failles sont constatées à l'application de ce principe.

Les femmes salariées bénéficient d'un congé de maternité payé³⁶³. Cependant, il faudrait souligner la nécessité d'améliorer la réglementation du congé de maternité pour une meilleure effectivité de l'allaitement maternel exclusif.

Le droit syndical est par ailleurs reconnu à tout travailleur qu'il soit homme ou femme.

a. La femme qui travaille a droit à la sécurité sociale

Le bénéfice de la sécurité sociale est en principe reconnu à tout travailleur s'agissant des prestations familiales. Cependant, des discriminations subsistent. Ainsi, la femme salariée ne peut être considérée comme ayant les enfants issus de son mariage à sa charge que, lorsque son conjoint n'exerce aucune activité professionnelle rémunérée. En matière de pension, la femme fonctionnaire ne prend pas en charge les enfants mineurs issus du mariage, sauf lorsqu'elle a obtenu une délégation de puissance paternelle. La pension de retraite perçue par la veuve est fixée à 50 % de celle de son mari.

b. La femme qui travaille est aussi imposée

La femme mariée, salariée, était imposée comme un célibataire sans charge, les enfants n'étaient pas pris en compte dans la taxation

362. La loi n° 97-17 du 1er décembre 1997 portant Code du travail assure la prise en compte des droits de la femme. Ainsi, l'article L. 105 prévoit l'égalité de salaire à égalité de travail. Plusieurs autres dispositions sont intervenues en faveur de l'amélioration de la condition sociale de la femme. Il en est ainsi de la suppression des restrictions à la prise en charge médicale du conjoint et des enfants de la femme salariée en 2006 ; du décret n° 2006-1331 du 23 novembre 2006 abrogeant et remplaçant les articles 32 et 33 du décret n° 74-347 du 12 avril 1974 portant régime spécial applicable aux agents non fonctionnaires de l'État (JO n° 6319 vendredi 19 janvier 2007) ; du décret n° 2006-1310 du 23 novembre 2006 abrogeant et remplaçant les articles premier et 8 du décret n° 75-895 du 14 août 1975 portant organisation des institutions de prévoyance maladie d'entreprise ou interentreprises et rendant obligatoire la création des dites institutions (JO n° 6319 vendredi 19 janvier 2007).

363. V. article L. 143 du Code du travail relatif congé maternité, article L. 144 du Code du travail relatif à l'heure d'allaitement.

de ses revenus. Ce statut de la femme a évolué avec la loi 2008-01 du 8 janvier 2008 portant modification de certaines dispositions du Code général des impôts et relative à l'égalité de traitement fiscal³⁶⁴ ayant établi une égalité fiscale entre les conjoints.

La situation se présente ainsi : Selon l'article 105-II et III du CGI :

« Le nombre de parties à prendre en considération pour la division du revenu imposable prévue au I. du présent article est fixé comme suit :

- *Célibataire, divorcé ou veuf sans enfant en charge : 1*
- *Marié sans enfant à charge : 1,5*
- *Célibataire ou divorcé ayant 1 enfant en charge : 1,5*
- *Marié ou veuf ayant 1 enfant en charge : 2*
- *Célibataire ou divorcé ayant 2 enfants en charge : 2*
- *Marié ou veuf ayant 2 enfants en charge : 2,5*
- *Célibataire ou divorcé ayant 3 enfants en charge : 2,5*
- *Marié ou veuf ayant 3 enfants en charge : 3*
- *Célibataire ou divorcé ayant 4 enfants en charge : 3*

et ainsi de suite en augmentant d'une demi-part par enfant à la charge du contribuable. Chaque enfant à charge donne droit, de façon égale, à une demi-part au profit de chacun des parents disposant de revenus. (...) Dans la mesure où un seul conjoint dispose de revenus imposables, il lui est attribué une demi-part supplémentaire. Toutefois, le nombre de parties à prendre en considération pour le calcul de l'imposition ne pourra en aucun cas dépasser cinq (5) ».

Ces dispositions s'appliquent indifféremment aux hommes et aux femmes sans distinction.

Cette égalité est intervenue très tardivement et pourtant, l'équité fiscale est exigée par la Constitution en son article 25 (2). Le Sénégal a tardé à harmoniser sa loi fiscale avec la Constitution.

La même loi est aussi la source de la reconnaissance d'une autonomie fiscale complète de l'épouse. En effet, il relève de l'exposé des motifs de la loi que :

364. V. JO n° 6387 du lundi 21 janvier 2008.

« L'autonomie fiscale complète de l'épouse disposant de revenus doit aussi être renforcé par le réaménagement de certaines dispositions actuelles qui écartent l'épouse du bénéfice de certains régimes de faveur, comme en matière de bénéfices industriels ou commerciaux, ou qui édictent des normes qui mettent à la charge du mari des cotisations fiscales dues par sa conjointe, comme en ce qui concerne le règlement de l'impôt du minimum fiscal ou de la taxe représentative de ce même impôt ».

SECTION 2 : LE STATUT JURIDIQUE DE L'ENFANT

Au plan interne, le statut juridique de l'enfant est organisé notamment par le Code de la famille et le Code pénal.

Au plan régional et au plan international, le Sénégal a ratifié des textes protecteurs des droits de l'enfant tels que la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, la Convention internationale des droits de l'enfant des Nations Unies de 1989.

Etymologiquement, le mot « enfant » vient du latin *infans*, qui signifie « celui qui ne parle pas ». Chez les romains, ce terme désignait l'enfant dès sa naissance, jusqu'à l'âge de sept (7) ans. Cette notion a beaucoup évolué à travers les siècles et les cultures pour finalement désigner l'être humain de sa naissance jusqu'à l'âge adulte.

Dans le langage juridique, le terme « enfant » a au moins deux significations différentes.

Il désigne d'une part, les jeunes, les mineurs. C'est ainsi que l'enfant est défini par la CIDE³⁶⁵ comme « *tout être humain de moins*

365. Il faut signaler que la notion d'enfant n'est ni ne précise (la Convention ne précise pas à partir de quand y a-t-il existence d'un enfant), ni définie uniformément par-delà les frontières des Etats aux traditions, aux cultures et aux civilisations profondément différentes. Certains pays avaient voulu abaisser cet âge. C'est le cas des pays musulmans pour lesquels l'âge légal du mariage (qui est de 12, 13 ou 14 ans) aurait dû, seul, conditionner le passage à l'âge adulte. À l'inverse, d'autres pays auraient prolongé la durée de l'enfance, et reculé l'âge fixant la majorité légale à vingt et un (21) ans. La question de l'enfant conçu et pas encore né n'est pas abordée formellement par la Convention. La Convention ne s'applique ainsi qu'à l'enfant déjà né. Dans les observations finales du comité des droits de l'enfant, la définition de l'enfant est souvent abordée à travers la problématique de l'âge du mariage. Le comité réclame la suppression de toute différence de traitement entre garçons et filles. En France, la loi du 4 avril 2006 a unifié la majorité matrimoniale qui est désormais de dix-huit (18) ans pour les filles comme pour les garçons dans le

de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable » 366. L'idée transmise, à travers cette définition, est que l'enfant est un être humain avec des droits et une dignité. Cette conception de l'enfant est celle reprise par la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant qui dispose dans son article 2 qu' « *on entend par enfant tout être humain âgé de moins de 18 ans* ».

Le terme « enfant » désigne aussi, les descendants, filles ou fils d'une personne sans distinction d'âge. Dans le cadre de notre étude qui concerne la filiation, c'est la première signification qui nous intéresse. C'est dans cette optique qu'il faudra faire appel à la Convention internationale des droits de l'enfant dont l'objectif principal est d'imposer le respect de « l'intérêt supérieur de l'enfant ». Toutes les mesures qu'elle prescrit ont pour soubassement ce principe. La Convention prévoit « sans distinction aucune » que tous les enfants bénéficient des mêmes droits. C'est ainsi que la Constitution sénégalaise prévoit, dans la mesure du possible des droits égaux à tous les enfants. Il en est ainsi par exemple de l'article 22 (2) qui dispose que tous les enfants, garçons et filles, en tous lieux du territoire national, ont le droit d'accéder à l'école.

Le Sénégal a suivi les indications de la Convention internationale des droits de l'enfant en abaissant l'âge de la majorité de vingt-et-un (21) ans à dix-huit (18) ans. Ainsi le Code de la famille dispose en son article 276 qu'est mineure, la personne de l'un ou de l'autre sexe qui n'a pas encore dix-huit (18) ans accomplis³⁶⁷.

Paragraphe 1 : L'identification de l'enfant

L'enfant comme toute personne est identifié notamment par son nom, son domicile, sa nationalité

but de rétablir l'égalité des sexes. Au Sénégal, il y a encore une différence de l'âge matrimonial pour les filles et pour les garçons. Les filles peuvent se marier à seize (16) ans alors que pour les garçons, l'âge matrimonial est dix-huit (18) ans (V. article 111 du CF), ce qui est contraire aux dispositions de la Convention.

366. Le législateur sénégalais a abaissé l'âge de la majorité qui était de vingt-et-un (21) ans à dix-huit (18) ans (article 340 du CF, loi n° 99-82 du 3 septembre 1999 modifiant la loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la famille, JORS 25 septembre 1999, p. 1266) pour être en harmonie avec la CIDE.

367. V. article 276 du CF.

A. Le nom de l'enfant

L'attribution du nom patronymique dépend de la nature de la filiation. L'enfant légitime porte le nom de son père. Il perd ce nom lorsqu'à la suite d'une action en désaveu de paternité, sa filiation n'est plus établie à l'égard de son père. Il prend alors le nom de sa mère.

L'enfant naturel porte le nom de sa mère. Reconnu par son père, il prend le nom de celui-ci.

En cas d'adoption plénière, l'enfant prend le nom de l'adoptant. Lorsque l'adoption plénière est le fait de deux époux, l'enfant prend le nom du mari. Lorsqu'une femme mariée adopte les enfants de son mari, ceux-ci conservent le nom de leur père.

En cas d'adoption simple, l'enfant adoptif porte le nom de l'adoptant qu'il ajoute à son nom de famille. Mais, le juge peut, dans l'intérêt de l'enfant, décider que l'enfant adoptif ne portera que le nom de l'adoptant.

B. Le domicile de l'enfant

Le mineur non émancipé est domicilié chez la personne qui exerce sur lui le droit de garde.

C. La nationalité de l'enfant

L'enfant acquiert la nationalité sénégalaise si son père ou sa mère est sénégalais. Le mineur non marié acquiert aussi la nationalité sénégalaise lorsque son père ou sa mère a acquis la nationalité sénégalaise par naturalisation. L'enfant acquiert aussi la nationalité sénégalaise s'il est né au Sénégal d'un père ou d'une mère né au Sénégal. Est sénégalais l'enfant nouveau-né trouvé au Sénégal et dont les parents sont inconnus.

Il cesse toutefois d'être sénégalais si au cours de sa minorité sa filiation est établie à l'égard d'un étranger et s'il a, conformément à la loi nationale de cet étranger, la nationalité de celui-ci.

Paragraphe 2 : L'établissement et les effets de la filiation de l'enfant

Le problème de l'établissement de la filiation d'une personne se pose dès sa naissance, et cet établissement se passe, pour la plupart des cas, par le fait même de la naissance, au moins pour ce qui concerne la

filiation maternelle. La législation sénégalaise et beaucoup d'autres législations africaines telles que celle de la Guinée, celle du Mali, rejointes plus récemment par la législation française avec l'Ordonnance du 4 juillet 2005, font de l'accouchement le fondement de la maternité sans distinction de la maternité en mariage et hors mariage. Pour ce qui est de la filiation paternelle, la règle est effective dans le cadre de la paternité légitime grâce au jeu de la présomption *pater is est*.

Aussi parmi les effets de la filiation, il y en a qui n'ont de signification que pendant la minorité: il en est ainsi de la puissance paternelle. Des autres effets, ayant en principe une signification pendant toute la vie, certains, comme les aliments, revêtent un intérêt majeur pour les jeunes ou s'établissent pendant la minorité et même, dans le cas normal, immédiatement après la naissance. D'autres effets comme les effets successoraux s'établissent à tout âge.

A. L'établissement de la filiation

Il existe en droit sénégalais différentes catégories de filiation. La filiation légitime, c'est le cas où l'enfant est conçu dans le mariage, la filiation naturelle ou filiation illégitime encore appelée filiation hors mariage, c'est le cas où l'enfant est conçu en dehors des liens du mariage. Il existe trois catégories d'enfants nés hors mariage : l'enfant naturel simple, c'est celui issu de parents non mariés et entre qui il n'existe aucun empêchement à mariage ; l'enfant adultérin né d'un parent ou de deux parents engagés avec un autre dans les liens du mariage ; l'enfant incestueux né de parents entre qui il existe un empêchement à mariage

Ces deux types de filiation légitime et naturelle constituent des filiations par le sang ou filiation biologique. À côté, il existe la filiation volontaire, c'est la filiation adoptive.

1. La filiation biologique

L'établissement de la filiation biologique diffère selon qu'il s'agisse de la filiation paternelle ou de la filiation maternelle.

a. La filiation maternelle

La filiation maternelle se prouve par l'acte de naissance de l'enfant et à défaut par la possession d'état d'enfant légitime de sa

mère qui peut être établie lorsque l'enfant a été traité par la famille, et considéré, par l'entourage social et familial comme étant l'enfant d'une femme déterminée. L'enfant peut réclamer en justice sa qualité d'enfant légitime d'une femme mariée dans les conditions prévues par la loi.

Mais l'action en contestation de maternité légitime tendant à enlever à l'enfant l'état d'enfant légitime est également prévue.

b. La filiation paternelle

Pour l'établissement de la filiation paternelle, il faut distinguer la filiation paternelle légitime et la filiation paternelle hors mariage.

La filiation paternelle légitime est établie à titre principal au moyen de la présomption de paternité en vertu de laquelle, l'enfant issu du mariage a pour père le mari de sa mère.

De façon subsidiaire, la filiation paternelle légitime peut être établie au moyen de la possession d'état qui suppose que l'enfant ait porté le nom du prétendu père, qu'il ait été traité par la famille comme l'enfant du prétendu père et considéré comme tel par l'entourage familial et social.

L'enfant légitime peut être désavoué par le mari de sa mère au moyen de l'action en désaveu de paternité. L'action n'est possible que dans trois cas limitativement énumérés par la loi. Il faudrait :

D'abord que le mari prouve que pendant le temps qui a couru dans la période légale de conception (depuis le 300^e jour jusqu'au 180^e jour avant la naissance de l'enfant) il était dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme.

Ensuite, si selon les données acquises de la science, l'examen des groupes sanguins ou l'incompatibilité des caractéristiques physiques de l'enfant avec les siennes propres établissent qu'il ne peut être son père.

Enfin le mari peut établir qu'il n'est pas le père de l'enfant par tous les moyens si la femme lui a dissimulé sa grossesse ou la naissance de l'enfant dans des conditions de nature à le faire douter gravement de sa paternité.

L'adultère de l'épouse ne suffit pas pour ouvrir l'action en désaveu de paternité. Le mari de la mère ne peut agir que dans des délais très brefs. En effet, l'action en désaveu doit être exercée dans les deux mois : De la naissance si le mari se trouve sur les lieux de l'époque de celle-ci ; après son retour, si à la même époque il n'est pas

présent ; après la découverte de la fraude, si on lui a caché la naissance de l'enfant.

Si le mari est mort avant d'avoir fait la réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour le faire, les héritiers ont deux mois pour contester la filiation de l'enfant à compter de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession.

Concernant la paternité hors mariage, le droit de l'enfant à être rattaché à son auteur peut être considérablement atteint. En effet, Le mode normal d'établissement de la filiation naturelle paternelle est la reconnaissance volontaire de l'enfant par son père. L'action en recherche de paternité est interdite au Sénégal sur le fondement de l'article 196 du CF. Mais, de façon exceptionnelle, la filiation de l'enfant à l'égard de son père peut être établie par voie judiciaire si le prétendu père a procédé ou fait procéder à son baptême ou lui a donné un prénom.

L'enfant né hors mariage dont la filiation paternelle n'est pas établie peut saisir le juge pour obtenir des aliments de son prétendu père. Cette action est nommée action en indication de paternité dont le seul objet est la réclamation d'aliments. Si elle aboutit, le lien de filiation n'est pas établi alors que les conditions de l'action laissent apparaître que l'homme attaqué est le véritable père de l'enfant. En effet l'action n'est ouverte que dans certains cas³⁶⁸ qui laissent présager la certitude de la paternité :

« Dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque de l'enlèvement ou du viol se rapporte à celle de la conception ; Dans le cas de séduction, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles ; Dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit émanant du père désigné et desquels il résulte une indication non équivoque de paternité ; Dans le cas où le père désigné et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de conception ; Dans le cas où le père désigné a pourvu ou participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de père ».

Par ailleurs l'action en indication de paternité n'est pas possible lorsque l'établissement de certaines circonstances³⁶⁹ écarte certainement la paternité de l'homme visé. Il en est ainsi :

368. Article 216 du CF.

369. V. article 217.

« S'il est établi que, pendant la période légale de conception, la mère était d'une inconduite notoire ou a eu commerce avec un autre individu ; Si le père désigné était, pendant la même période dans l'impossibilité physique de concevoir l'enfant ; Si, selon les données acquises de la science, l'examen des groupes sanguins ou l'incompatibilité des caractéristiques physiques de l'enfant avec les siennes propres établissent qu'il ne peut être son père ».

Le législateur sénégalais fait de la volonté du père la condition essentielle de l'établissement de la filiation paternelle hors mariage et pourtant la possession est exclue comme moyen de preuve de ce mode de filiation.

L'enfant incestueux, né de relation incestueuse de ses parents, ne peut avoir ses deux liens de filiation établis. Sa filiation ne peut être établie qu'à l'égard de sa mère.

2. La filiation adoptive

Il existe deux sortes d'adoption au Sénégal : l'adoption plénière et l'adoption limitée.

a. L'adoption plénière

L'adoption plénière confère à l'adopté la qualité d'enfant légitime de l'adoptant. Elle entraîne une rupture totale avec la famille d'origine. Elle peut être demandée par un couple, par un seul des époux ou par une personne célibataire, à chacun de ces statuts correspond des conditions spécifiques qui sont précisées dans les articles 224 à 226 du CF.

L'enfant peut être adopté par deux époux. Ces derniers doivent remplir les conditions suivantes : Ils ont plus de cinq (5) ans de mariage ; Ils ne sont pas séparés de corps ; L'un au moins est âgé de trente (30) ans.

Même si toutes ces conditions sont remplies, sauf dispense du Président de la République, un couple ne peut pas adopter d'enfant s'il a déjà un enfant issu de leur union au jour du dépôt de la requête en adoption. Relativement à cette dernière condition, il est expressément apporté à l'article 226 dernier alinéa du CF la réserve suivante : *« L'existence d'enfants adoptés ne fait pas obstacle à l'adoption, non*

plus que celle d'un ou plusieurs descendants nés postérieurement à l'accueil au foyer des époux de l'enfant ou des enfants à adopter ».

L'époux qui veut adopter l'enfant de son conjoint est astreint à une obligation similaire.

L'enfant peut aussi être adopté par un seul époux à des conditions. En effet, Sauf dispense du Président de la République, et compte tenu des précisions énoncées à l'article 226 dernier alinéa du CF, l'adoption ne peut être demandée par une personne mariée qu'à la condition qu'elle et son conjoint n'aient pas d'enfant biologique ensemble au moment du dépôt de la requête. Il faut au surplus que les deux conditions suivantes soient réunies : la demande concerne le ou les enfants de son conjoint et l'adoptant a au moins dix (10) ans de plus que l'enfant à adopter.

Enfin l'enfant peut être adopté par une personne non mariée. Dans ce cas aussi certaines conditions sont requises de l'adoptant : Il a plus de trente-cinq (35) ans ; Il a au moins quinze (15) ans de plus que l'enfant qu'elle se propose d'adopter ; Il n'a pas d'enfant, ni de descendant légitime (petit-enfant ou arrière petit-enfant) au moment du dépôt de la requête, ou alors elle dispose d'une dispense du Président de la République.

b. L'adoption limitée ou simple

Quant à l'adoption limitée ou simple, elle ne rompt pas les liens de l'adopté avec sa famille d'origine. Elle a seulement pour effet de créer entre l'adopté et la famille adoptive un nouveau lien de filiation. Pour qu'une demande d'adoption aboutisse, certaines conditions doivent être remplies par l'adopté lui-même.

D'une part, la demande ne peut concerner qu'un mineur non émancipé. De plus, l'article 228 du CF prévoit qu'au moment du dépôt de la requête, il doit avoir été accueilli depuis au moins d'un (1) an dans le foyer du ou des adoptants. D'autre part, pour pouvoir être adopté, un enfant doit avoir été déclaré abandonné dans les conditions fixées à l'article 294 du CF, à moins que son père et sa mère ou le conseil de famille aient valablement consenti à l'adoption³⁷⁰. En plus du consentement de ses père et mère ou du conseil de famille, l'enfant âgé de plus de quinze (15) ans doit également donner son consentement personnel à l'adoption³⁷¹.

370. V. article 229 du CF.

371. V. article 230 du CF.

L'adoption simple est aussi soumise à des conditions même si l'enfant reste dans sa famille d'origine. L'adoptant doit réunir les mêmes conditions que celles énoncées pour l'adoption plénière. Mais du côté de l'adopté, aucune condition d'âge n'est prévue. Le consentement personnel de l'adopté âgé de plus de quinze (15) ans reste cependant requis³⁷². Les personnes dont le consentement est sollicité dans la procédure de l'adoption limitée sont les mêmes que celles dont le consentement est requis en matière d'adoption plénière. Toutefois, l'adoption limitée emportant le droit pour l'adoptant d'exclure toute vocation successorale entre lui, l'adopté et ses descendants, le consentement des père et mère ou du conseil d'administration doit expressément mentionner leur acceptation de cette condition³⁷³.

La réglementation de l'adoption inclut aussi celle de l'adoption internationale. Aux fins d'éviter les enlèvements internationaux d'enfants, l'adoption internationale est strictement réglementée et a fait l'objet d'une convention internationale³⁷⁴.

B. Les effets de la filiation

Il faut distinguer les effets de la filiation d'origine des effets de la filiation adoptive.

1. Les effets de la filiation d'origine

En matière d'effets de la filiation, la distinction entre la filiation naturelle et la filiation légitime se retrouve dans les effets successoraux mais son intérêt est atténué dans le domaine non successoral.

372. V. article. 244 du CF.

373. V. article. 245 du CF.

374. Il s'agit de la Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993, entrée en vigueur en 1998. Le Sénégal a ratifié cette Convention le 1^{er} décembre 2011. Il existe d'autres textes protecteurs de l'enfant dans ce sens tels que le Protocole facultatif se rapportant à la Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, adopté à New-York, le 25 mai 2000. Le Sénégal a ratifié ce Protocole par la loi n° 2003-31 du 2 septembre 2003.

a. Les effets successoraux

La succession est un effet automatique de la filiation. Cependant, on ne pourrait en dire autant pour tous les types de filiation.

Le Code de la famille a choisi de soumettre les effets successoraux de la filiation à la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle. Par ailleurs, avec l'existence des successions musulmanes à côté des successions de droit commun, la distinction des filiations au regard des effets successoraux est plus prononcée.

Dans le cadre des successions *ab intestat*³⁷⁵ de droit commun, en matière de droits successoraux, les enfants naturels sont non seulement expressément assimilés aux enfants légitimes³⁷⁶, mais ils sont aussi inclus dans la liste des héritiers réservataires³⁷⁷.

Cependant, des différences subsistent. Ainsi, l'auteur de la reconnaissance d'un enfant naturel adultérin a besoin d'obtenir l'acquiescement de son conjoint à la reconnaissance, faute de quoi l'enfant n'aura droit qu'à la moitié de la partie successorale d'un enfant légitime³⁷⁸. L'acquiescement du conjoint peut être donné dans l'acte de naissance ou dans une déclaration distincte souscrite devant un officier de l'état civil.

Dans le cadre des successions du droit musulman, l'enfant naturel reconnu par son père n'a pas le statut d'héritier. Cependant, l'article 220 du CF dispose expressément que : « *sauf disposition écrite contraire émanant du de cujus, il est réputé légataire d'une partie égale à celle à laquelle il aurait pu prétendre s'il avait été légitime* ».

b. Les effets non successoraux

Le nom de l'enfant étant déjà traité, il faudrait s'intéresser à l'obligation alimentaire et la puissance paternelle.

2. L'obligation alimentaire résultant de la parenté

La filiation établit les liens de parenté³⁷⁹, or il résulte de la parenté une obligation alimentaire réciproque. Entre parents et descendants,

375. Les successions *ab intestat* sont constituées par les règles à appliquer à la succession d'une personne décédée sans laisser de testament.

376. V. article 533 du CF.

377. V. article 565 du CF.

378. V. article 534 du CF.

379. V. article 254 du CF.

elle existe en ligne directe sans limitation de degré et sans distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle³⁸⁰.

3. *La puissance paternelle*

Les enfants naturels et les enfants légitimes sont également soumis aux règles de la puissance paternelle. L'autorité parentale assure la protection de la personne de l'enfant, elle est appelée puissance paternelle parce que le Code de la famille en réserve, sauf exception, l'exercice au père. Les attributs, droits et devoirs, de la puissance paternelle sont définis aux articles 283 à 287 du CF. Il est précisé à l'article 283 (1) *in fine* du CF que le titulaire de la puissance paternelle : « *ne peut faire usage des droits de la puissance paternelle que dans l'intérêt du mineur* ». Le législateur ajoute à l'alinéa 2 que : « *Celui qui exerce la puissance paternelle est tenu d'entretenir l'enfant, de pourvoir à ses besoins et à son éducation* ».

Le législateur sénégalais légalise dans ce cadre la violence contre l'enfant puisque l'article 285 du CF donne expressément au titulaire de la puissance paternelle le droit de corriger l'enfant confié à sa garde. L'article soumet ce droit de correction à la condition qu'il doit être exercé dans la mesure compatible avec l'âge et l'amendement de la conduite de l'enfant. La CIDE de 1989 énonce en son article 19 le principe suivant lequel l'enfant doit être protégé « *contre toutes formes de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales* ». Corriger une personne, c'est-à-dire porter la main sur lui, le battre à mains nues ou avec un objet de manière plus ou moins forte entre incontestablement dans le cadre de la brutalité physique et mentale. L'article 285 du CF peut aussi être difficile à concilier avec une application stricte de l'article 298 du Code pénal qui condamne quiconque aura porté des coups à un enfant au-dessous de l'âge de quinze (15) ans. Le Code pénal laisse quand même une certaine liberté d'appréciation au juge puisqu'il exclut la violence légère du cadre de la répression.

La puissance paternelle englobe la garde de l'enfant. La garde est le droit et le devoir qu'a le titulaire de la puissance paternelle de fixer chez lui la résidence de l'enfant et de surveiller ses actes et ses relations³⁸¹.

380. V. article 263 (1) et (2) du CF.

381. V. article 284 du CF.

La puissance paternelle s'accompagne aussi de la jouissance des biens de l'enfant³⁸², qui doivent être administrés conformément aux règles de l'usufruit³⁸³. Toutefois les revenus des biens de l'enfant tels que les loyers, les intérêts des sommes exigibles, les produits de la terre ou des animaux doivent être exclusivement consacrés à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Cet usufruit s'étend à tous les biens de l'enfant, à l'exception de ceux qu'il acquiert par son travail, de ceux qui lui sont donnés ou légués sous la condition expresse que ses parents n'en jouiront pas et de ceux qui proviennent d'une succession dont le père et la mère ont été exclus comme indignes³⁸⁴.

La personne qui exerce la puissance paternelle est l'administrateur légal des biens du mineur non émancipé³⁸⁵. L'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, que le mineur ne peut pas ou ne doit pas effectuer lui-même³⁸⁶. Les actes que le mineur est autorisé à accomplir seul sont les actes de la vie courante (engager leurs services, choisir une profession, adhérer à un groupement, etc.), les actes relatifs à leur état (se marier, exercer les options matrimoniales, divorcer, reconnaître leur enfant etc.), les actes nécessaires à la conservation de leurs biens et de leurs droits

L'administrateur légal accomplit seul les actes conservatoires ou d'administration. Les actes conservatoires et d'administration sont ceux qui n'engagent que les fruits et revenus tout en permettant de conserver, voire faire fructifier le capital. Cela concerne aussi les actions en justice relatives aux droits patrimoniaux des mineurs. Toute autre opération nécessite l'accord préalable du juge des tutelles sous l'autorité duquel il est placé³⁸⁷. Il ne peut, sans l'autorisation préalable de ce juge³⁸⁸: vendre de gré à gré, apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur, contracter un emprunt au nom du mineur, renoncer pour lui à un droit, consentir à un partage amiable.

382. V. article 286 du CF.

383. Aux termes de l'article 578 du CC français, « *L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* ».

384. V. article 286 du CF.

385. V. article 300 du CF.

386. V. article 301 du CF.

387. V. article 301 dernier alinéa du CF.

388. V. article 301 du CF.

Les actes qui ont été passés sans respecter ces règles, et qui lèsent le mineur, seront frappés de nullité relative. De plus la responsabilité civile de l'administrateur légal pourra être engagée s'il s'avère qu'il a commis des fautes dans la gestion des biens de l'enfant³⁸⁹ (imprudences, négligences, malversations).

4. *Les effets de l'adoption plénière*

L'adoption plénière est irrévocable³⁹⁰. Elle confère à l'enfant une filiation de substitution, la filiation adoptive, qui va remplacer la filiation d'origine, ou filiation par le sang³⁹¹. L'adopté acquiert, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime³⁹². L'article 263 dernier alinéa du CF précise que : « *la parenté adoptive crée une obligation alimentaire entre adoptant et adopté. Dans l'adoption plénière, cette obligation s'étend aux autres parents dans les mêmes conditions qu'en cas de filiation légitime.* »

5. *Les effets de l'adoption limitée*

Alors que l'adoption plénière opère une substitution de liens de famille, l'adoption limitée a pour effet de conserver intacts les liens avec la famille d'origine, auxquels elle va juxtaposer les liens avec la famille d'adoption. Ainsi, pour ce qui est de l'obligation alimentaire résultant de la parenté, l'article 263 (3) du CF dispose que : « *Dans l'adoption limitée, lorsque cette obligation alimentaire, restreinte à l'adoptant et l'adopté, ne peut être exécutée, l'adopté peut réclamer des aliments à sa famille d'origine.* »

Il est expressément mentionné à l'article 247 (1) du CF que l'adopté conserve tous les droits héréditaires qu'il tient de sa filiation d'origine. Vont s'y ajouter, le cas échéant, ses droits sur la succession de l'adoptant ou des adoptants (en cas d'adoption conjointe). L'article 247 (2) du CF ajoute que : « *Le lien de parenté résultant de l'adoption s'étend aux enfants de l'adopté.* »

389. V. article 302 dernier alinéa du CF.

390. V. article 243 du CF.

391. V. article 241 du CF.

392. V. article 242 du CF.

La juxtaposition opérée se fera toutefois dans les limites des stipulations relatives à la vocation successorale entre adoptant et adopté. L'article 251 (1) du CF dispose en effet que : « *A défaut de la stipulation indiquée à l'article 250, l'adopté et ses descendants succèdent à l'adoptant ou, en cas d'adoption conjointe, à chacun des adoptants, avec les mêmes droits qu'un enfant légitime ou ses descendants* ».

Contrairement à l'adoption plénière, l'adoption simple est révocable. Elle peut être révoquée à condition que l'adopté soit âgé de plus de quinze (15) ans révolus et que la demande soit justifiée par des motifs graves. La demande peut émaner de l'adoptant comme de l'adopté, ou du Procureur de la République si l'adopté est encore mineur.

La révocation est prononcée par un jugement. Elle fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption et les biens donnés à l'adopté par l'adoptant doivent être restitués à l'adoptant ou à ses héritiers dans l'état où ils se trouvent à la date du jugement de révocation et dans le respect des droits des tiers³⁹³.

Paragraphe 3 : Les atteintes à l'intégrité de l'enfant

Le Code pénal sénégalais contient une série de dispositions qui condamnent les atteintes à l'intégrité physique :

Selon l'article 350 du Code pénal est puni d'emprisonnement (trois (3) mois à un (1) an) et d'amende de 20 000 à 250 000 F) le père ou la mère qui « *compromet gravement par des mauvais traitements, par des exemples pernicioseux d'ivrognerie habituelle ou d'inconduite notoire, par un défaut de soins, ou par un abandon matériel, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité d'un ou plusieurs de leurs enfants* ».

« *Les coupables d'enlèvement, de recel ou de suppression d'un enfant, de substitution d'un enfant à un autre, ou de supposition d'un enfant à une femme qui ne sera pas accouchée, sont punis d'un emprisonnement de 5 à 10 ans*³⁹⁴ ».

« *Ceux qui auront exposé ou fait exposer, délaissé ou fait délaissé, en un lieu solitaire, un enfant* », seront condamnés à un

393. V. article 253 du CF.

394. V. article 338 du Code pénal.

emprisonnement d'un (1) an à trois (3) ans et à une amende de 20 000 à 200 000 FCFA. Cette peine est de deux (2) à cinq (5) ans de prison et 20 000 à 400 000 FCFA d'amende lorsque ces faits sont accomplis par les ascendants ou toutes les autres personnes ayant autorité sur l'enfant ou en ayant la garde³⁹⁵. Les peines sont aggravées lorsque ces faits ont entraîné la mutilation ou l'infirmité permanente.

L'enlèvement de mineur est sanctionné par les travaux forcés. L'attentat à la pudeur sans violence commis sur un enfant de moins de treize (13) ans est puni d'un emprisonnement de deux (2) à cinq (5) ans. Le viol ou l'attentat à la pudeur avec violence commis sur la personne d'un enfant est puni d'un emprisonnement de cinq (5) à dix (10) ans³⁹⁶. Le délit de proxénétisme commis à l'égard d'un mineur est puni d'un emprisonnement de deux (2) à cinq (5) ans et d'une amende de 300 000 à 400 000 FCFA.

Paragraphe 4 : La sanction des agissements de l'enfant

La sanction des agissements de l'enfant interpelle le droit civil et le droit pénal. Des mesures de sauvegarde de l'enfant peuvent aussi intervenir pour prévenir la délinquance de l'enfant.

A. La sanction civile

L'article 143 du COCC pose le principe de la responsabilité des parents du fait de leur enfant. Selon ses termes : « *Est responsable du dommage causé par l'enfant mineur habitant avec lui celui de ses père, mère ou parent qui en a la garde* ».

Cette responsabilité est en partie inspirée de l'idée que les parents sont responsables de la bonne éducation de leurs enfants. Il est certain que le parent qui ne vit pas avec l'enfant n'a pas la maîtrise totale de son éducation, par conséquent, cela l'exonère-t-il de l'obligation de répondre des agissements de ce dernier ? Disons qu'une telle solution serait tout à fait juste à l'égard du parent mais ce n'est pas le cas.

395. V. article 342 du Code pénal.

396. V. article 350 du Code pénal.

Le droit sénégalais n'a pas retenue la solution de la responsabilité solidaire des parents. L'article 144 du COCC ne prévoit la responsabilité solidaire que lorsque plusieurs personnes se partagent la garde de l'enfant. Or l'exercice de la puissance paternelle n'est pas partagé. Dans la famille légitime c'est le père qui l'exerce en principe et dans la filiation hors mariage, tout dépend de l'ordre d'établissement de la filiation. C'est le parent à l'égard de qui la filiation est établie qui assure la garde, avec une prééminence du père si la filiation est établie des deux côtés. Le COCC adopte alors une conception juridique de la garde à travers son article 143.

Cette solution est critiquable à maints égards. La garde juridique n'est pas du tout conforme aux réalités sociologiques sénégalaises. Il est très rare de voir un foyer qui ne vit qu'avec des enfants qui soient les siens. Dans plusieurs cas, l'enfant est confié dès son bas âge à un parent : Oncle, tante, grand-parent³⁹⁷, etc. À un certain âge, si l'enfant commet une faute, la responsabilité sera imputée à la personne qui exerce la garde juridique alors que celle-ci n'a plus aucun contact réel avec l'enfant lui permettant d'assurer son devoir de surveillance. Peut-être le législateur sénégalais a-t-il voulu par-là imposer les règles d'exercice de la puissance paternelle.

Le « confiage » pratiqué au Sénégal n'est pas conforme aux dispositions légales. Le législateur sénégalais n'a certes pas voulu l'encourager. Mais les difficultés d'application pratique de la loi dans ces cas sont certaines. Ce qui nous amène à conclure en faveur de solutions plus conformes à nos réalités sociologiques.

Une première solution consisterait à donner son sens effectif à cette notion de parent à laquelle fait référence l'article 143 du COCC. La parenté selon l'article 254 du CF résulte de la filiation et d'elle seule. En ligne directe, elle comprend les ascendants et les descendants. En ligne collatérale, elle comprend les personnes qui descendent d'un auteur commun. L'application de cette conception de la parenté aurait permis que la garde puisse être exercée par toute personne ayant un lien de parenté avec l'enfant. Ainsi dans l'hypothèse où l'enfant serait confié à une tante, un oncle ou un grand-parent, celui-ci serait respon-

397. Le cas des enfants confiés à des marabouts dans les écoles coraniques communément appelées « *daraas* » est aussi à souligner. Sur le fondement de l'article 143 du COCC, le responsable ce n'est pas le marabout mais le parent et pourtant, il n'est pas rare que l'enfant reste des années entre les mains de ce marabout chargé de lui donner une éducation.

sable de ses agissements. Cette solution plus conforme à nos réalités aurait assuré une meilleure protection de l'enfant.

L'autre solution, c'est de favoriser la garde matérielle afin de créer un lien entre l'enfant et avec la personne avec qui il habite.

Il faudrait aussi préciser que la responsabilité du parent n'écarte pas celle de l'enfant qui peut être amené à s'exécuter à sa majorité.

B. La sanction pénale

Les mineurs de dix-huit (18) ans auxquels est imputée une infraction qualifiée crime ou délit ne sont pas déférés aux juridictions pénales de droit commun et ne sont justiciables que des tribunaux pour enfants.

Le tribunal pour enfant prononce, suivant les cas, les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation qui semblent appropriées.

Cependant, lorsque les circonstances et la personnalité du délinquant lui paraissent l'exiger, le juge peut prononcer une condamnation à l'égard du mineur âgé de plus de treize (13) ans.

1. Les mesures de sauvegarde de l'enfance en danger

Les mineurs en conflit avec la loi peuvent bénéficier des services de l'Action Educative en Milieu Ouvert (AEMO). Cette structure dépendant du ministère de la justice a notamment pour mission d'assurer la prise en charge de ces mineurs et leur réinsertion psychosociale et socio-professionnelle.

2. La condamnation à un emprisonnement

Le mineur âgé de plus de treize (13) ans peut être condamné à l'une des peines suivantes:

- Une peine de dix (10) à vingt (20) ans d'emprisonnement si le mineur a encouru la peine de mort ou les travaux forcés.
- La moitié au plus s'il encourait normalement la peine des travaux forcés à temps de dix (10) à vingt (20) ans ou la détention criminelle de dix (10) à vingt (20) ans ou de cinq (5) à dix (10) ans.
- S'il a encouru la peine de la dégradation civique, il sera condamné pour deux (2) ans au plus.

- Si l'infraction commise par le mineur de plus de treize ans est un délit ou une contravention, la peine qui pourra être prononcée contre lui sera la moitié de celle normalement encourue par une personne âgée de dix-huit (18) ans ou plus³⁹⁸.

TITRE II : LES DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX

Ces droits de la seconde génération sont relatifs à la vie professionnelle et à l'activité économique. Ils concernent la liberté du travail, le droit de grève, la participation ainsi que la protection du travailleur. Il sera intéressant de voir, après l'étude de ces droits-créances, leur prise en charge budgétaire afin d'évaluer leur degré d'appropriation par l'Etat.

CHAPITRE 1 : LES DROITS FONDAMENTAUX RELATIFS AU TRAVAIL

Les droits fondamentaux relatifs au travail sont énoncés à travers des textes qui sont eux même fondamentaux comme les instruments de l'Organisation internationale du Travail ou encore la Constitution du Sénégal. Une classification de ces droits n'est pas aisée. Plusieurs critères peuvent être utilisés dans ce sens mais aucun n'est véritablement exempt d'insuffisances. Nous prenons le parti de les aborder en partant des droits fondamentaux qui sont généralement d'expression individuelle et ceux qui sont de manifestation collective.

SECTION 1 : LES DROITS FONDAMENTAUX D'EXPRESSION INDIVIDUELLE

Les droits qui reçoivent généralement, mais pas exclusivement, une expression individuelle sont pluriels. La liberté du travail occupe une place privilégiée. Celle-ci apparaît plus comme un idéal que l'on ne saurait appréhender de manière efficiente qu'au regard des principes qui lui donnent une matérialité : l'interdiction du travail forcé et le principe d'égalité et de non-discrimination. Le droit à l'emploi est aussi consacré.

398. V. articles 566 et 567 du Code pénal ; articles 52 et 53 du Code pénal.

Paragraphe 1 : L'interdiction du travail forcé, préalable à la liberté du travail³⁹⁹

TEXTES APPLICABLES : Convention n° 29 de l'OIT sur le travail forcé (1930) ; Convention n° 105 de l'OIT sur l'abolition du travail forcé (1957) ; loi 2005-06 du 10 mai 2005 sur la traite des personnes ; Convention n° 138 sur l'âge minimum d'admission à l'emploi (1973) ; Convention n° 182 sur l'élimination des pires formes de travail des enfants, (1999) ; Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant ; Code du travail ; loi 2004-37 du 15 décembre 2004 modifiant et complétant la loi 91-92 du 16 février 1991 d'orientation de l'éducation nationale ; arrêté n° 3748 du 6 juin 2003 relatif au travail des enfants ; arrêté n° 3749 du 6 juin 2003 fixant et interdisant les pires formes de travail des enfants ; arrêté n° 3750 du 6 juin 2003 fixant la nature des travaux dangereux interdits aux enfants et jeunes gens ; arrêté n° 3751 du 6 juin 2003 fixant les catégories d'entreprise et travaux interdits aux enfants et jeunes gens ainsi que l'âge limite auquel s'applique l'interdiction.

399. A. CISSÉ NIANG, « L'interdiction internationale du travail des enfants vue d'Afrique, in Regards croisés sur le droit social », in A. SUPIOT (dir.), *Regards croisés sur le droit sociale*, Semaine Sociale, Lamy, 2002, supplément n° 1095, pp. 9-13. I. Y. NDIAYE, « Le travail des enfants en Afrique (Bénin, Burkina Faso, Côte-D'ivoire, Mali, Sénégal) », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRASEC, 2000, p. 133 ; M. B. NIANG, « L'inspection du travail dans la lutte contre les pires formes de travail des enfants : cas du Sénégal », *Revue scientifique du CRADDAT*, n° 1, 2018, p. 221. M. SAMB, « Réformes et réceptions des droits fondamentaux du travail », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRASEC, 1999, p. 142. T. S. GUEYE, *Les enfants affectés par les conflits armés : action de l'UNICEF en Afrique de l'ouest et du centre*, septembre 2000. Enquête de base sur les pires formes de travail des enfants dans les secteurs de l'agriculture, de la pêche maritime artisanale et du travail domestique au Sénégal, IPEC/PAD. Rapport BIT/CEGID, *Le travail des enfants dans l'orpillage, les carrières et l'exploitation du sel*, janvier 2003. Commentaires formulés par le Comité des experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT, Convention n° 138 sur âge minimum, CEACR 2009/80e session, CEACR 2008/79e session, CEACR 2007/78e session. ISRA, *Étude sur les risques du travail des enfants dans l'agriculture et l'élevage*. Rapport Comité des droits de l'enfant, Rapport périodique, oct. 2006, CRS/C/SEN/CO/2. Rapport UNICEF, *La traite des personnes en particulier des femmes et des enfants en Afrique de l'ouest et du centre*, UNICEF, 2006.

La Convention n° 29 de l'Organisation internationale du Travail donne une définition du travail forcé en ces termes : « *tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré* ».

On constate un effort substantiel de mise en conformité du droit sénégalais avec la législation internationale prohibant le travail forcé, notamment les Conventions n° 29 et 105 de l'OIT sur l'abolition du travail forcé. Cependant, le Sénégal a aménagé le principe de l'interdiction du travail forcé en lui adjoignant un certain nombre d'aménagements qui réduisent la portée des efforts entrepris. Enfin, la situation particulière du travail de l'enfant doit être évoquée car l'encadrement international qui la concerne prend la figure d'une croisade contre le travail forcé.

A. Présentation du dispositif interne

Article L. 4 (1) du Code du travail :

« Le travail forcé ou obligatoire est interdit. L'expression travail forcé ou obligatoire désigne tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque ou d'une sanction et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré ».

L'article L. 4 (2) du Code du travail énumère diverses formes de travail qui, bien que manifestant une absence de consentement du travailleur, n'en sont pas moins exclues de la qualification de travail forcé. Le législateur sénégalais reprend ainsi les exceptions contenues dans l'article 2, 2° de la Convention n° 29 de l'OIT et qui ont été déjà évoquées.

Les dispositions de la loi 2005-06 du 10 mai 2005 : Cette loi est relative à la lutte contre la traite des personnes et pratiques assimilées et à la protection des victimes. Le lien que les dispositions de cette loi entretiennent avec l'interdiction du travail forcé est implicite. Le législateur sénégalais ne vise pas expressément la pratique de travail forcé mais incrimine le « système », le « réseau » ou le « phénomène » qui le porte et l'exacerbe. On ne peut pas en effet perdre de vue que la traite des personnes n'a, dans la très grande majorité de cas, d'autres objectifs que d'utiliser la force de travail des personnes victimes de cette traite sans requérir au préalable leur consentement.

Cette utilisation de la force de travail des victimes correspond parfaitement à la notion de travail qui de surcroît est imposé⁴⁰⁰.

Dans la section seconde du Chapitre premier de la loi 2005-06, le législateur identifie l'une des formes possibles du travail forcé. Cette forme qu'on peut considérer comme étant particulière à l'Afrique, principalement dans sa partie ouest, est l'exploitation de la mendicité d'autrui. Ce n'est que par une compréhension extensible de la notion de travail que la mendicité peut être considérée comme un travail. L'article 3, qui ouvre cette section, dispose que

« Quiconque organise la mendicité d'autrui en vue d'en tirer profit, embauche, entraîne ou détourne une personne en vue de la livrer à la mendicité ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle mendie ou continue de le faire est puni d'un emprisonnement de 2 à 5 ans et d'une amende de 500 000 à 2 000 000 de francs ».

400. « *Le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement, l'accueil de personnes par menace ou recours à la violence, enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou de situation de vulnérabilité ou par l'offre ou l'acceptation de paiement d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant l'autorité sur une autre, aux fins d'exploitation sexuelle, de travail ou de services forcés, d'esclavage ou de pratiques analogues à l'esclavage, de servitude, est puni d'un emprisonnement de 5 à 10 ans et d'une amende de 5 à 20 millions de francs* » ; En attestent les termes de l'exposé des motifs de la loi 2005-06 du 10 mai 2005 : « *le Sénégal, en raison de sa position géostratégique, risque de devenir un pays d'origine, de transit et de destination des femmes et des enfants victimes de la traite* ». La loi 2005-06 facilite la qualification de l'infraction énoncée à l'article 1er (1) en prévoyant que « *l'infraction est constituée lorsque le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil concerne un mineur, même si aucun des moyens énumérés à l'alinéa précédent n'est utilisé* ». V. Rapport en prévision de l'examen par le Conseil général de l'OMC des politiques commerciales du Niger et du Sénégal, « *Niger, Sénégal et les normes fondamentales du travail reconnues à l'échelon international* », Confédération Syndicale Internationale, Genève, 11-13 novembre 2009. Selon le rapport, « *le phénomène des enfants talibés est particulièrement inquiétant. En effet, selon le rapport de l'UNICEF de 2006, intitulé « la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants en Afrique de l'ouest et du centre », la traite interne existe au Sénégal, des zones rurales vers les zones urbaines, notamment pour les enfants talibés qui mendient à Dakar* ». V. aussi T. S. GUËYE, *Les enfants affectés par les conflits armés : action de l'UNICEF en Afrique de l'ouest et du centre*, septembre 2000 ; V. également *Accord de coopération entre le Gouvernement malien et Burkinabé en matière de lutte contre le trafic transfrontalier des enfants*.

Les dispositions diverses du Code pénal et du Code de procédure pénale. Elles sont surtout destinées à protéger les mineurs contre certaines pratiques d'exploitation :

Les articles 320 ter et s. du Code pénal punissent toutes les formes de proxénétisme sur mineur.

L'article 324 du même code fixe une peine d'emprisonnement de trois (3) à sept (7) ans d'emprisonnement et de deux cent mille (200 000) FCFA à trois million (3 000 000) FCFA d'amende lorsque le délit a été commis à l'égard d'un mineur de moins de treize (13) ans et un emprisonnement d'un (1) à cinq (5) ans dans les autres cas.

L'utilisation d'enfants à des fins pornographiques est condamnée par l'article 320 bis du Code pénal aux termes duquel « *tout geste, at-touchement, caresse, manipulation pornographique, utilisation d'images ou de sons, par un procédé technique quelconque, à des fins sexuelles, sur un enfant de moins de seize ans de l'un ou de l'autre sexe constitue l'acte de pédophilie puni d'un emprisonnement de cinq à dix ans* ».

B. Les aménagements du principe d'interdiction du travail forcé

L'article L. 4 du Code du travail installe le principe de l'interdiction du travail forcé et l'aménage en même temps. Plutôt que de poser des dérogations au principe, l'article L. 4 écarte un certain nombre de situations de la qualification même de « travail forcé. Ainsi, le terme de travail forcé ne comprend pas :

« Tout travail ou service exigé en vertu des lois sur le service militaire et affecté à des travaux de caractère militaire - Tout travail ou service exigé d'un individu comme conséquence d'une condamnation prononcée par l'autorité judiciaire » et « Tout travail ou service exigé d'un individu en cas de guerre, sinistre et de circonstance mettant en danger ou risquant de mettre en danger la vie ou les conditions normales d'existence de l'ensemble ou d'une partie de la population - Les travaux d'intérêt général tels qu'ils sont définis par les lois sur les obligations civiques ».

Précisément, l'article L. 276 du Code du travail donne compétence à l'autorité administrative,

« à tout moment, de procéder à la réquisition de ceux des travailleurs des entreprises privées et des services et établissements

publics qui occupent des emplois indispensables à la sécurité des personnes et des biens, au maintien de l'ordre public, à la continuité des services publics, ou à la satisfaction des besoins essentiels de la nation ».

Mais la non-conformité de l'article L. 276 aux dispositions de l'OIT n'est pas évidente. Il ne faut pas en effet perdre de vue que la Convention n° 29 de l'OIT cite un certain nombre de situations qu'on ne peut qualifier de travail forcé. Parmi celle-ci, on relève

« tout travail ou service exigé dans les cas de force majeure, c'est-à-dire dans les cas de guerre, de sinistres ou menaces de sinistres tels qu'incendies, inondations, famines, tremblement de terre, épidémies et épizooties violents, invasions d'animaux, d'insectes ou de parasites végétaux nuisibles, et en général, toutes circonstances mettant en danger ou risquant de mettre en danger la vie ou les conditions normales d'existence de l'ensemble ou d'une partie de la population ».

Les situations visées par l'article L. 276, à savoir la sécurité des personnes et des biens, le maintien de l'ordre public, la continuité des services publics, ou encore la satisfaction des besoins essentiels de la nation entrent bien dans le cadre des exclusions prévues par la Convention n° 29 de l'OIT.

C. La situation particulière du travail des enfants⁴⁰¹

Les dispositions de l'Organisation internationale du Travail considèrent le travail de l'enfant comme un « travail » et comme un travail interdit ou forcé lorsqu'il est effectué en violation des Conventions n° 138 et 182.

La protection destinée à l'enfant en matière de travail emprunte deux voies : Celle de l'interdiction pure et simple en deçà d'un certain âge et celle de l'admission assortie d'un encadrement des conditions d'emploi (Convention n° 138) et la convention n° 182 apparait comme un complément de la Convention n° 138. Si la première pose un âge minimum d'admission à l'emploi, il est possible de constater que sa souplesse a surtout contribué à une certaine ineffectivité de ses dispositions. Dans ce cadre, la Convention n° 182 manifeste un pragmatisme de la communauté internationale par l'identification de certaines manifestations du travail des enfants considérées désormais comme intolérables et donc interdites de façon absolue⁴⁰².

401. V. *Enquête de base sur pires formes de travail des enfants dans les secteurs de l'agriculture, de la pêche maritime artisanale et du travail domestique au Sénégal*, IPEC-PAD/ DAKAR, p. 59 : raisons du travail des enfants : 78% des enfants travaillent dans le cadre de l'aide à un membre de la famille, « cette situation permet de dire que les enfants sont plutôt des aides familiaux » contre ceux qui reçoivent un paiement en espèce (9,6%), pour leur compte personnel (1,6%), paiement en nature (0,3%) et autres (10%) ; selon un rapport du BIT, « même dans les secteurs où le travail des enfants dans le cadre familial est le plus contestable, « chacune des activités concernées par l'étude tire son existence du lien naturel que les populations locales entretiennent avec l'environnement immédiat », Rapport BIT/CEGID Le travail des enfants dans l'orpaillage, les carrières et l'exploitation du sel, Rapport final, janvier 2003 ; selon M. SAMB « les politiques d'ajustement structurels ont d'ailleurs eu comme conséquence de retarder la transition des pays pauvres vers la croissance, ce qui a eu des conséquences désastreuses sur la plan social », v. « Réformes et réceptions des droits fondamentaux du travail au Sénégal », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1999, p. 142 ; ISRA, *Étude sur les risques du travail des enfants dans l'agriculture et l'élevage*.

402. L'article 3 de la Convention 182 cite de façon expresse les pires formes de travail des enfants : a) « Toutes les formes d'esclavage ou pratiques analogues, telles que la vente et la traite des enfants, la servitude pour dette et le servage ainsi que le travail forcé ou obligatoire, y compris le recrutement forcé ou obligatoire des enfants en vue de leur utilisation dans des conflits armés » ; b) « L'utilisation, le recrutement ou l'offre d'un enfant à des fins de prostitution, de production de matériel pornographique ou de spectacles pornographiques » ; c) « L'utilisation, le recrutement ou l'offre d'un enfant aux fins d'activités illicites,

Il existe peu de dispositions impératives dans la Convention n° 138. La communauté internationale, par le biais de cette convention, prend en compte le niveau de développement économique des États-membres. L'article 2-4 de la convention permet aux États-membres dont l'économie et les institutions scolaires ne sont pas suffisamment développées de spécifier, en une première étape, un âge minimum de quatorze (14) ans. L'atténuation apportée par l'article 5-1 est encore plus illustrative de ce point de vue puisqu'elle conduit à une limitation du champ d'application de la convention. Selon cette disposition, « *Tout membre dont l'économie et les services administratifs n'ont pas atteint un développement suffisant pourra, après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs intéressées, s'il en existe, limiter, en une première étape, le champ d'application de la présente convention* ». Sans mettre en avant une motivation économique, l'article 4 de la Convention autorise l'exclusion de catégories limitées d'emploi ou de travail lorsque l'application de la convention soulèverait des difficultés d'exécution spéciales et importantes. Par rapport au degré de flexibilité, les articles 5-1 et 4 de la Convention sont les plus généreuses du fait qu'elles conduisent à une inapplication complète de la convention à certaines conditions. Les possibilités que la Convention n° 138 offre aux États membres d'adapter ses dispositions à leurs situations concrètes n'entament pas véritablement l'objectif de cette convention qui est de relever de façon soutenue l'âge minimum d'admission à l'emploi. L'État du Sénégal a mis en place un dispositif particulier en vue de se conformer aux dispositions conventionnelles.

La Constitution du Sénégal émanant du referendum du 7 janvier 2001 et de la loi constitutionnelle du 22 janvier 2001 n'est pas muette sur la question des rapports de travail. Son article 25 contient un certain nombre de dispositions relatives à ces rapports. Ces dispositions ne visent pas spécifiquement la question de l'enfant au travail. Il ne faut cependant pas perdre de vue que certaines conventions des Nations-unies sont désormais intégrées au bloc de constitutionnalité. Au titre ces conventions, il faut citer celle de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant. Cette convention fait partie du bloc de constitutionnalité et peut donc servir de fondement à un recours

notamment pour la production et le trafic de stupéfiant, tels que les définissent les conventions internationales pertinentes » ; d) « *Les travaux qui, par leur nature ou les conditions dans lesquels ils s'exercent, sont susceptibles de nuire à la santé, à la sécurité ou à la moralité de l'enfant* ».

devant le Conseil constitutionnel contre une loi. Les dispositions de l'article 32 de cette Convention sont intéressantes de ce point de vue : « *les États-parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptibles de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social* ».

Les dispositions infra-constitutionnelles du droit national qui tentent une mise en conformité de la convention n° 138 sont d'abord de nature législative.

Le Code du travail issu de la loi 97-17 du 1er décembre 1997 consacre un chapitre au « *travail des femmes et des enfants* ». Cependant, deux articles sont véritablement réservés au travail des enfants⁴⁰³.

Ces dispositions législatives sont complétées par quatre arrêtés du 6 juin 2003 dont trois apparaissent comme la transposition, en droit sénégalais, de la Convention n° 138. L'État du Sénégal a procédé à une application particulière des dérogations admises par la Convention en fixant dans certains cas un âge d'admission à l'emploi très inférieur à quinze (15) ans.

Si l'article L. 145 (1) fixe l'âge d'admission à l'emploi à quinze(15) ans, le même article aménage une possibilité de dérogation à cet âge minimal « *par dérogation édictée par arrêté du ministre chargé du travail, compte tenu des circonstances locales et des tâches qui peuvent leur être demandées* ». L'article 1^{er} (1) de l'arrêt n° 3748 du 6 juin 2003 relatif au travail des enfants dispose que « *cet âge (15 ans) peut être ramené à 12 ans pour les travaux légers exercés dans le cadre familial et qui ne portent atteinte à la santé, à la moralité et au déroulement normal de la scolarité de l'enfant* ». La non-conformité de la dérogation sénégalaise à la Convention n° 138 est pourtant loin de relever de l'évidence. Les arguments qui permettent le doute sur cette non-conformité proviennent du fait que l'État du Sénégal avait, lors de la ratification de la Convention, émis une réserve concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi. Le gouvernement du Sénégal avait en effet, lors de la ratification de la Convention, souhaité exclure « *les travaux traditionnels champêtres ou ruraux non rémunérés effectués dans le cadre familial par des enfants de moins de 15 ans et qui sont destinés à mieux les intégrer dans leur milieu social et dans leur environnement* ».

403. Articles L. 145 et L. 146.

Il s'y ajoute que les dispositions de l'OIT permettent des flexibilités aux Etats en développement⁴⁰⁴. Il n'en reste pas moins que l'Etat du Sénégal doit spécifier les fondements juridiques de l'exception apportée. Si ce fondement est celui d'une exclusion (article 5-1), des obligations spécifiques sont mises à sa charge par les articles 5-2 et 5-3. Si le fondement est l'article 4, des obligations pèsent aussi sur l'Etat du Sénégal.

Le droit sénégalais n'a pas reproduit la nomenclature des pires formes de travail mais a fait le choix d'interdire les formes d'activités connues en pratique. Ces activités sont définies par l'arrêté n° 3749 du 6 juin 2003. C'est particulièrement l'article 2 de cet arrêté qu'il faut considérer. Ce texte cible :

« - la mendicité exercée par des enfants pour le compte de tiers, - le travail forcé ou en servitude des enfants pour le compte de tiers, la prostitution, production d'actes pornographiques, pédophilie, production, transport, vente, consommation de drogue et autres activités illicites etc. - les travaux très pénibles : travail souterrain, sous l'eau, à des hauteurs dangereuses, travaux effectués de manière confinée ou isolés pendant de longues heures impliquant le port de lourdes charges, concasses de roches, orpaillage etc. - les travaux très dangereux exercés par des enfants : utilisation, manipulation et transport de produits chimiques et biologiques toxiques, utilisation d'outils et de machines complexes, - les transports publics de biens et de personnes exercés par des enfants, - la récupération de déchets et ordures par des enfants, - l'abattage des animaux par des enfants ».

404. L'article 5-1 de cette Convention stipule que « tout membre dont l'économie et les services administratifs n'ont pas atteint un développement suffisant pourra, après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs intéressés, s'il en existe, limiter, en une première étape, le champs d'application de la présente convention ». L'article 7-1 de la Convention édicte que « la législation nationale pourra autoriser l'emploi à des travaux légers des personnes de treize à quinze ans ou l'exécution, par ces personnes, de tels travaux à condition que ». Le même article, en son paragraphe 4 ouvre la possibilité aux États mettant en œuvre la dérogation, de substituer les âges de treize (13) à quinze (15) ans aux âges de douze à quatorze (14) ans. En conclusion, il semble que, sur le plan juridique, la dérogation annoncée à l'article L. 145 du CT et mise en œuvre à travers l'arrêté 3748 n'est pas contraire au droit international de l'OIT.

Paragraphe 2 : Le droit à l'emploi

Les dispositions qui consacrent et mettent en œuvre le droit à l'emploi sont fuyantes, englobantes et éparses même si le Code du travail l'énonce comme « un droit sacré ». Le droit à l'emploi apparaît, plus que jamais, comme un idéal, un objectif qui, dans la réalité, prend rarement les contours d'un véritable droit subjectif pourvu d'une justiciabilité assurée. En droit sénégalais, le droit à l'emploi prend la figure d'un droit d'accès à l'emploi et d'un droit de conserver l'emploi.

A. L'accès à l'emploi

Les normes relatives au travail sont purement déclaratoires en ce qui concerne un droit fondamental à l'emploi.

Selon la Constitution du Sénégal : « *Chacun a le droit de travailler et de prétendre à un emploi* » et selon le Code du travail : « *Le droit au travail est reconnu à chaque citoyen comme un droit sacré. L'Etat met tout en œuvre pour l'aider à trouver un emploi et à le conserver lorsqu'il l'a obtenu* ».

En outre, le droit du travail organise un statut de l'apprenti dont la finalité est de permettre aux jeunes sans emploi de se former dans la perspective d'une vie active⁴⁰⁵. Le décret 2015-777 fixant les règles applicables au contrat de stage modifie en profondeur le régime juridique du stage dans le sens de faciliter l'accès à l'emploi⁴⁰⁶ en diversifiant les modalités du stage⁴⁰⁷. La responsabilité de l'État est accu par les dispositions du décret qui prévoient que : « *L'Etat peut signer une convention avec les organisations d'employeurs pour prendre en charge une partie de l'allocation versée au stagiaire en vue de faciliter l'insertion des jeunes* »⁴⁰⁸. Tout employeur recevant plus de dix stagiaires est admis au bénéfice d'allègements de

405. Article L. 61 et s. du Code du travail.

406. Exposé des motifs du décret 2015-777 : « *la loi n° 2015-04 du 12 février 2015 a apporté des modifications au Code du travail en introduisant le contrat de stage aux articles L. 49 et L. 76 bis du Code du travail afin d'améliorer l'employabilité des jeunes diplômés de l'enseignement général ou technique et professionnel et de favoriser leur insertion professionnelle* ».

407. Contrat de stage d'incubation ; Contrat de stage d'adaptation ; Contrat de stage de pré-embauche ; Contrat de stage de requalification.

408. Article 11 du décret 2015-777.

charges⁴⁰⁹, ce qui manifeste encore le rôle que l'État se destine à prendre dans le renforcement de l'employabilité et de l'insertion des diplômés.

La mise en œuvre pratique de ce droit semble mieux assurée par les mesures et instruments relatifs à l'emploi des jeunes qui ressortent plus de politiques étatiques en vue de résorber le chômage⁴¹⁰.

B. La conservation de l'emploi

Plusieurs instruments juridiques doivent être réunis pour donner une vitalité à l'objectif de conservation de l'emploi tel qu'énoncé par l'article L. 1 du Code du travail : la formation professionnelle tout au long de la vie, un droit du licenciement protecteur etc.

La formation professionnelle : Le droit de conserver l'emploi n'est pas un droit au travail au sens de droit subjectif. Il s'agit plutôt d'assurer à ceux qui ont un emploi une certaine stabilité, une sécurité. La formation, avec notamment l'allocation de bourses d'études et de stages de perfectionnement, tend à assurer une adaptabilité à l'évolution de l'emploi

Il n'existe pas cependant en droit sénégalais une véritable obligation de l'employeur à assurer une formation professionnelle au travailleur pour adapter son emploi aux évolutions du monde de l'entreprise et de l'emploi. Les dispositions du Code du travail ne règlementent que la formation professionnelle conventionnellement retenue entre le travailleur et son employeur⁴¹¹. Dans le cadre de la procédure de licenciement pour motif économique⁴¹², les mesures adoptées pour éviter les licenciements envisagés peuvent concerner « la formation et le redéploiement du personnel ». Ces mesures ne peuvent cependant être imposées à l'employeur.

La Convention Collective Nationale Interprofessionnelle du 30 décembre 2019 (CCNI) entrevoit la formation professionnelle comme un droit pour l'employeur et non le contraire. Son article 66 stipule que « *dans un but de promotion sociale et économique, l'entreprise*

409. Article 12 du décret.

410. Fonds National de Promotion de la Jeunesse (FNPJ), Agence Nationale pour la Promotion de l'emploi des jeunes (ANPEJ), Conseil National pour l'Insertion et l'Emploi des Jeunes (CNIEJ), ASMA.

411. Article L. 75 et s.

412. Article L. 60 et s.

est en droit d'exiger du personnel en fonction qu'il suive des cours de formation pour de perfectionnement professionnel que nécessitent l'exercice de son emploi et l'adaptation à l'évolution économique et technologique, sans qu'il puisse en résulter une diminution quelconque de son salaire et des indemnités ».

Il n'existe donc pas un droit conventionnel à la formation professionnelle mais une obligation pour le travailleur de s'y plier si l'employeur le sollicite.

Le droit du licenciement : Le Code du travail reconnaît à chaque partie un droit de rupture unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée. Le licenciement du travailleur fait l'objet d'une réglementation très minutieuse. L'employeur doit notifier le licenciement au salarié en indiquant le motif du licenciement. La protection du travailleur en ce sens a pris la forme d'une limitation des motifs admissibles et recevables de licenciement, motifs personnels⁴¹³ et motifs économiques⁴¹⁴, ainsi qu'une délimitation de la procédure de licenciement pour motif économique⁴¹⁵.

413. Sur la perte de confiance par exemple : la perte de confiance doit être fondée sur des faits précis et ce motif de licenciement ne peut plus être utilement invoqué par l'employeur lorsque les seuls faits reprochés au salarié, et portés devant le juge pénal, ont abouti à un jugement de relaxe. V. Cs. ch. soc., arrêt n° 14 du 25 février 2015, *Modou Moustapha Lo c. SIPS*, Bulletin des arrêts de la Cour Suprême, ch. soc., Année judiciaire 2015, p. 177. Sur la maladie : V. Cs. ch. soc., arrêt n° 13 du 12 mars 2014, *Aïssatou Diouf c. Société Hertz Transcauto*, Bulletin des arrêts de la Cour Suprême, ch. soc., Année judiciaire 2014, p. 98 : « *Que la chambre sociale, saisie d'un second pourvoi, a renvoyé la cause et les parties devant les chambres réunies qui ont cassé l'arrêt, aux motifs que les absences justifiées par la maladie dans la limite de six mois ou autorisées pour événements familiaux, ainsi que les perturbations qu'elles pourraient occasionner sur le fonctionnement de l'entreprise, n'entraînent pas la rupture du contrat mais seulement sa suspension* ». Le débat sur la légitimité du licenciement est circonscrit autour des seuls motifs invoqués dans la lettre de licenciement. V. Cs. ch. soc., arrêt n° 18 du 25 février 2004, Bulletin des arrêts de la Cour Suprême, Année judiciaire 2003-2004, p. 14 : « *Lorsque l'employeur entend rompre le contrat de travail, obligation lui est faite de mentionner les motifs de licenciement dans la lettre à notifier au travailleur (...). Que cette obligation a pour effet de circonscrire le débat juridique autour de ces motifs sans qu'il soit possible au juge ou à l'employeur de leur en substituer d'autres* », arrêt rendu sous l'ancien Code du travail, article 47.

414. Cs. ch. soc., arrêt n° 16 du 23 janvier 2003, *CSAR VIE c. Ibrahima Gueye*, BACC année judiciaire 2002-2003, ch. soc. p. 23 : « *mais attendu qu'après avoir relevé dans le dossier de nombreuses pièces notamment des correspondances contenant des directives pour la marche et la défense des intérêts du groupe*

Lorsqu'un employeur est remplacé par un autre, le successeur est tenu de continuer les contrats de travail conclus par son prédécesseur comme si la modification n'était pas intervenue⁴¹⁶.

UAP-AXA ainsi que « des procès-verbaux de réunion du Conseil d'administration de la CSAR-VIE présidée par le Directeur du DEPARTEMENT Afrique du Groupe, en particulier celui du 16 mars 1998 constatant le rejet d'une proposition au motif qu'elle n'a « pas l'aval d'AXA », le juge d'appel qui, d'une part, a estimé qu'il existait une affiliation entre les deux sociétés », les juges d'appel ont « décidé à bon droit que c'est à l'intérieur du groupe de société que doit être effectué la recherche des autres possibilités permettant d'éviter un licenciement pour motif économique ». Article 110 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif : « lorsque des licenciements pour motif économique présentent un caractère urgent et indispensable, le syndic peut être autorisé à y procéder par le juge commissaire selon la procédure ». La radicalité des termes utilisés par le législateur communautaire ne résulte point d'une inadvertance rédactionnelle car l'article 111 du même instrument précise que « le juge commissaire autorise les licenciements envisagés ou certains d'entre eux s'ils s'avèrent nécessaires au redressement de l'entreprise débitrice ».

415. Notamment par l'obligation faite à l'employeur de rechercher avec les délégués du personnel les mesures d'évitement des licenciements envisagés. V. M. B. NIANG, « Le licenciement pour motif économique entre valeurs du travail, réalités des entreprises et communautarisation du droit », in N. DIOUF et al. (dir.), *Le droit africain à la quête de son identité - Mélanges offerts au Professeur I. Y. Ndiaye*, op. cit., p. 1025.
416. La modification dans la situation juridique de l'entreprise en saurait résulter d'un changement de gérance. V. Cs. ch. soc., arrêt n° 58 du 28 décembre 2016, *Georges Eugène Bouyer c. Abdou Karim Ndiaye et al.*, Bulletin des arrêts de la Cour Suprême, ch. soc., Année judiciaire 2016, p. 197 : « qu'en statuant ainsi alors que le changement de gérance dans une société n'est pas une modification de la situation juridique de l'employeur au sens de l'article L. 66 du code du travail ». La modification dans la situation juridique de l'entreprise en saurait résulter d'un simple changement de tutelle, v. Cs. ch. soc., arrêt n° 7 du 13 février 2008, *CESAG/BCEAO c. Fara François Brangale*, Bulletin des arrêts de la Cour Suprême, ch. soc., Année judiciaire 2007-2008, p. 5 : « attendu que la modification dans la situation juridique de l'entreprise suppose l'avènement d'un nouvel employeur, ce qui n'est pas le cas lorsque l'organisme employeur a simplement changé de tutelle et continue à exercer la même activité sous la même dénomination et avec les mêmes prérogatives hiérarchiques sur ses employés ».

Paragraphe 3 : Le droit à l'égalité et à la non-discrimination⁴¹⁷

TEXTES APPLICABLES : Constitution de la République du Sénégal ; Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective ; Convention n° 100 sur l'égalité de rémunération ; Convention n° 111 concernant la discrimination dans l'emploi et la profession ; Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques (1966) ; Pacte des Nations Unies relatif aux droits économiques sociaux et culturels (1966) ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965) ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes (1979) ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; loi 97-17 du 1^{er} décembre 1997 portant Code du travail ; loi n° 61-33 du 15 juin 1961 portant Statut général de la fonction publique ; loi n° 75-50 du 03 avril 1975 portant création des institutions de prévoyance sociale ; décret n° 75-895 du 14 août 1975 portant organisation des institutions de prévoyance maladie modifié par le décret n° 2006-1310 du 23 novembre 2006 ; décret n° 72-215 du 7 mars 1972 relatif à la sécurité sociale des fonctionnaires, modifié par le décret n° 2006-1309 du 23 novembre 2006 ; décret n° 74-347 du 12 avril 1974 portant régime spécial

417. M. NDOYE DIAKHATÉ, « La Sénégalisation comme motif de rupture », *TPOM*, n° 736, du 16 mai 1990, p. 186 ; n° 755 du 2 avril 1991, p. 147 ; Cs., 18 mai 1985, *EDJA*, n° 4/5 1987, p. 22 ; Cs. du Sénégal, arrêt du 28 avril 1993, *ICS c. Bonhomme*, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, n° 2 p. 50 ; P. AUVERGNON (dir.), *Genre et droit social*, Université Montesquieu, Bordeaux IV, 2008. A. DIOH, *Étude nationale sur la discrimination en matière d'emploi et de profession au Sénégal*, PAMODEC-SÉNÉGAL, BIT ; F. DUQUESNE, *Droit du travail*, Gualino, 2004 ; A. CISSÉ NIANG, « Les infortunes du principe constitutionnel d'égalité dans les rapports privés », *RASDP*, 1996, n° 3-4, pp. 103 et s ; A. CISSÉ NIANG, *Genre et droit social : une réflexion à partir du droit sénégalais*, in *Genre et droit social*, Université Bordeaux, 2008, pp. 241 et s ; *Manuel du travailleur sénégalais, Droit du travail au Sénégal : Recueil de textes législatifs, réglementaires et conventionnels*, Friedrich Ebert Stiftung, 2^e édition, 2007 ; *La sécurité sociale au Sénégal, textes législatifs et réglementaires*, Friedrich Ebert, Stiftung, 2007. *Rapport du Sénégal sur la mise en œuvre de la Déclaration solennelle des chefs d'État et de gouvernement sur l'égalité entre les hommes et les femmes en Afrique*, 2006 ; *Rapport 2008 sur les droits de l'homme au Sénégal, présenté au Conseil des droits de l'homme, quatrième session, Genève, 2-13 février 2009*, Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2000, Université Montesquieu, Bordeaux IV, 2008 - Sécurité sociale, un nouveau consensus, BIT Genève 2002.

applicable aux agents non fonctionnaires de l'État, modifié par le décret n° 2006-1331 du 23 novembre 2006.

A. Les manifestations positives du principe d'égalité et de non-discrimination

Le droit à l'égalité et à la non-discrimination semble procéder d'un principe d'égalité et de non-discrimination, terminologie adopté par certains instruments internationaux.

Les manifestations d'une sauvegarde du principe d'égalité et de non-discrimination en droit sénégalais sont tangibles tant par la ratification des instruments internationaux pertinents dans ce domaine que par leur articulation avec des normes internes.

1. La ratification des conventions fondamentales

L'égalité et la non-discrimination ressortent comme un principe fondamental objet de plusieurs instruments internationaux, particulièrement des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du Travail. Il en est ainsi de la Convention n° 100 (1951) sur l'égalité de rémunération ainsi que la Convention n° 111 (1958) concernant la discrimination dans l'emploi et la profession.

La Convention n° 111 oblige les États membres dans lesquels elle est en vigueur à formuler et à appliquer des politiques nationales visant à promouvoir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, afin d'éliminer toute discrimination en cette matière. Elle entend par discrimination :

« toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession. Toute autre distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession qui pourra être spécifiée par le Membre intéressé après consultation des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, s'il en existe, et d'autres organismes appropriés ».

La Convention n° 100 fait obligation à Chaque État-Membre, par des moyens adaptés aux méthodes en vigueur pour la fixation des taux de rémunération, d'encourager et, dans la mesure où ceci est compatible avec lesdites méthodes, d'assurer l'application à tous les travailleurs (dans tous les secteurs) du principe de l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale.

L'État du Sénégal a ratifié ces trois conventions et les autres conventions fondamentales⁴¹⁸ qui sont ainsi en vigueur sur le territoire national et ont une valeur supérieure à la « loi » conformément à l'article 98 de la Constitution.

2. *La consécration du droit fondamental à l'égalité et la non-discrimination en droit interne*

La Constitution du Sénégal garantit l'égalité à tous les citoyens dans son préambule et dans son corpus. Elle consacre l'égalité et la non-discrimination d'une manière générale tout en insistant particulièrement sur certaines formes d'égalité.

Le corpus même de la Constitution réaffirme et précise, à travers plusieurs dispositions, le principe de l'égalité et de non-discrimination :

L'article 1^{er} du texte fondamental pose d'une manière générale le principe en ces termes « *La République du Sénégal assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion* ». L'article 7 (4) ajoute que « *Tous les êtres humains sont égaux devant la loi* ».

L'article 5 dispose : « *Tout acte de discrimination raciale, ethnique ou religieuse, de même que toute propagande régionaliste pouvant porter atteinte à la sécurité intérieure de l'État ou à l'intégrité du territoire de la République, sont punis par la loi* ». L'article 7 (4) et (5), énonce « *les hommes et les femmes sont égaux en droit. Il n'y a au Sénégal ni sujet, ni privilège de lieu de naissance, de personne ou de famille* ».

418. C.111 le 13 / 11/ 1967, C.100 le 22 / 10 / 1962, C.98 le 28 / 07 / 1961, la CEDEF en 1985 et le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique (PCADHPDFA) en 2004, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale signée à New York le 07 mars 1966 et ratifiée le 09 avril 1972, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes adoptée à New York le 18 décembre 1979 et ratifiée le 05 février 1985.

a. Une consécration particulière du principe par le droit du travail

L'article 25 vise en général les droits et libertés fondamentales et en particulier l'égalité et la non-discrimination dans les relations de travail. Il dispose : *« Chacun a le droit de travailler et le droit de prétendre à un emploi. Nul ne peut être lésé dans son travail en raison de ses origines, de son sexe, de ses opinions, de ses choix politiques et de ses croyances. Le travailleur peut adhérer à un syndicat et défendre ses droits par l'action syndicale. Toute discrimination entre l'homme et la femme devant l'emploi est interdite si elle n'est fondée sur la nature du travail ou celle des prestations fournies ».*

L'article L. 1 (2) du Code du travail en ces termes *« l'État assure l'égalité de chance et de traitement des citoyens en ce qui concerne l'accès à la formation professionnelle et à l'emploi, sans distinction d'origine, de race, de sexe et de religion ».*

L'article L. 29 protège la liberté syndicale contre les discriminations en disposant :

« Il est interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauche, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages sociaux, les mesures de discipline et de congédiement. Toute mesure prise par l'employeur contrairement aux dispositions des alinéas précédents sera considéré comme abusive et donnera lieu à dommages intérêts ».

L'article L. 56 (2) précise :

« Les licenciements effectués sans motifs légitimes, de même que les licenciements motivés par les opinions du travailleur, son activité syndicale, son appartenance ou son non appartenance à un syndicat déterminé, en particulier, sont abusifs ».

L'article 19 de la CCNI consacre une acception très détaillée et moderne de l'égalité et la non-discrimination. Ce texte stipule :

« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou une période de formation en entreprise ou de faire l'objet d'une mesure discriminatoire ».

fondée sur la race, la couleur, l'âge, le sexe, l'activité syndicale, l'appartenance à une religion, une confrérie ou une secte, l'opinion politique, l'ascendance nationale, l'ethnie, l'origine sociale, le handicap, la grossesse, la situation de famille, l'état de santé, le statut sérologique et ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chance ou de traitement en matière d'emploi ou de profession ».

b. La sauvegarde du principe par des normes autres que celles du droit du travail

Le principe fondamental d'égalité ou de non-discrimination est en outre rappelé par des dispositions des lois portant Statut général de la fonction publique, le Code de la famille, le Code général des impôts et le Code pénal.

Le Statut général de la fonction publique⁴¹⁹ consacre l'égalité et interdit la discrimination entre fonctionnaires dans ses articles 8 et 17. L'article 8 dispose « *qu'aucune distinction pour l'application du présent statut n'est faite entre les deux sexes, sous réserve des dispositions spéciales à prévoir par les statuts particuliers* ». L'article 17 interdit de faire figurer dans le dossier individuel des mentions faisant état des opinions politiques, philosophiques et religieuses de l'intéressé.

On cite aussi dans ce cadre le décret 2006-78 sur la sécurité sociale⁴²⁰. Désormais, la femme salariée ou fonctionnaire peut prendre en charge médicalement son époux et ses enfants mettant ainsi fin à près d'un demi-siècle de discrimination en ce domaine.

La loi n° 2008-01 du 8 janvier 2008 portant modification de certaines dispositions du Code général des impôts consacre l'égalité de traitement fiscal entre le mari et l'épouse en procédant à la suppression des règles qui, opérant des distinctions exclusivement fondées sur la qualité de mari ou d'épouse, se sont avérées discriminatoires.

Le Code pénal sénégalais consacre le principe d'égalité ou de non-discrimination avec la réforme du 20 janvier 1999 qui protège désormais les hommes et les femmes contre le harcèlement sexuel en général et les employés contre les employeurs en particulier. L'article 319 bis du Code pénal issu de cette réforme dispose :

419. Loi n° 61-33 du 15 juin 1961 relative au Statut général des fonctionnaires.

420. Portant modification des décrets n° 75-895 du 14 août 1975, n° 72-215 du 7 mars 1972 et n° 74-347 du 12 avril 1974.

« le fait de harceler autrui, en usant d'ordres, de gestes, de menaces, de paroles, d'écrits ou de contraintes dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, sera puni d'un emprisonnement de 6 mois à 3 ans et d'une amende de 50 000 à 500 000 francs ».

B. Les insuffisances dans la mise en œuvre de l'égalité et la non-discrimination

L'article L. 224 du Code du travail dispose en effet que :

« Des décrets peuvent déterminer, en fonction des nécessités économiques, démographiques et sociales, les possibilités d'embauchage des entreprises. Ils peuvent, en vue du plein emploi de la main-d'œuvre nationale, interdire ou limiter l'embauchage de travailleurs étrangers, pour certaines professions ou certains niveaux de qualification professionnelle ».

L'article L. 224 du Code du travail admet des discriminations fondées sur la nationalité dans les conditions fixées par décret et uniquement à l'embauche. Il ne pouvait donc pas constituer la base juridique des licenciements motivés par la nationalisation des emplois.

Manifestations jurisprudentielles des insuffisances : Cette solution consistant à admettre dans certaines conditions la nationalisation des emplois comme motif de licenciement a été adoptée par la Cour de cassation du Sénégal le 28 avril 1993 à propos du licenciement d'un travailleur étranger :

« nul ne peut être lésé dans son travail en raison de ses origines (...) ; ainsi qu'au regard de celles de la Convention n° 111 du 25 mai 1961 de l'Organisation internationale du Travail interdisant la discrimination en matière d'emploi, ratifiée et publiée au journal officiel du 30 août 1968, le licenciement pour cause de "sénégalisation" des emplois occupés par les travailleurs étrangers au Sénégal, pour les remplacer par des nationaux, ne peut être légitime que si l'ordre donné par les pouvoirs publics constitue une décision administrative légalement prise par les autorités compétentes et ce, dans le cadre de textes législatifs et réglementaires le prévoyant ; qu'en l'absence de textes aménageant

le licenciement de travailleurs étrangers pour “sénégalisation”, c’est à bon droit que la Cour d’appel a pu déclarer qu’en l’état actuel de la législation, les dispositions de l’article 20 de la Constitution et de la Convention internationale précitée, interdisent toute discrimination en matière d’emploi, s’imposent à l’État comme aux employeurs ; qu’ainsi, le moyen n’est pas fondé »⁴²¹.

De manière tout à fait critiquable, le juge suprême admet qu’une telle rupture puisse être légitime lorsqu’il fait allusion aux actes pris par un employeur conformément aux décisions administratives édictées en application des dispositions de l’article L. 224 du Code du travail⁴²². Ce texte dispose en effet que :

« Des décrets peuvent déterminer, en fonction des nécessités économiques, démographiques et sociales, les possibilités d’embauchage des entreprises. Ils peuvent, en vue du plein emploi de la main-d’œuvre nationale, interdire ou limiter l’embauchage de travailleurs étrangers, pour certaines professions ou certains niveaux de qualification professionnelle ».

L’article L. 224 du Code du travail admet des discriminations fondées sur la nationalité dans les conditions fixées par décret et uniquement à l’embauche. Il ne pouvait donc pas constituer la base juridique des licenciements motivés par la nationalisation des emplois⁴²³. Cette décision contraste par ailleurs avec celle rendue en 1985 par la Cour suprême et qui sanctionnait ce raisonnement sur le fondement des dispositions pertinentes de la Constitution et des Conventions de l’OIT⁴²⁴.

Les règles de discrimination positives qui affaiblissent le statut de la femme : le droit du travail sénégalais contient des dispositions

421. Cs., 28 avril 1993, *ICS c. Bonhomme*, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, n° 2 p. 50.

422. A. C. et B. N. NIANG, M. GAYE et O. MANÉ, *Étude sur la mise en conformité de la législation nationale du Sénégal avec les normes fondamentales du travail BIT*, PAMODEC, 2009.

423. M. N. DIAKHATÉ, « La Sénégalisation comme motif de rupture », *TPOM*, n° 736, 1990, p. 186 ; n° 755, 1991, p. 147.

424. Cour suprême 18 mai 1985, *EDJA*, n° 4/5 1987, p. 22.

favorables aux femmes et aux enfants mais qui finissent par nuire à ces dernières en matière d'accès et de conservation de l'emploi. Le repos des femmes et des enfants doit avoir une durée de onze heures consécutives au minimum et comprendre nécessairement la période nocturne. La femme est également soumise à des conditions spécifiques de travail par l'article L. 142 du Code du travail selon lequel « *des décrets fixent la nature des travaux interdits aux femmes et aux femmes enceintes* ». L'article L. 146 ajoute :

« L'Inspecteur du Travail et de la Sécurité sociale peut requérir l'examen des femmes et des enfants par un médecin agréé, en vue de vérifier si le travail dont ils sont chargés n'excède pas leurs forces. Cette réquisition est de droit à la demande des intéressés. La femme ou l'enfant ne peut être maintenu dans un emploi ainsi reconnu au-dessus de ses forces et doit être affecté à un emploi convenable. Si cela n'est pas possible, le contrat doit être résolu avec paiement de l'indemnité de préavis au travailleur ».

Ces textes interdisent aux femmes d'accomplir des travaux déterminés ou jugés supérieurs à leur force. Elles ne peuvent non plus être employées à un travail de nuit, c'est-à-dire entre 22 heures et 5 heures. Il en est de même dans les établissements où s'effectuent les travaux tels que l'abattage des animaux, la pulvérisation de peinture ou de vernis renfermant des mélanges toxiques ou inflammables etc.

Ces interdictions trouvent leur fondement international non seulement dans la Convention n° 111, mais aussi dans la Convention n° 89 ratifiée par le Sénégal le 22 octobre 1962 qui interdit tout travail de nuit pour les femmes dans les entreprises industrielles. Mais la protection ainsi assurée à la femme par l'interdiction de ces travaux, bien que parfaitement conforme aux normes fondamentales de l'OIT, peut aujourd'hui avoir des effets pervers et se révéler très contestable. La protection des femmes par l'interdiction du travail de nuit ou du travail jugé au-dessus de leur force semble aujourd'hui altérer l'égalité au lieu de la rétablir. Elle constitue une véritable discrimination négative car fondée exclusivement sur le sexe⁴²⁵.

425. A. C. et B. N. NIANG, M. GAYE et O. MANÉ, *Étude sur la mise en conformité de la législation nationale du Sénégal avec les normes fondamentales du travail*, op. cit.

SECTION 2 : LES DROITS FONDAMENTAUX D'EXPRESSION COLLECTIVE⁴²⁶

On étudiera successivement la liberté syndicale proprement dite et son corollaire, le droit de grève, ainsi que le droit à la participation.

Paragraphe 1 : La liberté syndicale

Elle bénéficie d'une consécration constitutionnelle et législative mais l'arsenal normatif présente des limites pour lesquelles une remédiation est nécessaire.

A. Une consécration constitutionnelle et législative

Le dispositif interne qui consacre la liberté syndicale illustre un attachement à la liberté syndicale et une procéduralisation de l'exercice de cette liberté.

1. Un attachement à la liberté syndicale

À travers son corpus, la Constitution garantit en son article 8 les libertés civiles et politiques que sont les libertés de réunion, d'association et de manifestation entre autres et précisément « les libertés syndicales ». En outre, l'article 25 reconnaît aux travailleurs la liberté de créer des associations syndicales ou professionnelles et leur offre la possibilité d'adhérer à un syndicat de leur choix et de défendre leurs droits par l'action syndicale. Et toute atteinte à cette liberté de choix est sanctionnée par la loi.

La loi ordinaire a aussi consacré la liberté syndicale. Ainsi, le Code du travail consacre un titre entier aux syndicats professionnels. L'article L. 7 dudit Code reconnaît aux personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des professions connexes, ou la même profession libérale la possibilité de constituer librement un syn-

426. C. FALL, *Étude sur la réceptivité et l'application des principes de liberté syndicale et du droit à la négociation collective au Sénégal*, BIT/PAMODEC, 2005, p. 34. A. LINARD, *Travailler en zone franche : les jeunes et les femmes d'abord*, sur www.syfia.info; A. I. NDIAYE et A. FALL, *Rapport sur l'impact des normes fondamentales du travail sur la productivité des entreprises sénégalaises*, Août 2006, Bureau International du Travail, Projet d'appui à la mise en œuvre de la déclaration – PAMODEC.

dicat professionnel. Il reconnaît cette liberté aussi bien aux travailleurs qu'aux employeurs.

La liberté syndicale signifie aussi que tout travailleur dispose de la liberté de se syndiquer comme celle de ne pas se syndiquer. En effet, l'article 25 de la Constitution dispose que : « *le travailleur peut adhérer à un syndicat et défendre ses droits par l'action syndicale* », et l'article L. 7 in fine du Code du travail que : « *Tout travailleur ou employeur peut adhérer librement à un syndicat dans le cadre de sa profession* ». Cette liberté de ne pas se syndiquer se traduit aussi par la liberté de démissionner du syndicat, nonobstant toute clause contraire, pour adhérer à un autre ou pas.

Le Code du travail assure la protection de la liberté syndicale du travailleur en interdisant à « *l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages sociaux, les mesures de discipline et de congédiement* »⁴²⁷.

Il interdit aussi à l'employeur ou ses représentants d'user de moyens de pression en faveur ou au détriment d'un quelconque syndicat⁴²⁸. Les mesures prises en violation de ces règles sont considérées comme abusives et donneront lieu à des dommages-intérêts⁴²⁹.

2. La procéduralisation de la constitution du syndicat

En droit du travail sénégalais, l'existence juridique du syndicat est subordonnée à une procédure qui combine l'intervention d'autorités administratives avec celle d'une autorité judiciaire.

Dépôt obligatoire des statuts et la liste des personnes qui sont chargées de son administration et de sa direction à l'inspection régionale du travail.

427. Article L. 29, (1) du Code du travail.

428. Article L. 29 (2) du Code du travail.

429. Article L. 29 (3). Article L. 56 (2) du Code du travail dispose que : « *Les licenciements effectués sans motifs légitimes, de même que les licenciements motivés par les opinions du travailleur, son activité syndicale, son appartenance ou sa non- appartenance à un syndicat déterminé, en particulier, sont abusifs* ».

L'inspecteur régional du travail du lieu du dépôt des statuts et de la liste des personnes chargées de l'administration et de la direction du syndicat de faire, dans un délai de trente jours, ampliation de ces documents auxquels il joint son rapport d'enquête. Ce rapport indique les circonstances et conditions de formation du syndicat, et notamment la date, le lieu du congrès constitutif et les origines professionnelles des membres. Il est communiqué au Ministre de l'intérieur, au Ministre chargé du travail et au procureur de la République.

Le procureur de la République notifie directement ses conclusions au Ministre de l'intérieur, aux dirigeants du syndicat et à l'inspecteur du travail dans un délai de trente jours. Lorsque le procureur de la République déclare certains membres incapables d'occuper les fonctions de direction ou d'administration du syndicat en considération des articles L. 7 à L. 9 du Code du travail, ces personnes sont considérées comme exclues d'office pour ces fonctions. Et cette mesure d'exclusion est maintenue même si le Ministre de l'intérieur délivre le récépissé. En conséquence, elles ne peuvent se prévaloir de la qualité de dirigeants de l'organisation ni auprès des services publics et des tribunaux de travail, ni auprès des tiers et le syndicat est tenu de pouvoir à leur remplacement. Toutefois, les personnes concernées peuvent contester la décision d'exclusion devant le tribunal régional.

Le Ministre de l'intérieur, au vu des rapports produits par ces autorités, et après avoir demandé l'avis du Ministre chargé du travail donné dans les quinze jours de la transmission du rapport de l'autorité judiciaire, prend une décision de délivrer ou non le récépissé. Le Code du travail ne prévoit aucun délai pour la délivrance du récépissé. Mais, il faut dire que la décision du Ministre de l'intérieur est un acte administratif. Et que par conséquent, même en l'absence d'indication d'un délai pour la délivrance ou non du récépissé, il faut admettre la possibilité d'avoir une décision implicite de rejet du Ministre au-delà du délai de quatre mois prévu par le droit commun administratif.

Dans la pratique, cette procédure décrite dans le Code du travail doit être combinée avec celles du Code des obligations civiles et commerciales relatives à la constitution des associations.

La constitution des organisations syndicales du secteur public est moins procédurale que celle prévue dans le secteur privé. En effet, la constitution des syndicats dans ce secteur obéit à la procédure du dépôt légal. Il en résulte que dès le dépôt légal, le syndicat a une existence juridique. Toutefois, il lui est fait obligation dans les deux mois suivants sa création de déposer ses statuts et la liste de ses

administrateurs auprès de l'autorité ayant pouvoir de nomination sur les fonctionnaires appelés à en faire partie ou auprès du Ministre chargé de la fonction publique et du travail. En cas de modification des statuts ou de la composition du bureau, cette même procédure doit être observée.

B. Les insuffisances du dispositif sénégalais confronté à la convention n° 87 relative à la liberté syndicale

La convention n° 87, en son article 2, stipule que : « *Les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières* ».

L'article L. 8 du Code du travail qui soumet l'existence du syndicat à une autorisation du Ministre de l'intérieur subordonne cette constitution à une procédure d'autorisation préalable. Le syndicat ne dispose pas de la personnalité juridique tant que le récépissé du Ministre de l'intérieur n'est pas été délivré et la loi n° 79-02 du 4 janvier 1979 prévoit une amende de 200 000 à 2 000 000 FCFA et un emprisonnement d'un (1) mois à un (1) an ou de l'une de ces peines seulement, sans préjudice des peines plus fortes prévues par des lois particulières, pour toute personne qui fait ou tente de faire fonctionner une association sans enregistrement ou sans autorisation préalable. L'article 7 de la Convention n° 87 stipule que : « *L'acquisition de la personnalité juridique par les organisations de travailleurs et d'employeurs, leurs fédérations et confédérations, ne peut être subordonnée à des conditions de nature à mettre en cause l'application des dispositions des articles 2, 3 et 4 ci-dessus* ».

L'article L. 25 du Code du travail applicable aux unions syndicales renvoie à l'article L. 8 du même Code et est aussi incompatible avec les articles 5 et 6 de la Convention n° 87.

La possibilité est donnée au procureur de la République de requérir devant le tribunal régional (devenue tribunal de grande instance) la dissolution judiciaire d'un syndicat qui violerait les articles L. 7 à L. 9, L. 24 et L. 25. La procédure de dissolution judiciaire prévue par le Code du travail est en conformité avec l'article 4 de la Convention n° 87 de l'OIT qui dispose que : « *Les organisations de travailleurs et d'employeurs ne sont pas sujettes à dissolution ou à suspension par voie administrative* ».

Par contre, la dissolution du syndicat par voie administrative est critiquable. La loi n° 65-40 du 22 mai 1965 offre à l'administration la possibilité de dissoudre les organisations séditionnelles en disposant en son article premier que « *seront dissous par décret les associations ou groupements dont l'activité serait de nature à troubler par tous moyens illégaux le fonctionnement du régime constitutionnel* ». Il est préoccupant car le terme « séditionnel » peut englober des situations très diverses⁴³⁰.

La liberté de constituer des syndicats dans certains secteurs d'activité est entravée. Dans le secteur public, la liberté syndicale est reconnue sous réserve de quelques restrictions concernant certaines catégories de fonctionnaires. Le droit syndical est retiré aux personnels du chiffre⁴³¹ 5, du service national d'hygiène⁴³² 6, de la douane⁴³³ 7, des forces de police⁴³⁴ 8 et de la magistrature⁴³⁵ 9 et des inspecteurs généraux d'État⁴³⁶. La suppression de la liberté de constitution d'un syndicat aux forces de police et de l'armée pourrait cependant trouver un fondement sur l'article 4-1 de la Convention n° 87 de l'OIT qui stipule que : « *La mesure dans laquelle les garanties prévues par la présente convention s'appliqueront aux forces armées et à la police sera déterminée par la législation nationale* ».

L'absence de protection des dirigeants syndicaux : le droit du travail sénégalais ne leur reconnaît pas une protection particulière similaire celle dont bénéficient les délégués du personnel. Ces derniers

430. V. Affaire *Sega Seck Fall*. Par décret du 28 mars 1973, le Président de la République du Sénégal avait dissout le Syndicat des Enseignants Sénégalais (SES). Un recours pour excès de pouvoir introduit devant la Cour suprême a été rejeté le 29 janvier 1975 au motif que la convention OIT n° 87 n'était pas publiée et ne pouvait s'appliquer.

431. Article 5 de la loi n° 83-03 du 28 janvier 1983 portant statut spécial du personnel du chiffre.

432. Article 8 de la loi n° 81-12 du 4 mars 1981 relative au personnel du service national d'hygiène.

433. Article 8 de la loi n° 69-64 du 30 octobre 1969 relative au statut du personnel des douanes, modifiée par la loi n° 79-54 du 25 décembre 1979.

434. Article 8 de la loi n° 2009-18 du 9 mars 2009 relative au statut du personnel de la Police nationale.

435. Article 11 de la loi n° 92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats.

436. Article 18 de la loi n° 2005-23 du 11 août 2005 portant statut des inspecteurs généraux d'État.

bénéficient d'un statut protecteur qui oblige l'employeur à solliciter l'autorisation de l'inspecteur du travail en matière de licenciement.

Paragraphe 2 : Le droit de grève

Le droit sénégalais renferme une affirmation du droit de grève comme droit fondamental du travailleur mais la mise en œuvre du droit par d'autres dispositions illustre des limites.

A. L'affirmation du droit de grève comme droit fondamental

Bien qu'il ne soit pas visé expressément par la Convention n° 87 de l'OIT, le droit de grève a été rattaché à ladite convention par le Comité de la liberté syndicale et la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CEACR) qui ont réaffirmé, à maintes reprises, que : « *Le droit de grève était un droit fondamental des travailleurs et de leurs organisations* ». La grève doit être fondée sur des motifs professionnels. L'interdiction des grèves fondées sur des motifs autres que professionnels, notamment politiques, est en conformité avec les principes posés par le Comité de la lutte syndicale du BIT qui excluent celles-ci du champ d'application des principes de la liberté syndicale. Toutefois, ce comité réserve le cas où les syndicats recourent aux grèves de protestation, notamment en vue de critiquer la politique économique et sociale du gouvernement.

Normes internes et la consécration du droit de grève :

La Constitution sénégalaise dispose en son article 25 (4) que : « *Le droit de grève est reconnu. Il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent. Il ne peut en aucun cas ni porter atteinte à la liberté de travail, ni mettre l'entreprise en péril* ». Le Code du travail ne contient pas une affirmation préalable du droit de grève comme droit fondamental.

B. Les limites à l'exercice du droit de grève

Elles prennent tantôt la figure d'un encadrement du droit de grève qui ne remet pas en cause fondamentalement la proclamation de ce droit, tantôt un déni du droit de grève à certains travailleurs. Les limites du droit de grève ont comme fondement une volonté de sauvegarde des intérêts de l'entrepreneur employeur et la nécessité de continuité des services essentiels de la nation.

1. *Les limites procédant d'un souci d'encadrement du droit de grève*

La législation relative à la grève tente de trouver une médiation entre les intérêts des travailleurs et ceux de l'entreprise.

La notion de « mise en péril » de l'entreprise visée par l'article 25 (4) in fine de la Constitution apparaît comme une limite au droit de grève motivée par la volonté de protection de l'investisseur. Cette notion n'a pas été définie et peut donc poser des problèmes d'interprétation. En aucun cas, elle ne devrait signifier les nuisances que le droit de grève peut causer à l'entreprise car une grève nuit nécessairement à l'entreprise. Et les difficultés conjoncturelles ou structurelles de l'entreprise ne peuvent pas aussi être interprétées comme des freins pour l'exercice du droit de grève. On peut toutefois voir à travers la notion de mise en péril de l'entreprise une reprise maladroite de la notion de désorganisation de l'entreprise qui rend la grève abusive. Il appartient au juge de donner un contenu à cette notion.

La procéduralisation du droit de grève : elle apparaît comme une limite qui peut se voir attacher une certaine légitimité. La procédure de déclenchement de la grève doit tendre à avertir l'employeur et à ouvrir une période de négociation apte à installer une solution aux revendications et anticiper ainsi des troubles plus importants⁴³⁷.

437. Aux termes de l'article L. 272 du Code du travail, tout différend collectif doit être notifié immédiatement par la partie la plus diligente soit à l'inspecteur de travail et de la sécurité sociale, lorsque le conflit est limité au ressort d'une inspection régionale du travail et de la sécurité sociale, soit au Directeur du travail et de la sécurité sociale lorsque le conflit s'étend sur les ressorts de plusieurs inspections régionales du travail et de la sécurité sociale. Il appartient alors à ces autorités administratives de mettre en œuvre la procédure de conciliation prévue par la convention collective applicable. La durée maximale de la tentative de conciliation est fixée à dix jours. Au terme de ce délai, l'inspecteur du travail ou le Directeur général du travail et de la sécurité sociale doit dresser un procès-verbal signé par les parties auxquelles il est délivré copie. En l'absence de procédure de conciliation prévue par la convention collective ou en cas d'échec de ladite procédure, l'inspecteur du travail ou le Directeur général du travail et de la sécurité sociale doit convoquer les parties dans un délai de quarante-huit (48) heures après sa saisine. Lorsque la conciliation n'a pas abouti dans ces délais, les organisations de travailleurs ou d'employeurs peuvent déclencher une grève ou un lock-out à l'expiration d'un délai de préavis de trente (30) jours. Ce préavis doit être déposé au niveau des organisations patronales ou des travailleurs. L'irrespect de la procédure entraîne l'illicéité de la grève.

Selon l'article 7 (7) du Statut général de la fonction publique, lorsque le droit de grève est reconnu aux fonctionnaires, ils ne peuvent cesser collectivement le travail qu'à l'expiration d'un délai d'un (01) mois suivant la notification d'un préavis écrit faite à l'autorité administrative par la ou les organisations syndicales les plus représentatives. Ce préavis doit énoncer les motifs et la durée de la grève envisagée. Lorsque l'ordre de grève est rapporté par la ou les organisations qui l'ont notifié, la grève ne doit plus intervenir ou se poursuivre.

L'interdiction des grèves avec occupation des lieux de travail. En outre, l'article L. 276 (4) du Code du travail interdit l'occupation des lieux de travail ou de leurs abords immédiats, sous peine de sanctions civiles et pénales. Si l'interdiction de l'occupation des lieux de travail est justifiée en raison de l'atteinte qui est portée dans ce cas au droit de propriété, il n'en est pas de même de l'occupation des abords immédiats de l'entreprise communément appelée « piquets de grève ». D'ailleurs, le Comité de la lutte syndicale a eu à préciser que « *les piquets de grève organisés dans le respect de la loi ne doivent pas voir leur action entravée par les autorités publiques* » et que leur « *interdiction (...) ne se justifierait que si la grève perdait son caractère pacifique* ».

2. Les limites procédant d'un déni du droit de grève

Le régime particulier de la grève dans le secteur public est porteur d'un déni du droit de grève en même temps que la possibilité donnée à l'administration de réquisitionner des travailleurs en cas de grève participe du même esprit.

Le Statut général de la fonction publique reconnaît de manière générale, en son article 7, le droit de grève aux fonctionnaires sous réserve des dispositions de son article 99.

Au fondement de l'article 99, les statuts particuliers des fonctionnaires investis de fonctions intéressant directement la sécurité et l'ordre public ou de fonctions d'enseignement peuvent déroger aux règles prévues par le Statut général de la fonction publique.

Le retrait du droit de grève à certains fonctionnaires est une réalité du droit sénégalais. C'est le Statut général de la fonction publique qui prévoit cette possibilité à destination des statuts particuliers qui régissent ces catégories de fonctionnaires. Il faut d'abord souligner que le retrait du droit de grève concerne surtout les fonctionnaires qui se sont vus « retirer » la liberté syndicale. Il en est ainsi pour les pers-

onnels du chiffre⁴³⁸, du service national d'hygiène⁴³⁹, de la douane⁴⁴⁰, des forces de police⁴⁴¹, de la magistrature⁴⁴² et des inspecteurs généraux d'État⁴⁴³. Mais, le droit de grève est aussi retiré à certains fonctionnaires dont le statut particulier ne prévoit pas la négation de la liberté syndicale. Il en est ainsi du décret n° 77-880 du 10 octobre 1977 portant statut particulier du cadre des fonctionnaires de l'Administration générale qui dispose en son article 10 :

« En application de l'article 99 du Statut général des fonctionnaires et en raison du caractère particulier des fonctions qui leur sont dévolues, les administrateurs civils peuvent être sanctionnés en dehors des garanties disciplinaires pour toute cessation concertée du service ou tout acte collectif d'indiscipline ».

Cela signifie qu'ils n'ont pas le droit d'aller en grève.

La non reconnaissance du droit de grève, pour certaines catégories de fonctionnaires exerçant des fonctions d'autorité au nom de l'État ou dans les secteurs essentiels au sens strict du terme, c'est-à-dire les services dont l'interruption mettrait en danger, dans l'ensemble ou dans une partie de la population, la vie, la sécurité ou la santé de la personne, pourrait trouver un fondement sur la position du Comité de la lutte syndicale. Il en est ainsi des

« fonctionnaires de l'administration et du pouvoir judiciaires qui sont des fonctionnaires qui exercent des fonctions d'autorité au nom de l'État, et leur droit de recourir à la grève peut donc faire l'objet de restrictions, telle que la suspension de l'exercice du droit ou d'interdictions ».

Il en est de même du personnel des douanes ou des forces de l'ordre.

438. Article 5 de la loi n° 83-03 du 28 janvier 1983, *op. cit.*

439. Article 8 de la loi n° 81-12 du 4 mars 1981, *op. cit.*

440. Article 8 de la loi n° 69-64 du 30 octobre 1969, *op. cit.*, modifiée par la loi n° 79-54 du 25 décembre 1979.

441. Article 8 de la loi n° 2009-18 du 9 mars 2009, *op. cit.*

442. Article 11 de la loi n° 92-27 du 30 mai 1992, *op. cit.*

443. Article 18 de la loi n° 2005-23 du 11 août 2005, *op. cit.*

3. Le pouvoir de réquisition de l'administration en cas de grève

Une réquisition est un ordre de reprendre le travail donné par les autorités administratives aux travailleurs en grève. Ce sont les dispositions de l'article 7 du Statut général de la fonction publique⁴⁴⁴ et de l'article L. 276 du Code du travail qui permettent à l'autorité administrative de neutraliser ponctuellement le droit de grève de certains travailleurs du secteur public et du secteur privé en procédant à leur réquisition. Dans le secteur public, la réquisition est notifiée par un ordre de service signé par l'autorité administrative compétente. Dans le secteur privé, elle l'est par l'autorité administrative compétente ou l'employeur ou son représentant.

Toutefois, lorsque la situation l'exige, l'ordre de réquisition peut résulter de la publication au journal officiel, de la diffusion radio-phonique ou de l'affichage sur les lieux de travail d'un décret réquisitionnant collectivement et anonymement les travailleurs occupant tout ou partie des emplois énumérés dans la liste fixée par décret. Le travailleur réquisitionné conformément à la procédure décrite doit déférer à l'ordre de réquisition. En cas de manquement, des sanctions peuvent lui être appliquées⁴⁴⁵.

Sur le plan réglementaire, c'est le décret n° 72-017 du 11 janvier 1972 qui fixe les postes, fonctions ou emplois susceptibles d'entraîner la réquisition du travailleur. Le pouvoir réglementaire, dans certains cas, vise tous les emplois d'un secteur déterminé⁴⁴⁶.

444. Article 7 : « l'autorité administrative compétente peut, à tout moment, procéder à la réquisition des fonctionnaires qui occupent des fonctions indispensables à la sécurité des personnes et des biens, au maintien de l'ordre public, à la continuité des services publics ou à la satisfaction des besoins essentiels de la Nation. La liste des postes ou fonctions définies est fixé par décret ».

445. Dans le secteur public, les travailleurs qui se soustrairaient à cette obligation sont passibles d'un emprisonnement de six (06) jours et d'une amende de 20 000 à 100 000 FCFA ou de l'une de ces deux peines seulement indépendamment des sanctions disciplinaires qui peuvent les frapper. Dans le secteur privé, une amende de 500 000 à 1 000 000 FCFA et un emprisonnement de trois (3) mois à un (1) an ou de l'une de ces deux peines seulement, sans préjudice d'un licenciement sans préavis ni autre indemnité que, le cas échéant, l'indemnité de congés payés.

446. En nous fondant sur la nomenclature proposée par le Comité de la lutte syndicale, beaucoup de secteur cités par voie réglementaire au Sénégal ne relèvent pas des activités où une réquisition est nécessaire : Télécommunications, des Chemins de fer, de la Poste, du Port Autonome de Dakar, de la

Paragraphe 3 : Le droit à la participation

Au niveau constitutionnel, le Sénégal garantit de manière générale la liberté d'expression et d'opinion et reconnaît à tout travailleur le droit de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination des conditions de travail dans l'entreprise. Les normes infra constitutionnelles de droit interne consacrent largement le dialogue social et la négociation collective. Mais cela se vérifie surtout dans le secteur privé. Dans le secteur public, la négociation collective n'est pas aussi vivace et elle est souvent remplacée par des normes législatives ou réglementaires. D'ailleurs, la négociation collective y semble l'exception si l'on s'en tient à l'article L. 93 du Code du travail qui ne semble la prévoir qu'en l'absence d'un statut législatif ou réglementaire particulier. En droit du travail, l'article L. 5 du Code du travail reconnaît aux travailleurs et à leurs représentants un « *droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation du travail* »

L'article 20 de la Constitution consacre le droit de participation en disposant que : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination des conditions de travail* ».

Dans le quotidien de l'entreprise, il s'agit des délégués du personnel. Les syndicats, les représentants syndicaux précisément, apparaissent comme des acteurs d'un autre type.

A. La mise en œuvre du droit à la participation par l'institution des délégués du personnel

L'institution du délégué de personnel est réalisée par une série de textes, à savoir les articles 185 à 190 du Code du travail et les décrets 67-1360 du 9 Décembre 1967 et 83-680 du 29 juin 1983.

L'élection de délégués du personnel est obligatoire dans toute entreprise qui emploie plus de dix salariés. Peuvent être élus délégués du personnel, les travailleurs âgés de vingt-et-un (21) ans accomplis, de nationalité sénégalaise ou ressortissants d'un État signataire d'un traité accordant la réciprocité. Les candidats doivent, par ailleurs,

Radio -Télévision Sénégalaise, de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, des entreprises de production d'énergie (raffinage et électricité), les transports aériens, les sociétés d'extraction minière, les sociétés de distribution de pétrole, les sociétés de nettoyage.

savoir s'exprimer en français et avoir accompli 12 mois de service dans l'entreprise.

Sont électeurs tous les travailleurs âgés de dix-huit (18) ans révolus et ayant travaillé six mois dans l'entreprise. Sont privés du droit de vote ceux des travailleurs qui ont été condamnés à une peine privative de droits civiques. Les électeurs sont répartis en collège selon leur catégorie professionnelle d'appartenance. Les délégués sont élus pour trois (3) ans. Leur mandat est renouvelable.

Outre la présentation des réclamations du personnel et le contrôle de l'application de la législation sociale, les délégués du personnel ont aussi pour mission la communication à l'employeur de toutes suggestions utiles tendant à l'amélioration de l'organisation et du rendement de l'entreprise.

Ils sont également consultés lors de l'élaboration du règlement intérieur et des licenciements pour motif économique⁴⁴⁷ ou de chômage technique⁴⁴⁸.

Pour leur permettre de bien remplir leur mission, la loi leur accorde un statut protecteur : Les heures de délégation sont considérées comme heures de travail effectif ; mise à disposition et libre usage des salles de réunions par l'employeur ; une audience périodique par le chef d'entreprise et une protection contre toute rupture abusive de leur contrat avec un système d'autorisation préalable de l'autorité administrative⁴⁴⁹.

447. Article L. 61 du Code du travail : « Pour tenter d'éviter un licenciement pour motif économique, l'employeur doit réunir les délégués du personnel et rechercher avec eux toutes les autres possibilités telles que la réduction des heures de travail, le travail par roulement, le chômage technique, la formation ou le redéploiement du personnel ».

448. Article L. 65 du Code du travail : « En cas de nécessité d'une interruption collective de travail résultant de causes conjoncturelles ou de causes accidentelles telles que des accidents survenus au matériels, une interruption de la force motrice, un sinistre, des intempéries, une pénurie accidentelle de matières premières, d'outillage, de moyens de transport, l'employeur peut, après consultation des délégués du personnel, décider de la mise en chômage technique de tout ou partie du personnel de l'entreprise, que le contrat de travail soit à durée déterminée ou indéterminée ».

449. Article L. 214 du Code du travail : « L'autorisation de l'inspecteur du travail est requise avant tout licenciement d'un délégué du personnel envisagé par l'employeur ou son représentant », « l'inspecteur doit refuser d'autoriser tout licenciement de délégué du personnel qui serait opéré en violation des dispositions du présent code ».

B. La participation par les syndicats et les représentants syndicaux

Le régime juridique de la constitution des syndicats professionnels a déjà été évoqué⁴⁵⁰. Les représentants syndicaux sont choisis librement par les syndicats mais il existe un contrôle administratif et judiciaire concernant les personnes appelées à diriger le syndicat.

Les syndicats participent à la détermination des conditions de travail au moyen de la négociation de conventions et accords collectifs. La loi vise les syndicats proprement dits, les fédérations de syndicats et les confédérations de syndicats. Ils semblent disposer, dans la pratique, d'un monopole dans la négociation des instruments conventionnels. Aux termes de l'article L. 80 du Code du travail,

« La convention collective de travail est un accord collectif relatif aux relations de travail conclu d'une part, entre les représentants d'un ou plusieurs syndicats ou groupements professionnelles de travailleurs, et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement ».

Ces dispositions visent les syndicats ou groupements professionnels de travailleurs mais, dans la pratique, l'administration du travail ne valide que les conventions négociées par les groupements ayant la qualité de syndicats. La négociation des conventions collectives de branche susceptibles d'être étendues est textuellement réservée aux organisations syndicales d'employeurs et de travailleurs considérées comme les plus représentatives. Une entorse au monopole syndical dans la négociation des instruments conventionnels apparaît s'agissant de celle de l'accord collectif d'entreprise. Le Code du travail prévoit à cet effet que cette négociation peut être le fait de syndicat ou des délégués du personnel sans que l'on sache si les délégués du personnel peuvent intervenir alors qu'une représentation syndicale existe dans l'entreprise⁴⁵¹. Au niveau national et interprofessionnels, la négociation des normes applicables au travail est le fait des fédérations de syndicats,

450. V° Liberté syndicale.

451. Article L. 92 : « Des accords concernant une entreprise, un ou plusieurs établissements déterminés, peuvent être conclus entre, d'une part, un employeur ou un groupement d'employeur et, d'autre part, les délégués du personnel et les représentants des syndicats les plus représentatifs du personnel de l'entreprise, du ou des établissements intéressés et étant effectivement employés ».

appelées communément centrales syndicales⁴⁵². L'implication des organisations syndicales, et des délégués du personnel accessoirement, dans la négociation des normes du travail, manifestent toute l'idée de participation évoquée par les dispositions constitutionnelles et législatives. Au-delà de la négociation collective, la catégorie du « dialogue social » fait encore intervenir ces représentants des travailleurs comme les réceptacles institutionnels des obligations d'information et de consultation des employeurs⁴⁵³.

Les revendications que les syndicats professionnels posent dans le cadre des conflits collectifs concourent aussi, indirectement, à la production de nouvelles normes et conditions de travail. Les dispositions relatives aux conflits collectifs consacrent encore une sorte de monopole des syndicats dans le déclenchement et la négociation subséquente à ces conflits. L'article L. 273 dispose en effet que « *dès lors que la conciliation n'a pas été constatée dans ce délai, le lock-out ou la grève déclenchée après un préavis de 30 jours déposé au niveau des syndicats des employeurs ou des travailleurs concerné est licite* ». La référence aux organisations professionnelles ayant la qualité de syndicats est encore manifeste.

Le droit à la participation telle qu'énoncée par l'article 25 de la Constitution est aussi mis en œuvre à travers la présence des représentants des travailleurs dans les instances et institution du monde du travail et des relations professionnelles. Ces derniers siègent dans toutes les institutions consultatives à caractère administratif comme :

- Le Conseil consultatif national du travail et de la sécurité sociale qui a pour mission générale d'étudier les problèmes de travail, de l'emploi et de la sécurité sociale. Il est obligatoirement consulté sur tous les projets de loi concernant ces matières et son avis doit nécessairement accompagner de tels projets.
- Le Comité technique consultatif national d'hygiène et de sécurité. Ce comité est obligatoirement consulté et donne son avis pour l'élaboration des règles d'hygiène et de sécurité sur le lieu de travail.

452. CCNI du 30 décembre 2019, Accord national interprofessionnel sur la retraite à soixante (60) ans dans le secteur privé.

453. M. B. NIANG, « Ancrage juridique et perspectives du dialogue social au Sénégal », in *Dialogue social dans l'espace OHADA et ailleurs dans le monde*, L'Harmattan, 2018, pp 221-238.

- Le Comité national de concertation. Ce comité a pour mission d'assurer une concertation régulière entre les autorités publiques et les employeurs sur la politique des salaires, des prix et de l'emploi.

CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX PAR LES FINANCES PUBLIQUES

Lettre du Gouverneur général Ponty :

« C'est dans la perception de l'impôt que nous devons nous efforcer d'assurer aux contribuables le maximum de garantie. Ma longue expérience de l'AOF et des populations noires m'a permis de constater, de la façon la plus nette, que les intermédiaires indigènes entre la masse de la population et les administrateurs des cercles ou leurs subordonnés, ne sont, le plus souvent que des parasites, vivant sur le pays et sans aucun profit pour le fisc. Autant d'intermédiaires, autant de déprédateurs »⁴⁵⁴.

Si la protection des droits fondamentaux est proclamée dans quasiment toutes les Constitutions, l'égalité devant l'impôt est théorique parce qu'une partie des citoyens supporte la charge fiscale. En 2020, selon la Direction générale des Impôts et des Domaines (DGID), si l'on considère une population active de plus de 6 000 000 de contribuables d'individus, moins de 1% apportent une contribution, c'est-à-dire « les 25 000 dossiers actifs figurant dans le fichier de la DGID, les 300 000 salariés du secteur privé et les 145 000 salariés du secteur public »⁴⁵⁵. Ces chiffres rappellent les périodes féodales et coloniales en Afrique au cours desquelles, les finances publiques n'ont jamais pu protéger les droits fondamentaux. Les études montrent que le budget de la colonie du Sénégal contenait des dépenses sociales (logées dans la rubrique

454. V., Rapport du Gouvernement général du 30 janvier 1914, in A. TOURÉ, *Fiscalité indigène et dépenses sociales dans le budget colonial du Sénégal 1945-1946*, L'Harmattan, Sénégal, 2015, p.113.

455. Direction générale des Impôts et des Domaines, « Le yaatal, un dialogue de responsabilité au bénéfice du citoyen », *Magazine trimestrielle*, n° 26 –janvier à juin 2020, p. 7.

des dépenses ordinaires) au profit des populations extrêmement faibles. La priorité était en effet accordée aux dépenses de souveraineté et militaires afin de maintenir les colonies sous domination⁴⁵⁶. L'impôt est qualifié d'indigène puisque c'est « *l'application normale du droit absolu que nous avons d'obliger les populations noires, auxquelles nous apportons la paix et la sécurité, à contribuer dans la mesure de leurs moyens aux dépenses d'utilité générale* »⁴⁵⁷.

Plus de soixante (60) années après les indépendances, cette précarité sociale est encore une réalité quotidienne. Selon *Oxford Committee for Relief Famine* (OXFAM), les gouvernements d'Afrique de l'Ouest étaient les moins engagés à réduire les inégalités sur le continent « *à telle enseigne que les 1 % les plus riches des Ouest-Africains ont des revenus plus élevés que tout le reste de la population de la région réunie. Au Nigéria, l'homme le plus riche de ce pays a des revenus environ 150 000 fois supérieurs aux dépenses annuelles des besoins de consommation de base des 10 % les plus pauvres du Nigéria* »⁴⁵⁸. Ces statistiques sont bien confirmées au plan national. Suivant les publications récentes de l'Agence nationale de la Statistique et de la Démographie (ANSD), sur un échantillon de 7156 ménages, le taux de pauvreté monétaire est estimé à 37,8% en 2018/2019 ; « *le nombre de pauvres a augmenté au Sénégal (5 832 008 en 2011 contre 6 032 379 en 2018). Par rapport au milieu de résidence, la pauvreté est plus accentuée en milieu rural (53, 6 % contre 19, 8% pour le milieu urbain)* »⁴⁵⁹. La relation entre les finances publiques et les droits fondamentaux devient automatique ou même, si l'on préfère, synallagmatique. La bonne tenue des finances publiques impacte positivement l'exercice des droits fondamentaux parce qu'elle permet de dégager des marges budgétaires pour financer les dépenses sociales.

456. A. TOURÉ, *Fiscalité indigène et dépenses sociales dans le budget colonial du Sénégal 1945-1946*, op. cit., p.137.

457. C. COQUERY-VIDROVITCH, « L'échec d'une tentative économique : L'impôt de capitation au service des compagnies concessionnaires du « Congo français » (1900-1909) », *Cahiers d'études africaines*, vol. 8, n° 29, 1968, pp. 96-109.

458. V., le rapport sur *La crise des inégalités en Afrique de l'Ouest juillet 2019*, in <https://www.wathi.org/choix-de-wathi/la-crise-des-inegalites-en-afrique-de-l-ouest-oxfam-international>.

459. Ministère de l'Économie du Plan et de la Coopération, Agence Nationale de la Statistique et de la Démographie (ANSD), *Rapport final, Enquête harmonisée sur les Conditions de Vie des Ménages (EHCVM) au Sénégal*, Septembre 2021 in, Résumé analytique, [Rapport-final-EHCVM-vf-Senegal \(1\) - Copie.pdf](#).

La dialectique entre l'argent et les droits de l'homme est ancienne. En 1549, l'impôt (sous forme de prélèvement en nature) réclamé par le Roi du Djoloff pour asseoir sa domination sur les provinces a été caractérisé de dégradant et d'humiliant par les populations ; ce qui, d'ailleurs, va engendrer la bataille de Danki.

Les droits fondamentaux constituent des facultés reconnues d'agir de telle façon ou de jouir de tel avantage. Ils évoquent un pouvoir d'agir ou de ne pas d'agir. Le constituant accorde une importance particulière aux droits et libertés en leur consacrant un titre entier (Titre I) dans la préséance constitutionnelle. Il est posé à l'article 7 alinéa 3 que « *Le peuple sénégalais reconnaît l'existence des droits de l'homme inviolables et inaliénables comme base de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde* ».

La loi 2016-10 du 5 avril 2016 portant révision de la Constitution du 22 janvier 2001 enrichit les droits économiques et sociaux⁴⁶⁰. Les droits et libertés publiques dans la loi 2016-10 sont aussi transformés en droits et libertés fondamentaux. Le glissement sémantique est chargé de sens. Les droits fondamentaux sont protégés dans les textes constitutionnels ou internationaux et leur effectivité est assurée par le juge constitutionnel ou le juge supranational. En ce sens, les droits fondamentaux s'opposent aux libertés publiques encadrées par les textes législatifs et protégés par les juges administratif et judiciaire. La protection dans la théorie des droits fondamentaux est sauvegardée par une haute juridiction pouvant être saisie sans formalisme particulier. Ce qui fait donc la particularité des droits fondamentaux, c'est leur directe invocabilité.

Les finances publiques font l'objet d'une triple définition. Au plan organique, ce sont les finances des personnes morales de droit public, celles de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des agences d'exécution. Pour être plus conforme au droit positif, les finances publiques désignent les finances des « organismes publics »⁴⁶¹.

460. Ainsi, il est écrit à l'article 25-1 de la Constitution que « les ressources naturelles appartiennent au peuple. Elles sont utilisées pour l'amélioration de ses conditions de vie. L'exploitation et la gestion des ressources naturelles doivent se faire dans la transparence et de façon à générer une croissance économique, à promouvoir le bien-être de la population en général et à être écologiquement durable ».

461. Articles 30 et 31 de la Loi organique n° 2012-23 du 27 décembre 2012 abrogeant et remplaçant la loi organique n° 99-70 du 17 février 1999 sur la cour des

Dans un sens matériel, l'expression « finances publiques » concerne l'étude « des règles et des opérations relatives aux deniers publics »⁴⁶². Ce critère retient le concept de « denier public », c'est à dire les deniers affectés au service public ou mis à la disposition d'une personne publique, comme fondement des finances publiques. La nature de la personne importe peu. Ainsi, « *seraient publiques, les finances (ou deniers) maniées en vertu d'une prérogative de puissance publique* », même par des personnes privées (ainsi les finances de la Sécurité sociale) ; « *seraient privées les finances maniées sans recours à un pouvoir de commandement, même par les personnes publiques (ainsi les opérations industrielles et commerciales de l'État)* »⁴⁶³. Cette définition rejoint la conception organique au sens large de la notion finances publiques. Les finances publiques deviennent alors « *la branche du droit public qui a pour objet l'étude des règles et des opérations financières publiques* »⁴⁶⁴. Les finances publiques sont « *la science des revenus publics et de la mise en œuvre des revenus publics* »⁴⁶⁵.

On peut ajouter enfin une définition fonctionnelle ou finaliste qui confère au droit des finances publiques une triple fonction : « *financer le fonctionnement des services publics (rôle ancien), réduire les inégalités de richesse, régulariser la croissance économique (rôle nouveau)* »⁴⁶⁶. Cette approche permet de saisir l'identité des finances publiques.

Si « *l'argent public est au cœur de l'État de droit et de la démocratie* » suivant le Préambule de la Directive n°01/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant Code de Transparence dans la Gestion des

comptes. L'article 1er du Décret 2020-978 du 23 avril 2020 portant Règlement général sur la Comptabilité publique s'applique aussi aux collectivités territoriales, aux établissements publics nationaux et locaux, aux agences d'exécution, aux fonds, aux organismes de sécurité sociale ainsi qu'aux services et organismes que la loi assujettit au régime juridique de la comptabilité publique.

462. P.-M. GAUDEMET, *Finances publiques*, Tome I, Paris, Montchrestien, 7ème éd., 1989, p. 9.

463. L. SAIDJ, « Recherche sur la notion de finances publiques en droit constitutionnel et financier positif », *RDP*, 5-1982, p. 1301.

464. P.-M. GAUDEMET, *Précis de Finances publiques*, tome 1er, Les opérations sur deniers publics, budget, trésor, Montchrestien, 1969, p. 13.

465. P.L- BEAULIEU, *Traité de la Science des finances*, Paris, Guillaumin, 1876, p. 3.

466. P. LALUMIERE, *Finances publiques*, Colin, 1980, p. 8.

Finances publiques au sein de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), on peut se demander si les finances publiques assurent la protection - entendue au sens de sauvegarde et de défense des droits fondamentaux. Les finances publiques permettent-elles de garantir l'exercice des droits-libertés ou des droits défensifs (égalité, liberté de manifester, droit de réunion, droit de propriété, liberté de conscience et d'opinion, droit de propriété) ? L'interrogation est plus pragmatique dans le cadre des droits-créances ou droits-prestations puisqu'ils nécessitent un financement public (par les impôts payés par le contribuable) pour pouvoir être mis en œuvre convenablement. Il faut inscrire suffisamment de crédits dans la loi de finances pour assurer l'exercice des droits à la santé, à l'emploi, à l'éducation, au travail, à un environnement, au logement, à la protection sociale, à l'eau, à l'électricité, etc.

Pour tenter de répondre à ces questions, la méthodologie est basée sur une double démarche. D'une part, il a été procédé au dépouillement des textes et de la doctrine. D'autre part, on s'est intéressé aux données statistiques et jurisprudentielles pour que l'analyse soit empirique. Pour aller en profondeur dans l'argumentaire, la monographie a été adoptée ; ce qui n'exclut pas des comparaisons pour avoir les bonnes pratiques de protection des droits de l'homme par les finances publiques.

Dans le temps, il fallait examiner l'histoire des finances publiques sénégalaises pour sélectionner les textes fondateurs de l'ordre juridique financier et apprécier la place des droits de l'homme dans les règles financières antérieures aux indépendances.

Les analyses montrent qu'en Afrique, et particulièrement au Sénégal, la soumission de la puissance publique aux règles financières ne s'est pas faite de façon automatique. Elle a été lente et progressive. Il a fallu des crises, des révoltes fiscales, des tensions et des violations permanentes des droits les plus élémentaires de l'être humain pour que les organismes publics puissent être assujettis à des normes financières. On est passé d'un ordre juridique financier non démocratique à un ordre juridique démocratique. À l'époque des royaumes et durant la période coloniale, les finances publiques anéantissent les droits fondamentaux par une violation de l'égalité fiscale (privilèges fiscaux pour les militaires et les nobles), de la liberté (absence de consentement à l'impôt), de l'intégrité physique (bastonnades à nus sur la place publique en cas de non-paiement de l'impôt) et de la propriété (par la confiscation des biens).

La loi du 20 août 1960 proclame l'indépendance de la République du Sénégal et son retrait de la fédération du Mali⁴⁶⁷. Le préambule de la Constitution de 1960 indique que l'État du Sénégal affiche son attachement aux droits fondamentaux et met fin aux discriminations financières.

À la suite des vagues de démocratisation des années 1990 et l'adoption des conférences nationales, de nouveaux paradigmes se développent formant ce qu'on pourrait appeler un code de bonne gouvernance financière. Les Constitutions et les instruments internationaux contiennent des normes financières qui accordent une importance particulière aux droits fondamentaux, notamment les droits-créances ou les droits-solidarités (droit au développement, droit d'accès aux ressources naturelles, etc.).

Il faut donc étudier, dans un premier temps, la consécration laborieuse de la protection des droits fondamentaux par les finances publiques. En second lieu, il faudrait relater les mutations remarquables de la protection.

SECTION 1 : LA CONSECRATION LABORIEUSE DE LA PROTECTION

Historiquement, la cohabitation entre finances publiques et droits de l'homme n'a pas été sans heurts. En réalité, en Afrique, et particulièrement au Sénégal, la formation des règles financières s'est faite avec des tensions et des violations permanentes des droits les plus élémentaires de l'être humain. Durant les périodes féodale et coloniale, on a assisté à une banalisation de la protection des droits fondamentaux par les finances publiques. L'accès de l'État du Sénégal à l'indépendance et la recomposition des ordres juridiques financiers, au courant des années 1990, amènent un changement de paradigme par la standardisation de la protection des droits fondamentaux par les finances publiques.

467. Loi 60-041 du 20 août 1960 abrogeant toutes les lois et tous les décrets portant transfert de compétence au profit de la Fédération du Mali, J.O.R.S. du 24 août 1960, p. 856.

Paragraphe 1. La banalisation de la protection

Le concept de finances publiques n'est pas exclusivement lié aux formes modernes de l'État⁴⁶⁸. La banalisation de la protection des droits fondamentaux par les finances publiques est étudiée dans l'ordre juridique financier féodal et dans l'ordre juridique financier colonial.

A. L'ordre juridique financier féodal

Selon le maître de l'École de Vienne, « *l'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages. L'appartenance d'une norme à un ordre déterminé [...] résulte uniquement de la possibilité de faire dépendre sa validité de la norme fondamentale qui est à la base de cet ordre* »⁴⁶⁹. L'autorité publique « *ne peut user que des moyens autorisés par l'ordre juridique en vigueur, tandis que les individus disposent de voies de recours juridictionnelles contre les abus (...)* »⁴⁷⁰. En d'autres termes, « *l'État de droit présuppose que se trouve garanti un certain nombre de droits fondamentaux par la construction d'un ordre juridique hiérarchisé* »⁴⁷¹. Le sens de l'axiome de Kelsen dans notre analyse est d'organiser la distribution du pouvoir normatif. L'existence d'un ordre juridique financier ou la hiérarchisation des règles juridiques constitue incontestablement un facteur de limitation des vellétés d'arbitraire.

Les finances publiques féodales ou des royaumes ne répondent pas aux principes d'un ordre juridique financier démocratique en raison, comme nous le verrons ci-dessous, de la civilisation de l'oralité malgré l'existence de textes juridiques comme la Constitution du Royaume du Cayor adoptée après la bataille de Denki de 1549. C'est surtout la confusion entre les finances du roi et celles de ses sujets qui neutralise l'épanouissement des droits de l'homme. Le régime financier illustre parfaitement la contestation et la révolte qui sont congénitales au prélèvement fiscal. Les analyses révèlent aussi les premières

468. M. BOTTIN, *Histoire des finances publiques*, Éd., Economica, 1997, p. 6.

469. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 299.

470. J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, 5ème éd., 2010, Lextenso, p.14.

471. I. SALAMI, *La protection de l'État de Droit par les Cours constitutionnelles africaines. Analyse comparative des cas béninois, ivoirien, sénégalais et togolais*, Thèse, 2005, Université de Tours, p. 20.

fonctions de l'impôt qui consistent à couvrir les charges inhérentes à toute forme d'organisation sociale.

L'étude des finances publiques féodales n'a pas fondamentalement intéressé les juristes de droit public. C'est plutôt les historiens en général et ceux du droit en particulier qui ont investi ces champs de recherche. Pourtant, les règles budgétaires et fiscales peuvent être rapprochées de celles que l'on trouve dans les États modernes. Ainsi, le « galak » un impôt personnel, est l'ancienne appellation du « minimum fiscal » prévu dans la loi 2012-31 du 31 décembre 2012 portant Code général des Impôts (CGI).

Il faut rappeler que le Sénégal, jadis, s'est trouvé dans la sphère d'influence « *de tous les grands empires qui ont existé en Afrique de l'Ouest entre le IV et XVI siècle* »⁴⁷². Au cours des XIII et XIV siècles, Ndiadiane Ndiaye fonda au sud de l'État du Tékrur (Fouta T le Royaume du Djollof⁴⁷³. C'est le plus grand royaume en termes de superficie de l'espace sénégalais.

Il englobait le nord et le centre de la Sénégalie. Le Cayor, le Baol, le Walo, le Sine, le Saloum, le Tekroun Fouta Toro, le Niani et le Bamouk étaient sous l'autorité du Bourba Djollof. Les royaumes annexes sont dirigés par des souverains autonomes⁴⁷⁴.

La Constitution du Cayor, adoptée après la bataille de Denki en 1549 et qui marque le déclin du Djollof⁴⁷⁵, nous donne une idée de l'organisation administrative des royaumes. L'article 1^{er} indique que le « *damel est le grand maître, qui est le responsable des institutions du royaume. Il est le propriétaire des terres, des mers, des fleuves, des eaux en général et toute la végétation. Il nomme ou révoque les chefs de régions ou Kangam* ». Le roi, chef de l'exécutif, est assisté dans l'administration par les chefs de région ou kangam⁴⁷⁶. L'organe délibérant apparaît à travers le conseil qui a investi le roi⁴⁷⁷. Comme

472. G. HESSELING, *Histoire politique du Sénégal. Institutions, droit et société*, Karthala, Paris, 1985, p. 104.

473. *Ibid*, p. 104.

474. *Ibid*, p. 106.

475. T.L-S. FALL, A. F. GAGNECIRY et A. F.MBENGUE, *Épopées des Damel du Cayor (1549-1886)*, L'Harmattan, 2019, pp. 47-49.

476. Cette fonction est réservée aux princes, à certains notables et aux esclaves de la couronne (article 3).

477. À l'article 2, il est indiqué que le Conseil des notables décide de l'applicabilité des projets du damel qui sont soumis à un vote, si ces projets sont d'intérêt national.

dans un Etat unitaire, on constate des techniques de centralisation et de décentralisation du pouvoir

Il faut bien des ressources pour assumer les dépenses inhérentes à cette forme d'organisation administrative.

Au contact avec les droits de l'homme, les finances publiques féodales contiennent des normes en contradiction avec les principes de la démocratie moderne. En effet, les ressources fiscales avaient un caractère particulier. L'impôt était sacré⁴⁷⁸. Le « galak » ou l'impôt personnel est payé par tout peuple ; l'assiette de l'impôt est établie en fonction des récoltes, de façon approximative.

Les inégalités fiscales avec la pratique des exonérations fiscales étaient répandues. Celles-ci⁴⁷⁹ profitaient aux nobles, aux guerriers et aux marabouts. Au Cayor, cette inégalité fiscale était justifiée par l'architecture du pouvoir élaborée en fonction du rang social. Le roi provenait ainsi de la famille des nobles (sommet de la hiérarchie appelée « *garmi* »). Les « *guer* » travaillaient la terre sans activités ; les petits paysans étaient des « *badolo* ». Les métiers de l'artisanat étaient confiés au « *nienio* »⁴⁸⁰. Le dernier échelon de la hiérarchie sociale était formé des esclaves ou des « *jaam* ».

Dans le Royaume du Cayor, la hiérarchie sociale était composée des « *thiédo* ». Ce sont des guerriers constituant l'aristocratie autour du trône et qui occupèrent les postes de la haute administration ; ils sont des représentants des « *damels* » dans les provinces du royaume. Les marabouts (« *serigne* ») bénéficient de faveurs fiscales en raison de leur pouvoir mystique. Les « *badolo* » (paysans, pasteurs et pêcheurs) sont corveillables à merci et entretiennent la bourgeoisie et les militaires⁴⁸¹. Les impôts étaient perçus par les autorités provinciales⁴⁸².

478. J.-B. FOSTING, *Le pouvoir fiscal en Afrique, Essai sur la légitimité fiscale dans les États d'Afrique noire francophone*, LGDJ, Paris, 1995, pp. 25-96.

479. Les membres de la famille royale et les nobles n'étaient pas assujettis à l'impôt. Il en est de même des esclaves de la couronne, ces derniers constituaient la garde prétorienne du souverain et faisaient partie des ordres dominants en dépit de leur statut d'esclave. Les grands marabouts aussi échappaient à l'impôt pour la protection mystique accordée au souverain. A. B. DIOP, *La société wolof Tradition et changement : les systèmes d'inégalité et de domination*, Karthala, Paris, 2012, p. 193 et p. 196.

480. G. HESSELING, *Histoire politique du Sénégal, op. cit.*, p.107.

481. T.L-S. FALL, A F. GAGNECIRY et A F. MBENGUE, *Épopées des Damel du Cayor (1549-1886), op. cit.*, p. 34.

Le recouvrement des recettes fiscales pouvait être très violent contre le droit à l'intégrité physique des populations. L'impôt avait pris le nom « *bien de paix* »⁴⁸³ comme au Baol. Il a été remarqué que les populations faisaient des propositions aux collecteurs d'impôt en fonction des rapports de force. Les redevables avaient la possibilité de contester le bien-fondé de l'impôt par des armes. Pour pourvoir aux besoins de l'aristocratie guerrière⁴⁸⁴, les razzias étaient permises tandis que l'impôt était acquitté une à deux fois l'an.

La forte pression fiscale a engendré la bataille de Danki. En effet, le Roi du Djoloff réclamait des impôts (en nature) aux différentes provinces en fonctions des potentialités propres à chaque région : du sable et du sel (Cayor), des feuilles de baobab utilisées pour le couscous et des écorces du même arbre pour fabriquer des cordages, du poisson sec ou fumé au Walo, du mil et du coton au Sine. Le refus du Cayor de payer son impôt spécifique, en sable, est à l'origine de l'affrontement entre les armées du Damel Amari Ngoné Sobel Fall et celles du Bourba Lélé Fouli Fack Ndiaye. Pour recouvrer l'impôt, le Bourba Djoloff avait demandé à ses sujets de porter leur charge de sable sur la tête. Ce caractère « humiliant »⁴⁸⁵, selon les populations du Cayor, a été un facteur déclencheur de la sédition fiscale ayant abouti à la dislocation du Djoloff. On ne peut s'empêcher de faire le parallélisme avec la Révolution française de 1789 qui a été déclenchée à la suite de révoltes fiscales.

Cette absence de démocratie fiscale et de protection des droits de l'homme est perceptible dans l'exécution des dépenses publiques. Les règles budgétaires permettent d'apprécier l'effectivité et le niveau de protection des droit-créances en termes de distribution des richesses. Les dépenses du royaume étaient élaborées en fonction de l'organisation administrative. Celle-ci était composée d'un exécutif dirigé par le Damel. Il était assisté dans l'administration du royaume par les chefs

482. P. DIAGNE, *Pouvoir politique traditionnel en Afrique occidentale, essai sur les institutions politiques précoloniales*, Présence Africaine, Paris, 1967, p. 97.

483. P. VUILLOT, « Notes sur le Baol », *Bulletin du Comité de l'Afrique française*, Publication du Comité de l'Afrique française, n°1, janvier 1898, pp 157-164 du supplément.

484. V. MONTEIL, « Lat Dior, Damel du Kayor et l'islamisation des Wolofs. », *Archives de sociologie des religions*, n°16, 1963, p 88.

485. Le roi du Djolof Lélé Fouli Fack Ndiaye utilisait ce sable pour embellir le sol de son palais. V., M. DIOUF, *Le Kajor au XIXe siècle*, Karthala, 2014, pp 33-34.

de région ou kangam⁴⁸⁶. L'organe délibérant est constitué du Conseil qui a investi le Roi⁴⁸⁷. Ce dernier est doté du pouvoir charismatique et d'une légitimité sacrée. La Constitution du Cayor, a indiqué que le « *Damel est le grand maître qui est le responsable des institutions du royaume. Il est le propriétaire des terres, des mers, des fleuves, des eaux en général et toute la végétation. Il nomme ou révoque les chefs de régions ou Kangam* » (article 1^{er})⁴⁸⁸.

Ainsi, les missions qui incombait aux autorités se rapportaient fondamentalement à l'administration de l'État, à l'entretien de l'armée, aux finances et à la justice. Les finances couvraient un domaine restreint. Les dépenses se limitaient à l'entretien de la cour et à l'achat de présents. Le souverain était le principal homme d'affaires du royaume puisque l'« économie de l'État se confondait avec sa fortune personnelle »⁴⁸⁹.

Dans ces conditions, les dépenses sociales (qui recourent les droit-créances) et la bonne gouvernance sont reléguées au second plan. Les dépenses publiques n'obéissent pas à des principes budgétaires particuliers. L'absence de spécialisation des crédits et du caractère parfois sporadique du prélèvement fiscal anéantissent la transparence budgétaire⁴⁹⁰. Les dépenses de prestige étaient donc bien connues. Dans le Royaume du Gabou, expliquent les historiens, les caisses du royaume se remplirent avec les impôts prélevés. Cependant, cette embellie financière permettait à la cour du Roi du Gabou de mener une vie à grand train⁴⁹¹.

Un auteur qui a étudié le Royaume du Sine résume parfaitement le sens des finances publiques féodales et la conception des droits de l'homme :

486. Cette fonction est réservée aux princes, à certains notables et aux esclaves de la couronne » (article 3).

487. Article 2 de la Constitution du Cayor.

488. T.L-S. FALL, A F. GAGNECIRY et A F. MBENGUE, *Epopées des Damel du Cayor (1549-1886)*, op. cit., pp.47-49.

489. G. HESSELING, *Histoire politique du Sénégal*, op. cit., pp.110-111.

490. Il faut toutefois nuancer ces formes de mal gouvernance financière. Il existait des principes et modes d'organisation de type théocratique dans lesquels, il est promu la sobriété dans l'exercice du pouvoir. V : B. Wane, « Le Fuuta Tooro de ceerno Suleyman Baal à la fin de l'Almamiyat (1770-1880) », *Revue Sénégalaise d'Histoire*, 1981, 2,1 38-50.

491. D.T. NIANE, *Histoire des Mandingues de l'ouest. Le royaume du Gabou*. Karthala, Paris, 1989, p. 150.

« *Au temps de la royauté, c'était un signe de prestige pour tout roi, d'avoir une pléthore d'agents, une théorie de courtisans, beaucoup de griots, de guerriers et de captifs. Ceux-ci contribuaient largement à l'affermissement des régimes autoritaires que voulaient imposer les chefs locaux. La rétribution de ce personnel passait inexorablement par la multiplication des redevances. C'est pourquoi, les dirigeants fermaient les yeux sur les exactions et les pillages dont étaient victimes les Badolo. Le poids de cette fiscalité finit par compromettre la sécurité alimentaire des sujets qui étaient dépourvus de moyens de défense pour empêcher les déprédations des Ceddo* »⁴⁹².

Cependant l'absolutisme royal n'est pas sans limites parce que « les régimes périclitent par les finances »⁴⁹³. Le déclin de ces grands royaumes a entraîné l'avènement des finances publiques coloniales.

B. L'ordre juridique financier colonial

La colonisation, qui a débuté après la conférence de Berlin en 1885 avec des variantes comme au Sénégal où Saint-Louis et Gorée étaient déjà sous domination française depuis 1817⁴⁹⁴, est « *l'utilisation du sol, de ses trésors, de la flore, de la faune ; et avant tout, des hommes, en faveur de la nation colonisatrice* »⁴⁹⁵. Les règles financières constituent des leviers pour asseoir la domination sur les peuples conquis. La doctrine coloniale en matière de finances publiques est très claire.

L'histoire des finances publiques en Afrique n'est pas suffisamment étudiée, *a fortiori* la relation que les règles budgétaires, fiscales et comptables entretenaient avec les droits de l'homme.

492. C. DIOUF, *Fiscalité et Domination Coloniale: l'exemple du Sine: 1859-1940*, Université Cheikh Anta Diop de Dakar - Mémoire de Maîtrise 2005 in Mémoire Online - Fiscalité et Domination Coloniale: l'exemple du Sine: 1859-1940 - Cheikh DIOUF

493. BARTHELEMY, *Valeur de la liberté et adaptation de la République*, Sirey, Paris, 1935, p. 166.

494. G. HESSELING, *Histoire politique du Sénégal*, *op. cit.*, p. 127.

495. S. NENE BI, *Les institutions coloniales de l'Afrique occidentale française*, Abidjan, les Éditions ABC, p. 9.

Plusieurs facteurs expliquent la banalisation du respect des droits fondamentaux au moment de l'application des règles juridiques en général et financières en particulier.

D'abord, le bloc de légalité financière coloniale, de par sa structuration formelle, fut caractérisé par le quasi inexistence du cadre juridique constitutionnel pouvant défendre les droits et libertés des citoyens. La Constitution des 5-14 septembre 1791 (article 8) mentionne que « *les colonies et possessions françaises, quoi qu'elles fassent partie de l'empire français ne sont pas comprises dans la présente constitution* ». La Charte du 14 juin 1814, article 73 indique que « *les colonies seront régies par les lois et règlements particuliers* »⁴⁹⁶. Ainsi, la loi du 24 avril 1833 fixe le régime législatif des colonies. Une compétence générale est conférée également à l'exécutif de sorte que les « *décrets coloniaux* », pendant un siècle, furent l'instrument juridique de la politique coloniale⁴⁹⁷.

Ensuite, dans son contenu, l'ordre juridique financier colonial, qui prend naissance suivant les ordonnances royales de 1825 et de 1833⁴⁹⁸ et du sénatus-consulte du 3 mai 1854, est sous-tendu par une exploitation économique de l'Afrique conquise. Pour justifier les lois liberticides qui régnaient au sein des colonies, il faut rappeler la doctrine coloniale. Le droit financier colonial est conçu selon des paradigmes de domination et de subordination. Il s'agit de gérer les colonies avec le minimum de frais en réduisant de façon drastique les subventions de la Métropole. L'article 33 de la loi de finances du 13 avril 1900 indique que « *toutes les dépenses civiles et de gendarmerie sont supportées, en principe, par le budget des colonies. Des subventions peuvent être accordées aux colonies sur le budget de l'État. Des*

496. Article 64 de la Charte de 1830 : « Les colonies sont régies par les lois particulière ». Les colonies n'étaient pas soumises à la Constitution française mais à des dispositions spéciales. N'ayant pas d'autonomie constitutionnelle, on pouvait lire à l'article 109 de la Constitution du 4 novembre 1848 que « *le territoire de l'Algérie et des colonies est déclaré territoire français, et sera régi par des lois particulières jusqu'à ce qu'une loi spéciale les place sous le régime de la présente Constitution* ». S. NENE BI, *Les institutions coloniales de l'Afrique occidentale française, op. cit.*, pp. 111-112.

497. V., *Encyclopédie juridique de l'Afrique, Tome III*, « Systèmes budgétaires, financiers, fiscaux et douanier », P. LALUMIERE et B. CASTAGNEDE (dir.), NEA, 1982, pp. 23-24.

498. A. DUCHENE, *Histoire des finances coloniales*, Paris, Payot, 1938, p. 169.

contingents peuvent être imposés à chaque colonie jusqu'à concurrence des dépenses militaires qui sont effectuées »⁴⁹⁹.

Les règles budgétaire, comptable et fiscale convergent toutes vers une même dynamique : la colonie, à tout prix, ne doit pas être un gouffre financier.

Ainsi, créer des conditions pour l'épanouissement des droits-créances ne constitue pas une urgence pour la Métropole. Les dépenses sociales, logées dans la rubrique des dépenses ordinaires, sont insignifiantes⁵⁰⁰. Les dépenses de fonctionnement priment sur les dépenses de santé, d'éducation, d'assainissement, d'accès à l'eau, à l'électricité. Les dépenses militaires et de souveraineté doivent être fortes de sorte à maintenir les colonies sous la domination.

L'article 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme qui donne aux citoyens le « *droit de demander compte à tout Agent public de son administration* » est écarté. Ce droit à l'information est annihilé par une corruption élevée⁵⁰¹.

La banalisation des droits fondamentaux est surtout perceptible à travers les droits-libertés. Le régime fiscal illustre parfaitement l'aphorisme de soumission. L'impôt a un caractère indigène. La liberté, la présomption d'innocence, la propriété, la dignité, la sûreté, l'intégrité physique et l'égalité par, l'adoption du Code l'Indigénat le 28 juin 1881, sont bafoués. Ce texte a été qualifié « de moyen de plumage des indigènes » et d'« instrument de terreur » ayant servi à « *asseoir la toute-puissance des gouverneurs et leurs adjoints et après les indépendances, la toute-puissance des tortionnaires* »⁵⁰².

La fiscalité coloniale est barbare et dégradante. Les droits proclamés naturels et imprescriptibles qui sont cités à l'article 2 de la Déclaration de 1789 (la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression) sautent devant les appétits financiers de la Métropole.

499. JO. AOF du 27 décembre 1990, p. 494.

500. A. TOURÉ, *Fiscalité indigène et dépenses sociales dans le budget colonial du Sénégal 1905-1946, op. cit.*, p. 137.

501. *Ibid*, p.137.

502. G. DOHON, *Le Code de l'indigénat ou le fondement des États autocratiques en Afrique francophone*, Paris, L'Harmattan, 2017 in https://www.editions-harmattan.fr/livre/code_de_l_indigenat_le_ou_le_fondement_des_etats_autocratiques_en_afrique_francophone_gilbert_doho-9782343099453-52664.htm.

Dans la fiscalité directe, l'impôt est qualifié « de capitation » c'est-à-dire par tête. Il s'agit d'un impôt personnel, efficace et pragmatique. La seule assiette juridique (ou le fait générateur) de cette contribution obligatoire est l'existence physique du contribuable (c'est un « minimum fiscal ») indépendamment de son domaine d'activité et de son niveau de revenu. Cette imposition traduisait l'idée d'une domination fondée sur la race.

« Établi au Sénégal pour la première fois par décret impérial du 4 août 1860, promulgué le 5 août 1861, l'impôt personnel constitua un précieux outil devant permettre la réalisation de l'ambitieux programme de mise en valeur que la France avait entrepris dans son empire colonial »⁵⁰³.

Aux termes de la délibération du 19 novembre 1948, l'impôt de capitation est défini comme « *une forme de contribution obligatoire que les peuples colonisés devaient verser au colonisateur, pour assurer le financement de leur domination* »⁵⁰⁴.

Lors du recouvrement des impôts et taxes, les dérives étaient multiples et rappellent les finances publiques féodales : humiliations et bastonnades à nu des contribuables sur la place publique, relations intimes entre femmes mariées et auxiliaires de l'administration (au vu et su du mari), emprisonnement des chefs de village, internement, révocation des chefs de canton, annulation des primes de rendement⁵⁰⁵. La brutalité est sans limites. Il avait même été décidé de taxer les femmes enceintes pour leur future progéniture. Dans ce cadre, le chef de famille était sommé de payer pour les contribuables qui étaient décédés après l'établissement des rôles, de même que pour les départs définitifs. Lors du conseil général du 19 novembre 1908, les contribuables qui habitaient Joal envoyèrent une pétition pour protester

503. V., <http://le-filament.blogspot.sn/2010/06/limpot-de-capitation-dans-les-colonies.html>.

504. *Ibid.*

505. A. TOURÉ, *Fiscalité indigène et dépenses sociales dans le budget colonial du Sénégal*, op. cit., p.113 ; C. DIOUF, *Fiscalité et Domination Coloniale: l'exemple du Sine: 1859-1940*, Université Cheikh Anta Diop de Dakar - Maîtrise 2005, in Mémoire Online - Fiscalité et Domination Coloniale: l'exemple du Sine: 1859-1940 - Cheikh DIOUF.

contre l'incurie des percepteurs qui réclamaient l'impôt aux vieillards, aux enfants et aux impotents.⁵⁰⁶

Les percepteurs et commandants de cercle étaient impitoyables. Ils étaient rémunérés en fonction de leur performance durant les opérations de recouvrement. Le paiement de l'impôt en nature était répandu durant la colonisation sous forme d'obligation de travailler pour la Métropole. Ainsi, l'article 1^{er} d'un arrêté du 21 octobre 1896 : « *Tout habitant valide de 16 à 60 ans, du sexe masculin, à quelque classe de la société ou à quelque corporation qu'il appartienne, à l'exception des militaires, des miliciens et douaniers, sera appelé à fournir chaque année une prestation de 50 jours au maximum pour le service des travaux publics ou militaires* ». De même, certains impôts furent payés sous forme de portage administratif par les indigènes⁵⁰⁷.

On constate alors que l'ordre juridique financier féodal et l'ordre juridique financier colonial expriment des formes d'organisation du pouvoir dont les règles sont contraires aux grands principes démocratiques des finances publiques consacrés dans la Déclaration de 1789.

Cependant, la Constitution de 1946 en son Titre VIII (De l'Union française) va modifier profondément le statut juridique des colonies. À travers l'article 81 « *Tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union française ont la qualité de citoyen de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution* ». C'est la marche vers l'indépendance qui prépare une organisation budgétaire de type étatique fondé sur le respect des droits fondamentaux.

Paragraphe 2 : La standardisation de la protection

La standardisation signifie, ici, l'inscription des règles minimales de protection des droits fondamentaux dans les textes juridiques. La sauvegarde et la protection des droits fondamentaux par les règles financières relatent la naissance d'un État de droit financier démocratique. La matière financière est conçue comme un moyen de préserver l'égalité, la propriété, la liberté ou l'intégrité physique.

506. C. DIOUF, *Fiscalité et Domination Coloniale : l'exemple du Sine : 1859-1940*, Mémoire de Maîtrise 2005, Université Cheikh Anta Diop de Dakar,

507. Celui-ci « *était destiné à assurer le transport de la personne et des effets de l'administrateur en tournée, du fonctionnaire affecté à un nouveau poste, le transport aussi de colis postaux et autre matériels de service public* ». V., J. B. FOSTING, *Le pouvoir fiscal en Afrique*, op. cit. pp.137-139.

Il faut examiner les droits promus et la juridictionnalisation de la protection.

A. Les droits promus

La loi du 20 août 1960 proclame l'indépendance de la République du Sénégal et son retrait de la fédération du Mali⁵⁰⁸. Le préambule de la Constitution de 1960 indique clairement que « *le peuple du Sénégal proclame solennellement son indépendance et son attachement aux droits fondamentaux tels qu'ils sont définis dans la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et dans la Déclaration universelle du 10 décembre 1948* ». En outre, la République du Sénégal est « *démocratique* » (article 1).

La protection des droits fondamentaux par les finances publiques se mesure ici par la promotion d'un ensemble de droits dont l'exercice fut presque anéanti à l'époque des finances publiques féodale et coloniale. Les articles 1 et 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789 cités dans le préambule de la Constitution du Sénégal posent l'égalité et interdisent les distinctions sociales, le consentement à l'impôt (articles 4 et 13) permet de respecter la liberté (article 4), l'article 12 prohibe l'utilisation de la force publique à des fins personnelles. L'impôt constitue une atteinte volontaire au droit de propriété puisque le citoyen renonce à une partie de ses revenus. Le droit de propriété reste inviolable et sacré en réponses aux prélèvements forcés sous forme de confiscation des biens du contribuable (article 17).

Ce sont plutôt les articles 13⁵⁰⁹, 14⁵¹⁰ et 15⁵¹¹ de la Déclaration de 1789 qui évoquent directement des questions de finances publiques.

508. Loi 60-041 du 20 août 1960 abrogeant toutes les lois et tous les décrets portant transfert de compétence au profit de la Fédération du Mali, J.O.R.S. du 24 août 1960, p. 856.

509. « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ».

510. « Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».

511. « La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ».

En effet, l'article pose la nécessité et l'utilité de l'impôt. Il ajoute que le prélèvement fiscal doit être équitablement réparti en fonction des revenus. L'article 14 réaffirme cette « nécessité de l'impôt ». Toutefois, cette dernière est assortie de deux conditions cumulatives et répulsives de l'arbitraire fiscal qui régnait durant l'Ancien régime (impôts forcés, en nature, avantages fiscaux pour les proches du Roi). D'une part, la contribution doit être volontaire, consentie « librement » de façon directe par les citoyens ou indirecte par les représentants du peuple. D'autre part, les règles applicables à chaque imposition demeurent exclusivement définies par le législateur. Ainsi, en est-il de l'assiette (c'est-à-dire la base de la contribution publique), de la quotité (c'est le taux ou le tarif de l'imposition), du recouvrement (la perception de l'impôt) et de la périodicité de l'impôt (un an).

Désormais, la collecte de l'impôt et la satisfaction des besoins d'intérêt général par les dépenses publiques restent encadrées par les normes établies par l'ordre juridique financier. Avec l'ordre juridique financier adopté en 1960, les règles financières ne sont pas conçues dans une perspective d'exploitation économique qui a engendré la suppression de tous les droits essentiels de l'être humain. Souverainement, l'État du Sénégal adopta son premier budget de l'ordre de 19 milliards de francs. Les dépenses de fonctionnement furent évaluées à 16 milliards tandis que les dépenses d'équipement et d'investissement à 3 milliards⁵¹². Les prérogatives des autorités financières sont strictement encadrées. Les exonérations fiscales liées au statut social et administratif sont supprimées. Suivant les dispositions de la Constitution du 24 janvier 1959, il est bien consacré « *qu'il n'y a au Sénégal, ni sujet, ni privilège de lieu, de naissance, de personne ou de famille* »⁵¹³.

En vertu de la Constitution de 1960, sous le contrôle du juge constitutionnel, la loi et non le règlement fixe les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures.

512. Loi n°59-030 du 14 décembre 1959 portant fixation du budget de la République du Sénégal, J.O.R.S. du 16 janvier 1960, pp. 32-35. Dans le même sens, on pouvait noter, dans la loi n°60-055 du 31 décembre 1960 portant fixation du budget de la République du Sénégal pour l'exercice 1961 (J.O.R.S. du 7 janvier 1961, p. 2.), que les dépenses de fonctionnement furent estimées à 27 milliards alors que celles relatives à l'équipement et à l'investissement s'élevaient à environ 4 milliards.

513. Article 3 de la Constitution du 7 mars 1963.

La spécialisation fiscale et le paiement en nature disparaissent tandis que le recouvrement des impôts qui pouvait être très violent, obéit désormais à des principes démocratiques.

La démocratisation du système fiscal repose principalement sur la distinction entre la fiscalité directe et la fiscalité indirecte. Celle-ci est dominée par la taxe sur le chiffre d'affaire (instituée en 1942) dont le régime juridique fut fixé, au lendemain des indépendances par la loi n° 61-27 du 10 mars 1961⁵¹⁴. On peut ajouter la taxe intérieure sur les huiles⁵¹⁵, la taxe de consommation et la taxe sur les alcools et les liquides alcoolisés⁵¹⁶.

La fiscalité directe⁵¹⁷ est marquée par la douloureuse et anachronique reconduction des impôts de capitation ou personnel à travers la loi n°69-02 du 15 janvier 1969 portant réforme de l'impôt du minimum fiscal. La loi n°69-57 du 30 octobre 1969 institue la taxe représentative de l'impôt du minimum fiscal (IMF).

L'ordre juridique financier post-indépendance repose donc sur la conception formelle et kelsenienne de l'État de droit. La juridictionnalisation de l'ordre juridique permet de garantir le respect des droits de l'homme.

B. La juridictionnalisation de la protection.

La juridictionnalisation de l'ordre juridique financier constitue un outil efficace de protection des droits de l'homme. Les juridictions instituées assurent la police de l'ordre juridique financier.

Le contrôle juridictionnel effectué par la Cour suprême créée en 1960⁵¹⁸ et exerçant des compétences constitutionnelle, financière et

514. M. DIOP, *Finances publiques, op. cit.*, 1977, p. 234.

515. Ordonnance 60-30 du 22 octobre 1960, J.O.R.S n°3351, p.1109. Ordonnance 60-41 du 31 octobre 1960 portant création d'une taxe intérieure sur les huiles, J.O.R.S. du 05 novembre 1960, p.1172.

516. Ordonnance 60-42 du 31 octobre 1960, J.O.R.S. du 5 novembre 1960, p.1172. On note ici une réelle volonté de lutter contre la consommation du tabac. V. dans le même sens : ordonnance 59-052 portant modification du Code des Impôts sur le Revenu, J.O.R.S. du 20 avril 1959, p. 402.

517. A. DENIS, « Les anciennes contributions directes du Sénégal », *Ann. Af.* N° 1, 1961, p.129 et s.

518. La Cour suprême du Sénégal créée en 1960 (Ordonnance n° 60-17 du 3 Septembre 1960 portant Cour Suprême du Sénégal JORS n°3434 du 30 Mars 1960, p. 430) a été supprimée en 1992.

administrative permet aux citoyens de défendre le respect de leurs droits lors de la mise en œuvre des règles financières.

La Cour suprême statuant comme un juge constitutionnel, en Sections réunies, doit vérifier le respect du principe de la légalité financière. Ce contrôle permet d'obvier l'arbitraire parce qu'il interdit à l'administration de créer des normes fiscales dans une perspective de protection des droits fondamentaux. Depuis fort longtemps, la loi est considérée comme l'unique norme capable d'assurer la liberté, la justice et le bonheur des citoyens⁵¹⁹. La légalité, comme en matière pénale, s'exprime avec force lorsqu'il est question d'impôt.

À ce titre, entre 1960 et 1970, le juge constitutionnel sénégalais a dégagé une jurisprudence fondatrice.

Ainsi, lors de l'adoption de la première loi organique sénégalaise relative aux lois de finances, le juge avait considéré, dans l'arrêt du 3 mai 1962 que c'est au législateur de créer les taxes parafiscales et au Gouvernement d'en définir les taux.⁵²⁰ Dans le domaine des impôts, la Cour suprême, dans l'arrêt Taux de la Redevance,⁵²¹ sur le fondement

519. PLATON, *Les Lois*, Collection « Folio Essais », 2003, voir notamment le chapitre I, p. 105 et le chapitre IV (La loi et le législateur), pp. 181-195 ; *La République*, Livre I, Édition Nathan, Collection « Les Intégrales de philo », 2002, p. 81 ; ARISTOTE, *Politiques*, Édition Nathan, Collection « Les Intégrales de philo », 2006, Livre I ; MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Flammarion, 1979 ; J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Collections « Les classiques de la Philosophie », Paris, LGF, 1996 ; J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, (discours prononcé le 21 janvier et le Code civil promulgué le 21 mars 1804), préface de M. MASSENET, Bordeaux, Editions Confluences, 2004, 78 p., disponible sur : http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalisdiscours_1ercode_civil/discours.html, consulté le 17 mars 2016.

520. Il s'agit (bien que rarement souligné), de la loi organique 62 -36 du 14 mai 1962 relative aux lois de finances (JORS n° 3532 du 2 juin 1962, p.961-964) et non pas de l'ordonnance 63-01 du 15 mai 1963 portant loi organique relative aux lois de finances (JORS du 20 mai 1963.) Lors de l'adoption de la loi du 14 mai 1962, les députés étaient « inquiets des pouvoirs que ce texte allait conférer au gouvernement, n'ayant peut-être pas toujours une conscience bien nette des nécessités financières dans un État moderne et maintenant indépendant ». Cf., G. Peiser : « L'ordonnance sénégalaise du 15 mai 1963 portant loi organique relative aux lois de finances », Ann. af., 1964, p.116 ; Affaire n° 2-C-62 du 3 mai 1962, JORS du 29 mai 1962, p. 858.

521. CS, sections réunies 25 juillet 1967, Taux de la redevance pour certains produits miniers cité par J.-M. NZOUANKEU, « Les domaines respectifs de la loi et du règlement en droit sénégalais », Acte du 5ème colloque de la RIPAS n°23-24, Dakar, 11-15 décembre 1989, p.86. *Ibid.*, p.99.

des articles 56⁵²² et 65⁵²³ de la Constitution du 7 mars 1963 fixant les domaines de la loi et du règlement, affirma, à juste titre, que les redevances n'ont pas le caractère d'une imposition et échappent, de ce fait, à la compétence législative. Le Gouvernement est, par conséquent, compétent pour en fixer les taux.

Le contentieux de l'excès de pouvoir et le contentieux de pleine juridiction limitent les prérogatives de l'administration face aux droits du contribuable. Ainsi, dans un arrêt de 1972, la Cour suprême sénégalaise, saisie par une mutuelle agricole, estimait que le Ministre des Finances n'a pas la compétence, sous aucun « *prétexte* », pour décider du régime d'une exemption en vertu de l'article 56 de la Constitution de 1963 précité⁵²⁴. Cette jurisprudence de la Cour suprême ne s'écarte pas de certains arrêts du Conseil d'État sénégalais. Les contribuables ont pu soulever, devant la haute juridiction, l'excès de pouvoir de l'administration eu égard aux compétences que lui assigne le législateur : violation de l'égalité devant l'impôt dans la décision *COMICA*⁵²⁵ ou absence de base légale d'une décision d'imposition locale dans l'affaire des *enseignes lumineuses*⁵²⁶.

Au demeurant, la protection des droits fondamentaux par le droit financier repose aujourd'hui sur le positivisme et la dogmatique juridiques. Pour prélever des impôts et exécuter des dépenses, l'État est soumis à la règle de droit et agit conformément à la règle de droit au grand bonheur des bénéficiaires des droits de l'homme.

À la fin des années 1980, la conception formelle de l'État de droit financier, qui repose sur la tranquille hiérarchie des normes

522. L'article 56 pose que la loi fixe les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature.

523. L'article 65 pose que les matières qui ne sont pas du domaine législatif ont un caractère réglementaire.

524. CS 12 juillet 1972, *Mutuelle Agricole du Sénégal*, G.D.J.A.S., TI, *Contentieux général de la légalité*, Dakar Publications RIPAS, 2ème éd., 1984. pp. 362-364. Dans le même sens : CS 28 janvier 1981 *Sociétés COLAS et Entreprise Jean LEFEBVRE* GDJAS, TI, *op. cit.*, pp. 208-219 ; CS 25 février 1981 *Etablissement VIRMAUD*, *Ibid.*, CE : 22 avril 2004 n° 09/04 *LA COMICA / Ministre de l'Économie et des Finances- Ministre de l'Énergie et de l'Hydraulique*, décision non publiée.

525. CE 22 avril 2004 n° 09/04 *LA COMICA / Ministre de l'Économie et des Finances- Ministre de l'Énergie et de l'Hydraulique*.

526. CE décision n° 37-05 du 25 août 2005 : *NESTLE et Autres c/ Commune de Dakar et autres*, Inédit.

juridiques subit des rénovations qui vont dans le sens de renforcer les droits de l'homme.

SECTION 2 : LES MUTATIONS REMARQUABLES DE LA PROTECTION

La protection des droits des citoyens face au pouvoir financier est assurée par des normes au sommet de la pyramide de Kelsen. Il s'agit d'une reconstitution ou recomposition de l'ordre qui impacte la protection des droits de l'homme par les finances publiques. L'élévation normative entraîne, en même temps, un élargissement des bénéficiaires

Paragraphe 1 : L'élévation normative

Elle est illustrée par la constitutionnalisation et l'internationalisation de la protection des droits de l'homme par les finances publiques.

A. La constitutionnalisation

L'ordre juridique traditionnel était caractérisé par la primauté de la loi dans les sources du droit financier. « *On parlait jadis de principe de légalité ; aujourd'hui de principe constitutionnalité* »⁵²⁷. La légalité a été bien supplantée par la constitutionnalité. En fait, l'idée que la constitution irradie tout l'ordre juridique et toutes les branches du droit public est réelle en finances publiques. Il est évoqué la « *financiarisation de la constitution* »⁵²⁸ et la « *reconstitution* » du droit constitutionnel financier »⁵²⁹. On peut même dire que les finances publiques constituent le « *nouveau fondement de droit constitutionnel* »⁵³⁰. La diffusion des règles constitutionnelles dans l'espace financier rénove la défense des droits fondamentaux. Elle se manifeste par la dilatation normative qui a pour effet d'augmenter quantitativement dans le texte

527. L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit » in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, p.1085.

528. A. BAUDU, « La financiarisation de la Constitution de Vème République : de l'ordonnance du 2 janvier 1959 aux lois organiques financières », *RFFP*, mai 2020 n°150, p.15

529. E. OLIVIA, « « La reconstitution du droit constitutionnel financier », *RFDC*, 2014, n° 100, p.201-2017.

530. K. BLAIRON, « Les finances publiques : nouveau fondement du droit constitutionnel ? », *RFFP*, mai 2020, n° 150, p.99.

constitutionnel les dispositions relatives aux finances publiques. Ainsi, des titres et chapitres entiers sont réservés dans l'ordonnement constitutionnel aux finances publiques⁵³¹. Il en est ainsi en Allemagne⁵³², en Espagne⁵³³, au Portugal⁵³⁴, en Suisse⁵³⁵, en Belgique⁵³⁶, au Danemark⁵³⁷, en Amérique latine comme au Brésil⁵³⁸, en Angola⁵³⁹, au Ghana⁵⁴⁰.

Qualitativement, la dilatation normative a pour effet d'intégrer et d'incorporer dans le texte constitutionnel les nouveaux sujets et défis de la gouvernance financière (gestion des ressources naturelles, déclaration de patrimoine, lutte contre la corruption, etc.). Il s'agit d'une mise à jour constitutionnelle des finances publiques. La Constitution ne se limite plus à encadrer le statut du pouvoir financier par une délimitation des compétences entre les autorités législatives et exécutives et à proclamer des libertés.

-
531. Les finances publiques furent évoquées de façon rapide dans les Constitutions.
532. Dans la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949, le titre X intitulé « *Les finances* » contient 16 articles qui traitent exclusivement des finances publiques. La Loi fondamentale allemande et les constitutions citées ci-dessous sont disponibles sur le site [Constitutions du Monde en langue française, Digithèque MJP \(univ-perp.fr\)](http://www.constitutionsdu monde.fr).
533. Constitution espagnole du 27 décembre 1978. C'est le titre VII, « *Économie et finances* » organise le régime financier constitutionnel de l'État.
534. La Constitution portugaise adoptée le 02 avril 1976 contient aussi un nombre assez important de dispositions constitutionnelles financières comme la plupart des constitutions du continent européen. En effet, 11 dispositions constitutionnelles traitent des finances publiques. Les finances de l'État portugais sont régies par le titre IV sur « le système financier » de la Constitution.
535. Titre III-Chapitre 3 de la Constitution du 18 avril 1999 intitulé le « Régime des finances » (art. 126 et suivants).
Outre la consécration de l'équilibre budgétaire (article 126), la Constitution a aussi la particularité d'être prolixe dans la définition du régime fiscal (voir ci-dessous).
536. V. Titre V de la Constitution du 17 février 1994, « Des finances » (article 170 et suivants). L'article 174 consacre les règles d'annualité et d'unité budgétaires.
537. Le chapitre IX (« Pouvoir financier ») de la Constitution du 28 février 1974.
538. Constitution du 5 octobre 1998. Les titres VI et VII traitent spécifiquement de questions financières.
539. Titre III de la Constitution du 22 janvier 2010 : « De l'organisation économique, financière et fiscale ».
540. Le chapitre 13 de la Constitution de 1992 (article 174 et s.) est consacré aux dispositions financières.

La diffusion des règles constitutionnelles dans l'espace financier interpelle directement les citoyens⁵⁴¹. Les normes financières constitutionnelles accordent une importance particulière aux droits fondamentaux en termes de privilège (droit et faveur) et de sujétions (obligation et contraintes). Au titre des faveurs, il faut rappeler que les droites-créances ou droits-prestations ont un coût. Ils nécessitent un financement public dans leur exercice. L'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels encourage le financement des services essentiels en ces termes :

« Chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives ».

Selon les estimations de la loi de finances 2018, le Sénégal a besoin de 42 520 salles de classes supplémentaires au primaire s'il veut assurer la scolarisation universelle à l'horizon 2023. Or, le coût unitaire d'une salle de classe est, en moyenne, de 7 000 000 FCFA. Pour le cycle moyen secondaire, notre pays a besoin de 5487 salles de classe supplémentaires d'ici à 2023 pour que les jeunes sénégalais qui sortent du primaire soient tous orientés au collège alors que la construction d'un collège coûte au minimum 250 000 000 de FCFA. Relativement à l'enseignement supérieur, 10 996 enseignants supplémentaires sont nécessaires d'ici à 2023 pour permettre aux bacheliers sénégalais d'étudier dans des conditions conformes aux normes internationales. Le ratio d'encadrement internationalement reconnu est d'un encadreur pour dix-neuf étudiants). L'impact sur la masse salariale serait de 189 018 622 952 FCFA si ce personnel est recruté⁵⁴².

En matière de santé, relativement au personnel médical, en 2023, 526 médecins, 890 sages-femmes et 1616 infirmiers de plus, par rapport à la situation de référence de 2011, sont nécessaires si l'on

541. FAVOREU parle de droit constitutionnel relationnel. V., pour le même auteur, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, n°1, 1990, p.71.

542. http://sigif.gouv.sn/app/uploads/2017/11/Projet_LFI_2018.pdf, p.13.

veut que le Sénégal respecte les normes de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS). La rémunération coûterait 12 363 075 044 FCFA.

Paradoxalement, la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 est silencieuse et pas rassurante sur le financement des droits-créances qui reste, pour une large part, à l'étape de proclamation et de déclaration⁵⁴³.

Ailleurs, la promotion des droits-créances par leur financement est expressément consacrée dans la Charte fondamentale. En France, le régime des finances sociales est intégré dans la Constitution depuis 1996 par l'apparition des lois de financement de la sécurité sociale⁵⁴⁴ tandis que la révision constitutionnelle renforce l'autonomie financière des collectivités territoriales⁵⁴⁵.

Au Portugal, l'article 104 de la Constitution évoque les fonctions sociales et économiques⁵⁴⁶ du prélèvement fiscal au grand avantage des citoyens. L'impôt sur le revenu des personnes physiques vise à atténuer les inégalités. Il tient compte des besoins et des revenus des ménages ; l'imposition des entreprises porte essentiellement sur leurs bénéfices réels. L'imposition du patrimoine doit également contribuer à l'égalité entre les citoyens. L'imposition de la consommation vise à adapter la structure de la consommation à l'évolution des besoins du développement économique et de la justice sociale. Elle doit frapper les produits luxe.

543. Aux termes de l'article 8 de la Constitution, la République du Sénégal garantit les droits économiques et sociaux notamment les libertés syndicales, la liberté d'entreprendre, le droit à l'éducation, le droit de savoir lire et écrire, le droit de propriété, le droit au travail, le droit à la santé, le droit à un environnement sain, le droit à l'information plurielle. Voir aussi, articles 17 à 25.

544. La loi constitutionnelle n°96-880 du 4 août 1996 institue les lois de financement de la sécurité sociale. Aux termes de l'article 34 de la constitution dispose que les lois de financement de la sécurité sociale « déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépense dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique ». Voir aussi la loi organique n°2005-881 du 2 août 2005 relative aux lois de financement de la sécurité sociale.

545. F. LAFAGE, « La constitution et les finances locales », in *Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n°42, 2014/1, pp. 17-30. Disponible sur <https://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-2014-1-page-17.htm>, consulté le 20 mai 2020.

546. En Italie, aux termes de l'article 35 de la Constitution italienne du 22 décembre 1947, l'impôt sur le revenu est aussi unique et progressif.

La Constitution suisse a la particularité d'être prolixe dans la définition du régime fiscal et de fixer dans la Charte fondamentale l'assiette, le taux et le recouvrement des impositions. On sait que cette compétence est réservée traditionnellement au législateur. Pour éviter les éventuels abus de pouvoir, l'impôt sur le revenu des personnes physiques est fixé à un taux maximal de 11,5 % sur les revenus des personnes physiques et d'un taux maximal de 8,5 % sur le bénéfice net des personnes morales (article 128 et s.). La Confédération peut également percevoir une taxe sur la valeur ajoutée, d'un taux normal de 6,5 % au plus et d'un taux réduit d'au moins 2,0 %, sur les livraisons de biens et les prestations de services, y compris les prestations à soi-même, ainsi que sur les importations (article 128). Les droits de timbre (article 132) et les droits de douane (article 133) sont également réglementés.

Parfois, comme en Turquie, « *l'État accorde aux bons élèves qui sont dépourvus de moyens finances l'aide nécessaire pour leur permettre de poursuivre leurs études, sous forme de bourses ou par d'autres voies. L'État prend les mesures appropriées en vue de rendre les personnes dont l'état nécessite une éducation spéciale utiles à la société* » en vertu de l'article 42 alinéa 7 de la Constitution du septembre 1982.

En Angola, l'article 99 de la Constitution du 22 janvier 2010 mentionne que le système financier est organisé en vue de garantir la formation, la captation, la capitalisation et la sécurité de l'épargne, tout comme la mobilisation et l'application des ressources financières nécessaires au développement économique et social, conformément à la Constitution et à la loi. Il doit, en outre, assurer la réalisation de la politique économique et sociale de l'État et la répartition équitable des revenus et de la richesse⁵⁴⁷.

En Tunisie, l'article 38 de la Constitution du 27 décembre 2014 mentionne que la garantie, la prévention et les soins de santé sont octroyés à tout citoyen. L'État mobilise les moyens nécessaires à la sécurité et à la qualité des services de santé. L'État garantit des soins pour des personnes sans soutien ou ne disposant pas de ressources suffisantes. Il garantit également le droit à une couverture sociale conformément à ce qui est prévue par la loi.

En dehors de la protection sociale, les règles financières confèrent un droit à l'information aux citoyens sur toute la gestion des finances publiques. La publication des contrats publics est exigée. Au Niger, la Constitution du 25 novembre 2011 précise que « *les contrats de*

547. Article 101.

prospection et d'exploitation des ressources naturelles et du sous-sol ainsi que les revenus versés à l'État, désagrégés, société par société, sont intégralement publiés au Journal Officiel de la République du Niger »⁵⁴⁸. L'exploitation et la gestion des ressources naturelles et du sous-sol se fait aussi dans la transparence dans l'intérêt des générations présentes et futures⁵⁴⁹. Les ressources naturelles appartiennent aux peuples aux termes de l'article 25 de la Constitution du Sénégal ou de l'article 11 de la Constitution tunisienne.

En ce qui concerne les contraintes, il est attendu des citoyens, en contrepartie, qu'ils honorent leurs obligations. En parfaite intelligence avec la théorie de Rousseau, l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté.

Ils doivent déclarer honnêtement leurs revenus (article 41 de la Constitution du Ghana de 1992)⁵⁵⁰ et contribuer aux charges publiques (article 47 Constitution du Togo)⁵⁵¹ en proportion de leurs capacités (articles 19 de la Constitution de la Guinée équatoriale⁵⁵² et 78 de la Constitution Algérienne⁵⁵³) revenus et fortune (article 58 Constitution du Tchad)⁵⁵⁴, en toute solidarité (article 20 Constitution de la République de Centrafricaine⁵⁵⁵ ou articles 39 et 40 de la Constitution marocaine de 2011)⁵⁵⁶. Le paiement de l'impôt (article 23 Constitution du Mali⁵⁵⁷ et article 43 de la Constitution ivoirienne)⁵⁵⁸ doit être juste et équitable (article 10 da Constitution tunisienne)⁵⁵⁹ poussant aussi le citoyen à lutter contre la corruption et la concussion (article 25 de la Constitution du Sénégal). C'est pourquoi, la fraude fiscale est qualifiée de crime dans la Constitution égyptienne de 2014.⁵⁶⁰

548. Article 151.

549. Article 149.

550. Article 41-j de la constitution ghanéenne de 1992.

551. Article 47 de la constitution togolaise du 14 octobre 1992.

552. Article 19 de la constitution de la Guinée équatoriale du 17 janvier 1995.

553. Article 78 de la constitution algérienne du 08 décembre 1996.

554. Article 58 de la Constitution du 4 mai 2018.

555. Article 20 de la constitution centre africaine du 13 novembre 2015.

556. Articles 39 et 40 de la constitution marocaine du 29 janvier 2011.

557. Article 23 de la Constitution malienne de 1992.

558. Article 43 alinéa 1er de la constitution ivoirienne du 8 novembre 2016.

559. Article 10 alinéa 1er de la constitution tunisienne du 27 décembre 2014.

560. Article 38 *in fine* de la Constitution égyptienne.

La protection des droits fondamentaux par les finances publiques se manifeste à travers l'internationalisation des sources du droit.

B. L'internationalisation

La souveraineté des États est limitée par le poids croissant des contraintes internationales en raison de l'économie de marché mondialisée. Les politiques budgétaires et fiscales nationales sont limitées par des facteurs externes⁵⁶¹.

Les normes sont formées de droit doux (indicatif) et de droit dur (obligatoire). En vérité, il existe un contrôle international des finances qui « désigne l'ensemble des interventions internationales dans la gestion des finances publiques au moyen des normes universelles, régionales et sous régionales »⁵⁶². La réglementation financière internationale - qu'il s'agisse du droit international classique ou du droit communautaire - impacte les droits fondamentaux de plusieurs façons. On constatera la convergence des principes entre les normes constitutionnelles et celles internationales.

En arrière-plan de la recomposition de l'ordre juridique ou de la « globalisation des finances publiques »⁵⁶³, on considère que la gouvernance financière doit reposer sur le développement humain, l'éradication

561. Ainsi, en Europe, après la crise économique de 2008, les États comme l'Espagne et l'Italie durent modifier leurs constitutions pour inscrire la règle de l'équilibre budgétaire. En effet, l'article 3 du Traité sur la Stabilité, la Coordination et la Gouvernance (TSCG) au sein de l'Union économique et monétaire signé le 2 mars 2012 et entré en vigueur le 1er janvier 2013, pour limiter les déficits excessifs, prévoit l'introduction par les États membres dans leur droit national de procédures garantissant l'équilibre budgétaire « au moyen de dispositions contraignantes et permanentes, de préférence constitutionnelles ». C. VIessant, « L'équilibre budgétaire, un principe constitutionnel impossible ? » lequilibre budgétaire un principe constitutionnel impossible 13_05_2020_09_39_39.p df, *RFFP* mai 2020, n° 150, p. 83. On peut citer la programmation des orientations pluriannuelles qui a été imposée depuis la révision constitutionnelle de 2008 et l'adoption Loi organique n° 2012-1403, 17 décembre 2012, relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques.

562. B. BAGAGNA, « Réflexion sur le contrôle international des finances publiques : le cas des États d'Afrique subsaharienne francophone », *RAFIP* n° 7, Premier semestre 2020, p.37.

563. N. MEDE et M. DEBENE, *Les finances publiques entre globalisation et dynamiques locales, Mélanges en l'honneur de Diarra Eloi et Yonaba Salif.*, L'Harmattan, août 2021.

de la pauvreté, la réduction des inégalités et le développement durable. Il faut dire tout simplement que les finances publiques sont au service des droits de l'homme. Le droit financier international est un levier efficace de garantie des libertés économiques. L'égalité fiscale doit être sauvegardée en évitant la double imposition, les discriminations fiscales négatives, la fraude et l'évasions fiscale en luttant contre l'érosion des bases d'imposition⁵⁶⁴.

Ainsi, l'article 67 du Traité l'Union Économique et Monétaire Ouest- Africaine (UEMOA) indique que l'institution harmonise les législations financières des États membres⁵⁶⁵. La protection des libertés économiques notamment la libre circulation des personnes, des capitaux, des marchandises et des services est perceptible également à travers l'élimination des droits de douane, la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers à travers la Convention de Kyoto⁵⁶⁶, le rapprochement et l'harmonisation⁵⁶⁷ des mécanismes de taxation directe⁵⁶⁸ et

564. L'instrument multilatéral ou convention multilatérale a été signé le 07jun 2017 et est entré en vigueur en 2018. Il couvre déjà plus de 89 juridictions *in* Érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices - OCDE (oecd.org).

565. Article 67 : « L'Union harmonise les législations et les procédures budgétaires, afin d'assurer notamment la synchronisation de ces dernières avec la procédure de surveillance multilatérale de l'Union. Ce faisant, elle assure l'harmonisation des Lois de Finances et des comptabilités publiques, en particulier des comptabilités générales et des plans comptables publics. Elle assure aussi l'harmonisation des comptabilités nationales et des données nécessaires à l'exercice de la surveillance multilatérale, en procédant en particulier à l'uniformisation du champ des opérations du secteur public et des tableaux des opérations financières de l'État ». Les fondements des compétences communautaires en matière de fiscalité, en général, figurent à l'article 60 (de l'harmonisation des législations). En ce qui concerne la fiscalité de porte, il faut se reporter aux articles 76 et 78, relatifs à l'élimination des droits, taxes et mesures d'effets équivalents et à l'établissement du TEC, ainsi qu'à l'article 77 qui traite de la libre circulation des marchandises.

566. Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers, connue sous le nom de Convention de Kyoto, adoptée le 19 mai 1973 et entrée en vigueur le 25 septembre 1974 *in* <https://www.bing.com/search?q=Convention+internationale+pour+la+simplification+et+l%E2%80%99harmonisation+des+r%C3%A9gimes+douaniers&cvid=a558eed4389a46879f3368b4a608a>

567. Le Traité de l'UEMOA a été signé le 10 janvier 1994 à Dakar. Il est entré vigueur le 1er août de la même année L'Union comprenait sept membres au départ (le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo), avant l'adhésion de la Guinée- Bissau en 1997.

indirecte⁵⁶⁹ des citoyens communautaires à travers l'article 67 du Traité l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)⁵⁷⁰.

La création de la zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAF)⁵⁷¹ permet d'éliminer progressivement les barrières tarifaires et non-tarifaires au commerce des marchandises et d'asseoir des droits de propriété intellectuelle tout en encourageant le commerce des services. Au-delà d'être une réponse aux méga-accords commerciaux internationaux, cet Accord continental devrait participer à accroître de 50 % le commerce intra-africain⁵⁷² dont le taux actuel tourne autour de 15%⁵⁷³ dès les premières années dans sa mise. Il devrait aussi permettre de lutter contre la *dégradation des termes de l'échange de l'ordre de 25 % depuis 1970 qui s'est traduite par une diminution des ressources d'exportation.*⁵⁷⁴

568. Directive n°08/2008/CM/UEMOA du 26 septembre 2008 portant harmonisation des taux de l'impôt assis sur les bénéficiaires des personnes morales dans les États membres de l'UEMOA. Aux termes de l'article 2 de la Directive le taux de l'IS est compris entre 25 et 30% ; Directive n°07/2001/CM/UEMOA du 26 novembre 2001 portant régime harmonisé de l'acompte sur impôt assis sur les bénéficiaires au sein de l'UEMA.

Directive n°01/2008 CM/UEMOA portant harmonisation des modalités de détermination du résultat imposable des personnes morales au sein de l'UEMOA.

569. Directive n°02/98/CM/UEMOA du 22 décembre 1998 portant harmonisation des législations des États membres en matière de TVA (Article 29, taux entre 15 et 20%) ; Directive n°03/98/CM/UEMOA du 22 décembre 1998, portant harmonisation des législations des États membres en matière de droits d'accises. Il s'agit d'un droit à s'acquitter pour accéder à la consommation de certains produits : Règlement n°5/98/CM/UEMOA du 03 juillet 1998 portant définition de la liste composant les catégories des marchandises figurant dans la nomenclature tarifaire et Statistique de l'UEMOA.

570. Article 67 « L'Union harmonise les législations et les procédures budgétaires, afin d'assurer notamment la synchronisation de ces dernières avec la procédure de surveillance multilatérale de l'Union ». On peut citer aussi : Règlement n° 02/97/CM/UEMOA du 28 novembre 1997 portant adoption du tarif extérieur commun ; Règlement n° 09/2001/CM/UEMOA du 26 novembre 2001 portant adoption du Code des douanes de l'UEMOA.

571. Accord portant création de la zone de libre-échange continentale africaine du 21 mars 2018 *in* [36437-treaty-consolidated_text_on_cfta - fr.pdf \(au.int\)](#).

572. Selon le rapport annuel 2002 sur l'intégration en Afrique de la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEA), les échanges entre pays africains ne représentent que 10 % de l'ensemble du commerce extérieur africain.

573. Annexe II Objectifs et Principes directeurs de la Négociation de la Zone de libre-échange continentale (ZLEC).

574. ATTAC, les pièges du libre-échange, p. II.

Il faut ranger, dans le même ordre d'idées, les conventions fiscales bilatérales qui visent à éviter la double imposition des citoyens ou le non-double imposition - à bâtir une assistance fiscale⁵⁷⁵ sous les modèles de conventions de l'ONU et de l'OCDE⁵⁷⁶.

D'autres conventions bilatérales ont un caractère budgétaire puis qu'elles visent à lever des fonds, à faciliter l'investissement ou à lever des ressources extérieures pour la croissance économique⁵⁷⁷. L'Accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autres part, signé à Cotonou le 23 juin 2000⁵⁷⁸ a fixé les termes de la coopération centrés sur l'objectif de défenses des droits-créances. Selon les dispositions de l'article 1 alinéa 2 du texte, « Le partenariat est centré sur l'objectif de réduction et, à terme, d'éradication de la pauvreté, en cohérence avec les objectifs du développement durable et d'une intégration progressive des pays ACP dans l'économie mondiale ». On peut citer enfin les accords et statuts du FMI et de la Banque mondiale adoptés le 22 juillet 1944 et la Charte des Nation-Unies adoptée le 26 juin 1945 à San Francisco⁵⁷⁹.

575. Règlement n° 08/2008/cm/UEMOA portant adoption des règles visant à éviter la double imposition au sein de l'UEMOA et des règles d'assistance en matière fiscale.

576. Y. OUEDRAOGO, « Pouvoir d'imposition et territoire dans les États de l'UEMOA », *Afrilex*, janvier 2020, in <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/pouvoir-dimposition-et-territoire.html>, p.15 et s.

577. Les États de l'OCDE constituent les principaux bailleurs bilatéraux, la France à travers l'Agence française de développement (AFD) constitue un partenaire privilégié du Sénégal. V., K. DIAME, *Le financement du déficit budgétaire par l'endettement dans les pays de l'UEMOA : le cas du Sénégal*, Mémoire de fin d'études pour l'obtention du brevet de l'École nationale d'administration, Cycle A, promotion 2017-2019.

578. http://www.acp.int/sites/acpsec.waw.be/files/Accords_de_Cotonou_ACP_UE.pdf.

579. V., le Préambule et l'article 3 de la Charte. Il faut ajouter à cette Charte les deux Pactes supplémentaires adoptés le 16 décembre 1966 par l'ONU (Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques). D'autres textes aménagent une protection particulière en faveur de certains groupes (la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, la Convention relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989) ou régissent des secteurs spécifiques (On peut signaler la Convention des Nations Unies du 31 mars 1978 sur le transport de marchandises par mer, celle du 9 mai 1980 relative aux transports de marchandises ferroviaires.)

En dehors de la protection des libertés économiques au sens strict, les règles financières posent ce qu'on appelle les normes de bonne gouvernance financière qui ont la particularité d'être imprégnées « *par des considérations inspirées par la morale* » ; ce « *fondement méta-jurique est ce que la philosophie pratique nomme l'éthique* »⁵⁸⁰. Le droit de la gouvernance constitue une forme de protection des droits de l'homme. L'objectif est la recherche du bien-être social par le droit à l'information, le droit à la participation, à la transparence budgétaire, la lutte contre la corruption, la concussion et les conflits d'intérêt. La prévarication des ressources publiques constitue un frein au droit au développement, à la solidarité et à l'accès aux ressources publiques rangés dans les droits-solidarités. L'enjeu se trouve donc dans le développement humain qui « *représente avant tout les libertés des êtres humains : la liberté de réaliser le plein potentiel de chaque vie humaine et non pas seulement de quelques-unes, ni de la majorité, mais de toutes les vies, partout dans le monde, aujourd'hui comme demain. C'est cet universalisme qui fait toute la particularité du paradigme du développement humain* »⁵⁸¹.

Aussi, convient-il de relever la Convention des Nations unies contre la Corruption du 31 octobre (2003)⁵⁸² ou la Convention de l'Union africaine sur la Prévention et la lutte contre la Corruption adoptée le 23 juillet 2003, la Directive n°01-2009 CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant Code de Transparence dans la Gestion des Finances publiques au sein de l'UEMOA⁵⁸³, la Déclaration du Conseil de Coopération douanière concernant la bonne gouvernance et l'éthique en matière douanière du 7 juillet 1993, les normes de l'Initiative pour la transparence dans les Industries extractives (ITIE) et celles institutions supérieures de contrôle des finances publiques (ISSAI) produites par

580. M. KAMTO, *Droit international de la gouvernance*, Éditions A. Pedone, octobre 2013, p.39.

581 PNUD Rapport sur le développement humain 2016 Le développement humain pour tous *in* UNDP-HDR16-Overview-FR (2).pdf p.1.

582 Les réponses institutionnelles se manifestent, entre autres, dans les Etats par la création d'organes de lutte contre la corruption. V., la loi n° 2012-30 du 28 décembre 2012 portant création de l'Office national de lutte contre la fraude et la corruption (OFNAC).

583 Directive n° 06/11-UEAC-190-CM-22 portant Code de Transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au sein de la CEMAC du 19 décembre 2011.

l'Organisation internationale des institutions supérieures de Contrôle de Finances publiques (INTOSAI).

On peut citer l'exemple de la *Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance*, adoptée par l'Union africaine du 30 Janvier 2007. Ce texte résume parfaitement, en son article 33, la doctrine financière des droits de l'homme. La bonne gouvernance économique suppose la gestion efficace et efficiente du secteur public, la promotion de la transparence dans la gestion des finances publiques, la prévention et la lutte contre la corruption et les infractions connexes, la gestion efficace de la dette publique, l'utilisation judicieuse et durable des ressources publiques, la répartition équitable de la richesse nationale et des ressources naturelles. ; la réduction de la pauvreté ainsi que la mise en place de systèmes fiscaux efficaces basés sur la transparence et l'obligation de rendre compte.

Les transformations et mutations des ordres juridiques financiers ont eu aussi pour effet d'étendre la protection des droits fondamentaux par les finances publiques aux groupes défavorisés.

Paragraphe 2 : L'élargissement de la protection aux minorités

Il s'agit des minorités et des groupes vulnérables. Les minorités sont protégées contre les discriminations financières et bénéficient de droits financiers spécifiques.

A. La protection contre les discriminations financières

La protection des droits des personnes appartenant aux minorités appelés aussi groupes vulnérables traduit la version démotique de la constitution empreinte d'identité et de spécificités culturelles.

Le concept de minorités est au cœur de tous les débats publics parce qu'il recouvre et contient plusieurs réalités. Il ne fait pas l'objet d'une définition commune en droit positif. Selon la définition connue du Rapporteur de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorité, Francesco Capotorti⁵⁸⁴, une minorité constitue « *un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un État, dans une position non dominante, dont les membres ressortissants de cet État possédant des caractéristiques*

584. Rapporteur de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.

ethniques ou linguistiques différentes de celles du reste de la population et manifestent, ne serait-ce qu'implicitement, un esprit de solidarité et une volonté de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue »⁵⁸⁵.

Cette définition implique plusieurs commentaires. Les minorités sont caractérisées par leur infériorité numérique ou de taille par rapport au groupe majoritaire ou la société dans son ensemble (cas des pygmées en Afrique centrale)⁵⁸⁶.

Cependant, la notion de minorité ne traduit pas toujours l'idée du moins nombreux. Le critère numérique n'est pas un critère décisif pour qu'une population puisse être qualifiée toujours de minorité. En effet, on peut avoir des groupes numériquement majoritaires mais socialement, économiquement ou politiquement défavorisés donc « *minorisés* » ; ainsi, pendant longtemps, en Afrique du Sud, les gens de couleur (ici les noirs) étaient dans la même situation de « *majorité minorisée* »⁵⁸⁷. On peut ranger dans ce cadre, les peuples colonisés (majoritaires) dans leur relations avec la communauté de colonisateurs (minoritaires)⁵⁸⁸. Les groupes supérieurs en nombre peuvent être donc des minorités.

Ensuite, les minorités reflètent une position non dominante parce qu'elles subissent des discriminations dans le domaine politique et socio-économique ainsi que leur appartenance à un même groupe ethnique, linguistique ou religieux, comme les afro-américains aux États-Unis et les Pygmées en Afrique Centrale. Enfin, les minorités manifestent une volonté commune de solidarité (définition subjective) et de préservation de leur culture⁵⁸⁹.

585. F. CAPOTORTI, « Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities », Rapport du Rapporteur spécial de la Sous-Commission pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités, New York, Nations unies, 1979, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, para. 568 ; traduction par Nations unies, Droits des minorités : normes internationales et indications pour leur mise en œuvre, *op. cit.*, p. 2. Cité par I SALL, p. 437.

586. S. BAHUCHET, « Les Pygmées d'aujourd'hui en Afrique centrale », *Journal des Africanistes*, Année 1991, pp. 5-35.

587. C. GUILLAUMIN, *Sur la notion de minorité. Réflexions à propos d'une recherche sur le racisme*. V., https://www.persee.fr/doc/homso_0018-4306_1985_num_77_1_2224, pp.101-109.

588. *Ibid.*, 101.

589. M. FALL, *La protection constitutionnelle des minorités en Afrique : les exemples de l'Afrique du sud, du Burundi et du Cameroun. Contribution à l'étude du*

Dans un second sens plus contemporain, « *les minorités sont des groupes défavorisés au plan économique, social ou politique, quel que soit leur rapport numérique à l'ensemble de la société, bien qu'il s'agisse presque toujours d'un rapport d'infériorité* »⁵⁹⁰. Il s'agit d'une infériorité socioéconomique, politique, juridique qui frappe certains groupes dans les relations sociales. Ici le concept de minorité répond à celui de « groupe vulnérable », c'est à dire, « *les personnes handicapées (sur le plan physique ou mental), les jeunes, les personnes âgées, les chômeurs, les personnes homosexuelles, les malades, les minorités de couleur, les femmes, les étrangers, les assistés sociaux, les sans domicile fixe, et l'on pourrait ajouter longtemps à la liste* »⁵⁹¹. On peut parler de minorité économique, sociale, budgétaire ou fiscale.

La minorité évoque l'état de moindre capacité⁵⁹² au « *sens de groupe doté de moindre pouvoir* »⁵⁹³ subissant des inégalités dans la répartition des ressources publiques. La marginalisation et l'exclusion dans la répartition des ressources publiques en termes de prise en charge des droit-crédances et de protection sociale crée les frustrations sociales⁵⁹⁴. Dans ces conditions, la prise en compte des minorités par la réglementation financière devient une question qui interpelle le système de l'État de droit dominé encore par une approche institutionnelle.

droit constitutionnel des minorités, UCAD 2020, p.10 et s ; V., I. SALL, *Capacitation juridique et fabrique de l'État de droit. Étude sur le droit du développement*, Thèse, Université de Poitiers, 2019, p. 437.

590. J. WOEHRLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé » in Rapport général présenté aux Journées mexicaines de l'Association Henri Capitant à Mexico et Oaxaca du 18 au 25 mai 2002 in https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_34/34-12-woehrling.pdf, pp.96-9.

591. *Ibid.*, p. 97.

592. G. COLETTE, *Sur la notion de minorité. Réflexions à propos d'une recherche sur le racisme*. V., https://www.persee.fr/doc/homso_0018-4306_1985_num_77_1_2224, pp.101-109.

593. C. GUILLAUMIN, *Sur la notion de minorité. Réflexions à propos d'une recherche sur le racisme*. , *op. cit.*, p.101.

594. M. FALL, *La protection constitutionnelle des minorités en Afrique : les exemples de l'Afrique du sud, du Burundi et du Cameroun. Contribution à l'étude du droit constitutionnel des minorités*, *op. cit.*, p.23

C'est pourquoi, au sens large, pour certains auteurs, les minorités désignent l'ensemble des groupes vulnérables (femmes, enfants, handicapés...) ou historiquement désavantagés.

Le dispositif normatif de protection des minorités est abondant. Au plan universel, on peut citer la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/135 du 18 décembre 1992, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Convention relative aux droits de l'enfant.

Au niveau régional, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples « reconnaît des droits aux peuples avec une prise en compte des « valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser nos réflexions sur la conception des droits de l'Homme et des Peuples »⁵⁹⁵. L'obligation pour les États de promouvoir les droits des personnes appartenant à des minorités religieuses, ethniques et linguistiques trouve son fondement dans les articles 2 et 25 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP).

Les règles financières conçues sont destinées à sauvegarder les droits subjectifs des minorités. Ces instruments consacrent la promotion et la protection des minorités ainsi que les principes d'égalité, de non-discrimination et de participation effective.

Dans ces conditions, la prise en compte de leur droit par la réglementation financière devient une question qui interpelle le système de l'État de droit dominé encore par une approche institutionnelle. C'est surtout dans les droits-créances que la protection des minorités revêt une portée particulière. Les règles financières doivent garantir l'équité dans la distribution des richesses.

Les discriminations contre les minorités économiques constituent une réalité. Les minorités économiques, assimilées à des groupes vulnérables, évoquent des catégories d'individus fragiles, défavorisés et à risque du fait de leur situation économique et sociale, de leur condition physique, de l'âge ou du sexe, quel que soit par ailleurs le rapport numérique qu'ils entretiennent avec le reste de la population. Il existe des groupes vulnérables dans toutes les sociétés contrairement aux minorités de type culturel qui « réclament souvent, voire toujours,

595. V., aussi articles 2 et 25.

un traitement politique et juridique particulier, des institutions distinctes de celles de la majorité pour leur permettre d'assurer la perpétuation et la transmission de leurs traits linguistiques, religieux ou culturels particuliers »⁵⁹⁶. Ces populations vulnérables sont assimilées à des minorités⁵⁹⁷, pour nous, de premier degré parce qu'elles ne réclament pas un traitement politique qui conduit à des aménagements institutionnels pour garantir leur participation à l'exercice du pouvoir. Les groupes vulnérables invoquent « *la levée des barrières juridiques ou matérielles qui empêchent leur pleine intégration dans l'ensemble social. Ils réclament la jouissance, formelle et matérielle, des droits dont bénéficie la majorité* »⁵⁹⁸.

Ainsi, on peut avoir des minorités économiques qui se manifestent par une exclusion d'une partie de la population des activités génératrices de revenu, c'est-à-dire celles relatives à la production, à la distribution et à la consommation des richesses ; des minorités fiscales lorsqu'une seule partie de la population supporte la pression fiscale ; de minorités budgétaires entendues au sens de déséquilibre dans la répartition des richesses ou de minorité sociale lorsque des individus se situent dans l'indigence et la pauvreté faisant état de l'absence d'un minimum vital

Dans les États en voie de développement, la vulnérabilité résulte de la faiblesse du tissu économique. Au plan socioéconomique, avec un PIB par tête de 603 600 FCFA en 2017 contre 583 700 FCFA en 2014, le Sénégal reste classé dans le peloton des pays à « Indice de Développement Humain » faible avec le rang 162^{ème} en 2016 sur 188 pays⁵⁹⁹. Les publications récentes de l'Agence nationale de la démographie et de la Statistique font état sur un échantillon de 7156 ménages, le taux de pauvreté monétaire est estimé à 37,8% en 2018/2019 ; « *le nombre de pauvres a augmenté au Sénégal (5 832 008 en 2011 contre 6 032 379 en 2018). Par rapport au milieu de résidence, la pauvreté est plus accentuée en milieu rural (53,6 % contre 19,8 % pour le milieu urbain)* »⁶⁰⁰.

596. J. WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », *op. cit.*, p.89.

597. *Ibid.*, p. 96.

598. *Ibid.*, p.98.

599. PNUD, Rapport du Développement Humain 2016, *op. cit.*, p.27.

600. Ministère de l'Économie du Plan et de la Coopération, Agence Nationale de la Statistique et de la Démographie (ANSD), *Rapport final, Enquête harmonisée sur les Conditions de Vie des Ménages (EHCVM) au Sénégal*, Septembre 2021 in Résumé analytique, [Rapport-final-EHCVM-vf-Senegal \(1\) - Copie.pdf](#).

La prise en charge budgétaire des dépenses sociales est extrêmement modeste. Selon les statistiques, l'éducation représente, 11, 4% du budget général ; l'agriculture et l'équipement rural, 5, 43 ; la santé et l'action sociale, 4, 71 ; le Pétrole et les Energies 3, 25 ; l'Hydraulique et de l'Assainissement 2, 92 ; Ministère de la Justice, 1, 10%, l'Environnement et le développement durable 0,60.⁶⁰¹

Si l'on fait une analyse spécifique relativement aux personnes victimes d'un handicap, le nombre d'enfants de 7 à 16 ans vivant avec un handicap est de 35 369. Parmi eux, 23 425 sont hors du système éducatif, ce qui correspond à un taux de 66% pour cette catégorie d'enfants (alors que le taux pour l'ensemble du Sénégal est 47%). Les enfants vivant avec un handicap et qui n'ont jamais été scolarisés sont au nombre de 20 481, soit environ 87,5% quand on ne considère que la non scolarisation. Au niveau infrastructurel, à ce jour, le Sénégal ne compte que 4 écoles primaires spécialisées dans l'éducation des enfants ayant des besoins éducatifs spécifiques et concentrées dans les zones de Dakar et Thiès⁶⁰².

La comparaison internationale évoque les mêmes tendances. Les règles financières doivent garantir l'équité dans la distribution des richesses. Les études montrent la part faible des ressources mobilisées pour le financement des droit-créances :

« Au niveau des 101 millions d'enfants non scolarisés et des 776 millions d'adultes qui ne savent ni lire, ni écrire, la majorité appartient aux minorités et aux peuples autochtones ; Une étude de 2006 a montré que sur les 70 millions de filles qui ne sont pas inscrites à l'école, 70 % viennent des minorités et des autres groupes exclu ;(...) En Afrique aussi, la part des minorités et des peuples autochtones dans l'éducation est marginale. Au Nigéria, par exemple, 5 % de tous les enfants qui sont en dehors de l'école appartiennent à l'ethnie des Haoussa »⁶⁰³.

601. OXFAM –Forum civil, le Baromètre de la fiscalité équitable, 2ème édition 2018-2019, p. 35.

602. IBP, *Rapport atelier de partage du pré-rapport de l'évaluation des politiques relatives au handicap*, p. 7 et s.

603. I. SALL, *Capacitation juridique et fabrique de l'État de droit. Étude sur le droit du développement*, Thèse, Université de Poitiers, *op. cit.*, p. 446.

Dans certains systèmes juridiques, les normes constitutionnelles d'origine jurisprudentielle apportent une garantie efficace aux minorités économiques. On connaît des litiges d'intérêt public (« *public interest litigation* ») répandus en Asie (Inde ou Malaisie, Pakistan, Bangladesh), en Amérique latine, et dans les pays africains de tradition anglophone (Kenya, Nigeria, Ghana, Afrique du Sud). La juridiction constitutionnelle à la suite de requête des citoyens sans formalisme particulier développe une politique de réduction des inégalités sociales en se fondant sur la justiciabilité des droits sociaux érigés en droits fondamentaux depuis la loi 201-10 du 5 avril 2016 portant révision de la Constitution. En Inde, la Cour suprême exige que l'État accorde une aide budgétaire aux personnes défavorisées par la mise en œuvre d'un programme de distribution de nourriture aux populations démunies (*People's Union for Civil Liberties v. Union of India, en 2001*) des subventions aux familles pauvres dont le principal soutien de famille est décédé, paie 1.4 millions de roupies pour aider à combattre la famine et la malnutrition (*Peoples' Union of Civil Liberties v Union of India, (2007)*)⁶⁰⁴. En Afrique du Sud, dans la célèbre affaire Irène Grootboom, la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud conclut à la violation du droit à un logement décent. Pour la haute juridiction constitutionnelle, l'État est dans l'obligation de « *fournir l'accès au logement, à la santé, à l'alimentation, en eau suffisante et à la sécurité sociale à ceux qui ne peuvent pas se prendre en charge et aux personnes qui dépendent d'eux. Aussi, l'État doit-il créer les conditions favorables à l'accès des citoyens à la terre sur une base équitable* »⁶⁰⁵.

Le principe d'égalité peut être remis en cause par l'affectation inégale des ressources collectées. Les implications sociologiques se traduisent par des résistances au paiement de l'impôt. La redistribution équitable des richesses (notamment dans les domaines éducatif et sanitaire) constitue un pilier de la stabilité institutionnelle, d'une gouvernance transparente et responsable.

La protection des droits des minorités apparaît aussi à travers des avantages financiers spécifiques.

604. *Idid.*, p. 269.

605. CCT 11/00 du 4 octobre 2000, *Government of RSA v. Grootboom and others*, 2001 (1) SA 46 (CC), <http://www.concourt.gov.za/2000/grootboom.sthtml>. Consulté le 12 08 2020 ; T. S. N. SALL, *La justice constitutionnelle en Afrique : étude comparée de l'Afrique du Sud, du Bénin et du Sénégal*, thèse, *op. cit.*, p.403.

B. L'octroi de droits spécifiques

Les minorités et groupes vulnérables bénéficient de droits particuliers aménagés par les règles financières. Un régime financier dérogatoire est conçu au profit des minorités. Ici, les règles financières classiques sont infléchies (égalité devant l'impôt, exception aux principes de la non affectation, parafiscalité, partage du pouvoir fiscal, etc.). Parfois, certaines ressources sont transférées aux minorités et populations autochtones.

Quant aux groupes vulnérables, ils bénéficient de programme de développement économique et de protection sociale dans les politiques publiques ces dernières années. Ces avantages financiers impactent durement les droit-créances et les droits-participation et ont une nature fiscale et budgétaire.

S'agissant des avantages fiscaux, il faut rappeler que le Sud du Sénégal est marqué par une pauvreté avancée des populations.

La Constitution du 22 janvier 2001 introduit « le principe du respect des spécificités culturelles de toutes les composantes de la nation », comme limite au « principe intangible de l'intégrité du territoire national et de l'unité nationale ».

La Casamance bénéficie d'un régime fiscal favorable depuis la loi n° 2015-13 du 03 juillet 2015 portant statut fiscal spécial des entreprises touristiques installées dans le pôle touristique de la Casamance. On est en face de zone d'exception fiscale.

En effet, selon le législateur, la région naturelle de Casamance, compte tenu des opportunités de sa localisation géographique, de la richesse et de la diversité de son environnement culturel est appelée à être un des pôles majeurs de la nouvelle politique touristique. La crise qu'elle traverse depuis plus de trois décennies a freiné la compétitivité des entreprises touristiques. Aussi, est-il apparu nécessaire de faire de la région naturelle de la Casamance une zone touristique d'intérêt national prioritaire. La traduction, au plan pratique, de cette prise de conscience passe par une forte augmentation des investissements structurants dans la région naturelle de Casamance notamment dans le secteur touristique. À cet effet, il convient, dans le cadre de la présente loi, d'accorder aux entreprises touristiques qui y sont établies ou désireuses de le faire un statut fiscal spécial. Ce statut a pour vocation d'inciter les investisseurs nationaux et étrangers à y implanter des établissements touristiques mais également de permettre aux opérateurs qui y sont déjà installés de relancer leurs activités ou de les pérenniser.

Le statut fiscal spécial bénéficiera aux entreprises installées dans les régions administratives de Ziguinchor, Kolda et Sédhiou.

Dans le Rapport final, Enquête harmonisée sur les Conditions de Vie des Ménages (EHCVM) au Sénégal, Septembre 2021 (précité), les analyses ont révélé que les régions de Sédhiou (65,7%), de Kédougou (61,9%), de Tambacounda (61,9%) de Kolda (56,6%), de Kaffrine (53,0%) et de Ziguinchor (51,1%) sont les plus touchées par la pauvreté⁶⁰⁶. Le statut fiscal spécial est accordé aux entreprises touristiques pour une durée de dix ans à compter de la date de délivrance de l'agrément. Les entreprises concernées bénéficient d'exonérations d'impôt (droits d'enregistrement, de timbre et de taxes assimilées, taxe sur la valeur ajoutée, impôt sur les sociétés, etc. (article 8). Le régime douanier des marchandises des entreprises agréées au statut fiscal spécial est également favorable à l'épanouissement des entreprises puisque « *Le matériel, les matériaux, les équipements, les fournitures et tout bien dont l'importation est nécessaire durant la période de réalisation des investissements ou de l'exploitation de l'édifice hôtelier agréé, sont admis en franchise des droits et taxes d'entrée sous réserves des exceptions prévues par la loi* » (article 9).

Au titre des avantages budgétaires accordés, certaines recettes tirées de l'exploitation des ressources naturelles sont affectées aux minorités. Ainsi, la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples affirme le droit des peuples à disposer librement de leurs richesses et ressources naturelles et, en cas de spoliation, le droit à la légitime récupération et à la compensation adéquate (article 21).

En République Démocratique du Congo, on peut citer la Loi n° 5 - 2011 du 25 février 2011 portant promotion et protection des droits des populations autochtones. Aux termes de l'article 36, les populations autochtones ont le droit de définir les priorités et les stratégies de mise en valeur, d'utilisation et de contrôle de leurs terres et autres ressources et ce, dans les limites de la loi. Selon l'article 37, « *les populations autochtones ont le droit de conserver et de développer leurs systèmes économiques et sociaux et de jouir en toute sécurité de leurs propres moyens de subsistance* ».

606. Ministère de l'Économie du Plan et de la Coopération, Agence Nationale de la Statistique et de la Démographie (ANSD), *Rapport final, Enquête harmonisée sur les Conditions de Vie des Ménages (EHCVM) au Sénégal*, Septembre 2021 in Résumé analytique, [Rapport-final-EHCVM-vf-Senegal \(1\) - Copie.pdf](#).

Dans le même ordre d'idées, il faut relater au Sénégal, les programmes budgétaires spécifiques de protection sociale contre les groupes vulnérables. Le Sénégal a placé sa politique de protection sociale comme vecteur du développement humain et a renforcé les efforts de mutualisation de la solidarité pour tous. À travers le Plan Sénégal Émergent (PSE), les autorités instaurent la Délégation Générale de la Protection Sociale et de la Solidarité Nationale (DGPSN)⁶⁰⁷ ; l'Agence de Couverture Maladie Universelle (CMU)⁶⁰⁸ la gratuité des soins pour les enfants de moins de 5 ans, le programme de Bourse de Sécurité Familiale (BSF)⁶⁰⁹, la Carte d'Égalité des Chances pour les personnes en situation de handicap, le Registre Unique (RNU) visant un mécanisme partagé pour le ciblage des différents programmes de filets sociaux. Ainsi, dans la loi 2020-33 du 22 décembre 2020 portant lois de finances, pour l'année 2021, la couverture maladie universelle est budgétisée à 13 858 215 milliards de FCFA et le Programme d'Urgence de Développement Communautaire (PUDC) à plus de 15 000 milliards de FCFA.

Pour garantir les droits-participation des minorités, une autonomie budgétaire est octroyée aux populations minoritaires à travers les communautés. Les entités disposent d'une liberté en matière de dépense et de recette disposant ainsi d'un pouvoir budgétaire et fiscal.

En Espagne, aux termes de l'Article 156 de la Constitution, du 27 décembre 1978 précitée, « *les communautés autonomes jouissent de l'autonomie financière pour le développement et la mise en œuvre de leurs compétences, conformément aux principes de coordination avec les finances de l'État et de solidarité entre tous les Espagnols* ». Les communautés disposent de plusieurs ressources propres, c'est-à-dire les impôts cédés totalement ou partiellement par l'État ; les surtaxes sur les impôts d'État et les autres participations aux recettes de l'État ; leurs propres impôts, taxes, et contributions spéciales ; les transferts d'un fonds de compensation interterritorial et autres crédits à la charge du budget général de l'État, les revenus provenant de leur patrimoine

607. Délégation générale à la Protection sociale et à la Solidarité nationale (DGPSN) | Ministère du Développement Communautaire, de l'Équité Sociale et Territoriale (sec.gouv.sn).

608. Agence de la Couverture Maladie Universelle (agencecmu.sn).

609. Délégation générale à la Protection sociale et à la Solidarité nationale (DGPSN) | Ministère du Développement Communautaire, de l'Équité Sociale et Territoriale (sec.gouv.sn).

et les recettes de droit privé et le produit des opérations de crédit. La Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 indique à l'article 128, alinéa 4, « *Les cantons effectuent la taxation et la perception. Au moins 17 % du produit brut de l'impôt leur sont attribués* ».

Il s'est agi, dans le cadre de cette réflexion, de voir si la protection des droits de l'homme peut être portée par les finances publiques. Une démarche diachronique a permis de voir que la défense des droits de l'homme par les finances publiques a évolué en dents de scie. On est passé d'un ordre juridique non démocratique à un ordre juridique démocratique. Le premier correspond aux périodes féodale et coloniale ; le second désigne l'ordre juridique de type étatique qui est apparu au lendemain des indépendances et sous-tendu par les principes de la démocratie libérale. C'est à la suite de tensions et de conflits que les droits fondamentaux ont été consacrés dans les textes constitutionnels. Des transformations démocratiques abondantes ont été constatées, au lendemain des années 1990, par la constitutionnalisation et l'internationalisation des finances publiques. Elles vont dans le sens d'inscrire au sommet de la pyramide des normes les règles juridiques financières, de garantir l'exercice des droits fondamentaux.

Toutefois, la protection des droits fondamentaux par les finances publiques est encore précaire. Les limites de l'exposé ne permettent pas d'approfondir ces insuffisances. On peut tout de même rappeler des inégalités fiscales liées à une distribution déséquilibrée de la charge fiscale. Les discriminations budgétaires sont également persistantes par le faible volume des dépenses sociales par rapport aux dépenses de fonctionnement.

La réflexion nous amène en effet à un changement de paradigme. Pour nous, l'État de droit financier n'est pas seulement formel par un agencement hiérarchisé de normes juridiques. Il s'agit d'une approche fonctionnelle du droit qui a pour finalité le bien-être des populations et la croissance économique. La finalité de l'argent public est de satisfaire les besoins primaires des populations parce que l'individu est détenteur en tant qu'« Homme » de droits naturels antérieurs à la naissance de l'État ; ces droits sont incompressibles et opposables à la puissance publique sous forme surtout de droit-créances. En fait, « *Ce n'est pas les papiers qu'on mange* »⁶¹⁰. L'état et la tenue des finances publiques

610. N. BAKO-ARIFARI, « Ce n'est pas les papiers qu'on mange ! ». La corruption dans les transports, la douane et les corps de contrôle », *État et corruption en*

constituent des indicateurs de l'État de droit et du respect des droits de l'Homme. En Nouvelle-Zélande, le budget du bien-être constitue un modèle de gestion des finances publiques.

Afrique, Une anthropologie comparative des relations entre fonctionnaires et usagers (Benin, Niger, Sénégal), G. BLUNDO, J.-P. OLIVIER DE SARDA (dir), Éditions Karthala, 2007, p. 179 à 224.

**TROISIÈME PARTIE :
LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE
DES DROITS DE L'HOMME**

Les droits de l'homme peuvent faire l'objet d'une protection juridictionnelle duale : interne et régionale.

TITRE I :
LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE INTERNE
DES DROITS DE L'HOMME

Il s'agit de la protection assurée par les juridictions internes. Les techniques et méthodes de contrôle diffèrent selon que la violation des droits de l'homme est le fait des particuliers, de l'autorité publique et du législatif.

CHAPITRE 1 :
LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME
CONTRE LES PARTICULIERS

Il ne sert à rien de proclamer la reconnaissance des libertés et l'attachement aux différentes déclarations des droits de l'Homme et à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, si, en retour, l'individu ne dispose d'aucun moyen pour rendre effectif le respect des différentes libertés. Le législateur en est conscient. Aussi, permet-il à l'individu d'agir devant les tribunaux au cas où les libertés qui lui sont reconnues sont violées.

Le terme « tribunaux » est entendu de manière large pour englober l'ensemble des juridictions sénégalaises qui assurent la protection juridictionnelle des droits de l'Homme. L'appréhension de la protection juridictionnelle des droits de l'homme exige par ailleurs une connaissance suffisante des procès.

SECTION 1 : L'ORGANISATION ET LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE
DES DROITS DE L'HOMME

L'étude du droit judiciaire sénégalais fait apparaître trois catégories de juridictions : les juridictions du premier degré, les juridictions d'appel ou du second degré et les juridictions suprêmes.

Paragraphe 1 : Les juridictions du premier degré

Toute personne qui veut obtenir la reconnaissance ou la sanction d'un droit doit saisir une juridiction du premier degré.

Dans l'organisation judiciaire, une juridiction du premier degré ou de première instance est une juridiction qui examine en premier lieu les affaires dont elle est saisie, même si sa décision pourra être portée devant une juridiction du degré supérieur. On oppose traditionnellement les juridictions de droit commun du premier degré aux juridictions spécialisées.

A. Les juridictions de droit commun du premier degré

On appelle juridiction de droit commun du premier degré les juridictions dont la compétence est générale, c'est-à-dire qui connaissent de toutes les affaires à l'exception de celles que la loi attribue de façon expresse aux juridictions spécialisées.

L'article 7 de la loi n° 2014-26 du 3 novembre 2014, abrogeant et remplaçant la loi n° 84-19 du 2 février 1984 fixant l'Organisation¹ fixant l'organisation judiciaire dispose en ce sens que

« Sous réserve des compétences d'attribution, en premier et dernier ressort de la Cour suprême, des Cours d'Appel et en premier ressort des tribunaux du travail, des tribunaux d'instance et des organismes à caractère juridictionnel, les tribunaux de grande instance sont juges de droit commun en première instance en toutes matières ».

Cependant, en se fondant sur les matières portées devant les juridictions du premier degré, il est possible de présenter les juridictions selon qu'elles statuent sur les affaires civiles (juridictions civiles) ou sur les affaires pénales (juridictions pénales).

1. Les juridictions civiles

Au premier degré de la hiérarchie judiciaire, les juridictions chargées des affaires civiles sont au nombre de deux : le tribunal d'instance et le tribunal de grande instance.

1. JO n° spécial 6818 du 10 novembre 2014.

a. Le tribunal d'instance**aa.** L'organisation du tribunal d'instance

Le tribunal d'instance comprend un président et des juges dont l'un assure les fonctions de juge d'instruction. Lorsque les besoins du service l'exigent, il peut être désigné plusieurs juges d'instruction.

Le parquet est représenté par le délégué du procureur de la République et, au besoin, plusieurs adjoints, tous chargés d'exercer les fonctions de ministère public sous l'autorité du procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel est situé le siège du tribunal d'instance.

Lorsque le tribunal d'instance ne comporte pas de ministère public ou en cas d'absence du délégué du procureur de la République et de son adjoint, l'action publique est exercée, sous l'autorité du Procureur de la République, par le Président du tribunal d'instance. Cette situation devrait demeurer exceptionnelle en raison de ses atteintes aux principes d'indépendance et d'impartialité. Il s'y ajoute que le renforcement des ressources humaines devrait permettre de disposer de magistrats suffisants pour assurer ces fonctions dans les tribunaux d'instance.

bb. La compétence du tribunal d'instance

Le tribunal d'instance est compétent pour connaître des affaires que la loi lui attribue de manière expresse. L'examen des compétences qui lui sont dévolues par le décret n° 2015-1145 du 03 août 2015 fixant la composition et la compétence des cours d'Appels, des tribunaux de grande instance et des tribunaux d'instance², conduit cependant à l'assimiler à une juridiction de droit commun. Cette impression se dégage lorsque l'on appréhende les compétences de cette juridiction notamment en matière civile.

En effet, au regard de ces compétences en matière civile et commerciale, il est possible de constater que la compétence du tribunal est générale ou spéciales.

Le tribunal exerce ainsi une compétence générale en ce sens qu'il statue sur toutes les actions personnelles ou mobilières. L'article 6 du décret 2015-1145 marque ainsi le caractère général de cette compétence en disposant que,

2. JO spécial 6869.

« sous réserve des dispositions des articles suivants, les tribunaux d'instance connaissent tant en matière civile que commerciale de toutes actions personnelles ou mobilières en dernier ressort jusqu'au montant de 300.000 francs CFA et à charge d'appel jusqu'au montant de 2.000.000 francs CFA ».

En ce qui concerne ses compétences spéciales, le tribunal statue sur les matières qui lui sont soumises par dérogation aux conditions posées par l'article 6 du décret de 2015³.

En effet, la loi attribue compétence au tribunal d'instance, dans certains cas, quelle que soit la valeur du litige, le plafond limite de 2 000 000 (deux million) FCFA n'étant donc plus respecté. C'est ce qui résulte de l'article 9 du décret n° 2015-1145 du 03 août 2015 aux termes duquel *« Les tribunaux d'instance connaissent, en premier ressort et quelle que soit la valeur du litige de toutes les actions relatives au statut personnel »*. Il en est ainsi également lorsque le tribunal d'instance connaît de l'action civile résultant d'une infraction pénale. Le tribunal statue sur l'action civile dans ce cas quel que soit le montant de la demande, lorsqu'elle est engagée conjointement à l'action publique mise en œuvre pour la poursuite des contraventions et des délits relevant de leur compétence.

Par ailleurs, en ce qui concerne les affaires dont la valeur est jugée très faible, si on la compare au taux de la demande exigée par l'article 6 du décret, il a paru plus indiqué de les confier à la compétence du tribunal d'instance. Ainsi, en matière de bail à usage d'habitation, le tribunal se prononce en dernier ressort lorsque le taux du loyer est inférieur ou égal à vingt-cinq mille (25 000) FCFA par mois et, à charge d'appel, lorsque le taux du loyer mensuel excède cette somme sans dépasser cinquante mille (50 000) FCFA.

b. Le tribunal de grande instance

aa. L'organisation du tribunal de grande instance

Selon l'article 4 de la loi n° 2014-26 du 3 novembre 2014 relative à l'organisation judiciaire, *« Les tribunaux régionaux (...) sont remplacés par les tribunaux de grande instance »*. Cependant, il faut éviter de

3. V. les articles 7, 8, 9, 11 et 12 du décret n° 2015-1145 du 03 août 2015 fixant la composition et la compétence des Cours d'Appels, des tribunaux de grande instance et des tribunaux d'instance.

comprendre ce texte comme signifiant que l'organisation et les compétences des tribunaux de grande instance demeurent celles qui étaient dévolues aux anciens tribunaux régionaux.

En effet, le ressort territorial des tribunaux de grande instance est aujourd'hui déconnecté des circonscriptions administratives. À partir de la réforme de 2014, la circonscription administrative de la région ne constitue plus les limites de la compétence territoriale de tribunaux de grande instance. Il est dès lors possible d'instituer plusieurs tribunaux de grande instance dans la même région chaque fois que les nécessités de traitement rationnel du contentieux l'exigent.

Le TGI est dirigé par un président qui répartit les juges entre les diverses chambres, il préside certaines audiences et répartit le travail entre les juges. La création des chambres dépend du volume du contentieux.

Le tribunal comprend également un ou plusieurs juges d'instruction désignés par arrêté du ministre de la justice, s'il n'y a qu'un juge présent au siège du tribunal, il remplit d'office les fonctions de juge d'instruction.

Le tribunal a aussi un parquet dirigé par le procureur de la République assisté de substituts. Le tribunal statue en forme collégiale, c'est-à-dire qu'à l'audience, le siège est occupé par trois magistrats et les décisions sont prises par ces magistrats.

bb. La compétence du tribunal de grande instance

Le tribunal est juge de droit commun, c'est-à-dire qu'il est compétent pour trancher tous les litiges que la loi ne soumet à la compétence d'aucune autre juridiction⁴. Le tribunal de grande instance exerce sa compétence de juridiction de droit en toute matière. La généralité des termes de la loi manifeste l'intention du législateur de conférer à cette juridiction la compétence de principe pour connaître l'ensemble du contentieux civil.

Aux termes de l'article 19 du décret n° 2015-1145 du 03 août 2015 fixant la composition et la compétence des cours d'appel, des tribunaux de grande instance et des tribunaux d'instance⁵ « *Les tribunaux de grande instance connaissent tant en matière civile que commerciale*

4. Article 7 de la loi de 2014.

5. JO n° 6869 du mardi 18 août 2015.

de l'ensemble des matières qui ne sont pas de la compétence des tribunaux d'instance ».

En matière civile et commerciale, le tribunal connaît de tous les litiges qui échappent à la compétence du tribunal d'instance, comme c'est le cas pour les actions immobilières. Cependant, depuis 2017 avec la création des tribunaux de commerce⁶, la compétence en matière commerciale est attribuée, en principe, à ces juridictions⁷.

En matière administrative, le tribunal est juge de l'ensemble du contentieux administratif et fiscal à l'exception du recours pour excès de pouvoir et du recours en matière électorale dont la compétence est réservée à une autre juridiction.

De façon plus précise, le tribunal est compétent pour connaître de toutes instances tendant à faire déclarer débitrices les collectivités publiques, soit à raison de marchés conclus par elles, soit à raison des travaux qu'elles ont ordonnés, soit à raison de tout acte de leur part ayant occasionné un préjudice à autrui. Il connaît également de tous les litiges relatifs à l'assiette, au taux et recouvrement des impositions de toute nature particulièrement des demandes en décharge ou réduction formulée par les contribuables ainsi que les demandes en annulation des actes de saisie ou de poursuites administratives.

Enfin tous les litiges portant sur les avantages pécuniaires statutaires reconnus aux fonctionnaires et agents des diverses administrations sont de la compétence du tribunal de grande instance.

Dans les instances dont il est saisi, le TGI a compétence pour interpréter et apprécier la légalité des décisions administratives.

2. Les juridictions pénales

La justice pénale a pour mission de réprimer les infractions c'est-à-dire les actes par la loi pénale comme contraires à l'ordre social.

La Commission d'une infraction ne déclenche pas automatiquement l'application d'une sanction pénale.

6. Loi n° 2017-24 du 28 juin 2017 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce et des chambres commerciales d'Appel, JO n° 7023 du samedi 1er juillet 2017.

7. Il ressort de l'Article 39 de la loi n° 2017-24, *op. cit.*, que « Jusqu'à la mise en place effective des tribunaux de commerce et des chambres commerciales d'Appel, les juridictions de droit commun conservent leur compétence en matière commerciale ».

Dans la plupart des cas, l'affaire fait l'objet d'une instruction avant d'être portée devant la juridiction de jugement.

a. Les juridictions d'instruction

Les juridictions d'instruction sont celles qui sont chargées de procéder, conformément à la loi, à tous les actes d'information utiles à la manifestation de la vérité.

En matière pénale, l'instruction est ainsi le procédé permettant de rechercher et de réunir les éléments de preuve de l'existence de l'infraction et de la culpabilité des personnes poursuivies afin de décider du renvoi ou non de cette personne devant la juridiction de jugement. C'est pourquoi, en matière répressive, seules les affaires les plus graves sont d'abord portées à l'attention d'une juridiction d'instruction avant d'être déferées, le cas échéant, devant la juridiction de jugement.

Les juridictions d'instruction sont hiérarchisées.

Au premier degré l'instruction est assurée par les juges d'instruction qui sont rattachés au tribunal d'instance ou au tribunal de grande instance.

Au second degré, l'instruction est de la compétence de la chambre d'accusation qui est une composition de la Cour d'appel. Cette chambre ne connaît que des appels formés contre les ordonnances du juge d'instruction.

b. Les juridictions de jugement

Les juridictions de jugement sont, par contre, celles qui sont chargées de trancher les litiges en disant le droit.

En matière pénale, lorsque l'instruction est terminée, les affaires qui méritent d'être jugées sont traduites devant les juridictions répressives qui, même si elles changent de dénomination, restent constituées des mêmes juridictions que celles qui résultent de l'organisation judiciaire.

aa. Le tribunal correctionnel

En principe, le tribunal correctionnel est le tribunal de grande instance. Cependant, à titre exceptionnel, le tribunal d'instance peut statuer comme tribunal correctionnel lorsqu'il juge les délits pour lesquels la loi 84-19 lui attribue compétence.

La compétence d'attribution

Le tribunal correctionnel est compétent pour juger les affaires qualifiées de délits. À cet effet, le tribunal connaît de tous les délits autres que ceux pour lesquelles la loi 84-20 attribue compétence au tribunal d'instance.

Un délit est une infraction pénale punie d'un emprisonnement supérieur à un mois et n'excédant pas dix (10) ans d'une amende supérieure à vingt mille (20 000) FCFA.

La compétence du tribunal correctionnel s'étend aux contraventions qui forment avec l'infraction déferée au tribunal un ensemble indivisible.

La compétence territoriale

Le tribunal correctionnel compétent peut être celui du lieu de l'infraction, de la résidence du prévenu, du lieu d'arrestation du prévenu ou du lieu de détention.

bb. Les chambres criminelles

Ce sont des chambres du tribunal de grande instance. Elles ont été créées pour connaître des infractions qualifiées de crimes et remplacent les anciennes Cours d'Assises supprimées par la réforme judiciaire de 2014.

La composition des chambres criminelles

La chambre criminelle comprend le président et deux juges exerçant leur fonction dans le ressort du tribunal de grande instance.

Les fonctions du Ministère public sont exercées auprès des chambres criminelles par le Procureur de la République. À l'audience, la chambre criminelle est assistée d'un greffier du tribunal de grande instance. En cas de besoin, il peut être fait appel à un greffier ad hoc. Ce dernier doit prêter serment dès l'ouverture de l'audience et mention de cette formalité doit être portée sur chaque jugement.

La chambre criminelle du tribunal de grande instance est présidée par le président du tribunal de grande instance. En cas d'empêchement, le président du tribunal de grande instance est remplacé par un vice-président ou à défaut par un autre juge du tribunal désigné par ordonnance du président du tribunal de grande instance.

Les magistrats qui, dans l'affaire soumise à une chambre criminelle, ont, soit fait un acte de poursuite ou d'instruction, soit participé à la décision de renvoi ou à une décision sur le fond relatif à la culpabilité de l'accusé, ne peuvent faire partie de cette chambre criminelle pour statuer sur ces faits.

Les compétences des chambres criminelles

Les chambres criminelles instituées dans chaque tribunal de grande instance sont désormais juge de droit commun en matière de crimes.

Le crime est une infraction punie d'une peine afflictive et infamante. Concrètement, il s'agit, depuis l'abolition de la peine de mort, de la prime des travaux forcés, de la détention criminelle et de la dégradation civique. Les chambres criminelles ont également vocation à connaître des infractions connexes à un crime.

La chambre criminelle saisie de l'action publique est compétente pour statuer sur toutes les exceptions soulevées par l'accusé pour sa défense, à moins que la loi n'en dispose autrement ou que l'accusé n'excipe d'un droit réel immobilier.

Elles sont incompétentes lorsqu'il s'agit de crime commis par des mineurs. Mais elles connaissent des crimes politiques. On retiendra enfin qu'elle a plénitude de juridiction pour juger les individus renvoyés devant elle par l'ordonnance de mise en accusation rendue par le juge d'instruction même si les faits retenus sont des contraventions ou des délits.

À l'audience, la présence d'un défenseur auprès de l'accusé est obligatoire. Si le défenseur choisi ou désigné ne se présente pas, le président en commet un autre d'office.

Étant de la composition des tribunaux de grande instance, les chambres criminelles rendent non pas des arrêts, mais des jugements en premier ressort. Le plaideur insatisfait pourra les attaquer en appel devant les chambres criminelles d'appel instituées au niveau des cours d'appel.

cc. Le tribunal de police

Le tribunal de police est juge des contraventions de simple police. C'est pour cette raison que le tribunal prend au pénal, l'étiquette de tribunal de police ou de simple police.

La compétence d'attribution

Le tribunal connaît des contraventions. On entend par contravention, une infraction punie d'un emprisonnement allant d'un jour à un mois et d'une amende de deux cents (200) à vingt mille (20 000) FCFA.

En plus des contraventions, le tribunal est habilité à juger certains délits. Les délits qui relèvent de la compétence du tribunal d'instance sont énumérés par la loi n° 84-20 du 2 février 1984. Lorsqu'il statue sur ces délits, il statue comme tribunal correctionnel. Les délits relevant de la compétence spéciale des tribunaux d'instance sont limitativement énumérés par la Loi⁸. Il s'agit d'infractions contre la chose publique (exemple violation d'une interdiction de séjour, provocation à un attroupement non armé), contre les particuliers (coups et blessures volontaires n'entraînant pas plus de 20 jours d'incapacité) et contre la propriété (vol simple).

La compétence territoriale

Le tribunal compétent peut être celui du lieu de l'infraction, de la résidence du prévenu, du lieu d'arrestation ou du lieu de détention.

B. Juridictions spécialisées

Ce sont des juridictions dont la compétence est fonction de la qualité des personnes qui en sont justiciables. Il en est ainsi du tribunal pour enfants, de la Cour de Répression de l'Enrichissement Illicite (CREI), de la Cour des comptes, de la Haute Cour de Justice ou des organes chargés de la justice militaire.

1. Le tribunal pour enfants

Il est institué comme formation spéciale du tribunal de grande instance. Ce sont spécialement les articles 564 à 607 du CPP qui organisent cette juridiction. Le tribunal pour enfants est différent des autres juridictions pénales.

Il ne prononce qu'exceptionnellement des peines et peut être saisi en dehors de toute infraction.

8. Loi n° 84-20 du 3 février 1984 fixant les attributions des tribunaux départementaux en matière correctionnelle, article 2.

L'objet du tribunal est de protéger le mineur contre les dangers venant de son milieu ou de lui-même.

a. L'organisation du tribunal

Le tribunal pour enfants a le même ressort territorial que le tribunal de grande instance auquel il est rattaché. Il se compose d'un magistrat désigné par le président du tribunal de grande instance ; ce magistrat siège seul. Il peut toutefois recourir aux services d'éducateurs spécialisés et d'assistants sociaux qui ont eu connaissance du dossier du mineur.

Auprès du tribunal, l'instruction est assurée par un juge d'instruction près le tribunal de grande instance.

Lorsque le tribunal de grande instance a plusieurs juges d'instruction, l'un d'eux est spécialisé dans les affaires des mineurs. Le ministère public est assuré par un membre du parquet du tribunal de grande instance. Un service social spécialisé peut-être placé à côté du tribunal. Il comprend des assistants sociaux, des enquêteurs et des éducateurs spécialisés.

b. La compétence du tribunal

aa. La compétence d'attribution

Le tribunal se prononce sur les crimes et délits commis par les mineurs de moins de dix-huit (18) ans.

En dehors de toute infraction, le tribunal est également compétent pour prendre des mesures de sauvegarde, lorsque le mineur est en danger moral ou physique c'est-à-dire lorsque sa santé, sa sécurité, sa moralité ou son éducation se trouve compromises.

bb. La compétence territoriale

La compétence est attribuée au tribunal pour enfants du lieu de commission de l'infraction, à celui du lieu de résidence du mineur ou à celui du domicile de ses parents. Le tribunal du lieu de placement du mineur est également compétent.

2. *Le tribunal du travail*

Ce sont les articles 229 à 264 du Code du travail qui fixent l'organisation et la compétence du tribunal du travail.

a. L'organisation

Le tribunal se compose d'un président et de plusieurs magistrats. À l'audience aux côtés du président, siègent deux assesseurs employés et deux assesseurs employeurs. Les assesseurs sont désignés pour chaque affaire par le président du travail sur des listes établies par arrêté du ministre du travail sur présentation des organisations syndicales et patronales les plus représentatives.

Les assesseurs et leurs suppléants sont nommés pour trois (3) ans. Leur mandat est cependant renouvelable. Les fonctions d'assesseurs sont gratuites mais elles peuvent donner lieu à des indemnités dont le montant ne peut être inférieur pour les travailleurs à celui des salaires perçus. Il n'y a pas de parquet auprès du tribunal du travail. Les fonctions de greffier sont assurées par un secrétaire du tribunal du travail désigné par arrêté du ministère de la justice.

Chaque tribunal du travail comporte une formation de référé, commune à toutes les éventuelles sections. La formation de référé est composée du président du tribunal et d'un greffier.

b. La compétence du tribunal du travail

aa. La compétence territoriale

Le tribunal du travail a une compétence qui s'étend à l'ensemble de la région.

bb. La compétence d'attribution

Le tribunal connaît des conflits individuels qui peuvent s'élever entre les travailleurs et leurs employeurs à l'occasion des relations de travail (condition de travail, salaires, licenciement abusifs).

La compétence du travail s'étend également au contentieux des accidents du travail et à celui des institutions de sécurité sociale (exemple : régime des retraités). Cette compétence concerne les travailleurs du secteur privé mais aussi tous les agents de l'État et des collectivités publiques, autres que les fonctionnaires titulaires, les militaires, les agents de police ou les personnels titulaires des universités.

On remarque que la compétence du tribunal ne s'étend pas aux conflits collectifs opposant l'ensemble des travailleurs à l'ensemble des employeurs, exemple : la grève.

c. La décision du tribunal

Les décisions du tribunal sont rendues en premier et dernier ressort lorsque le taux du litige est inférieur ou égale à dix fois le montant du salaire minimum garanti et en premier ressort lorsque la demande excède cette somme.

Le jugement rendu en premier ressort est susceptible d'appel devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle se situe le tribunal. Par contre, le jugement rendu en dernier ressort n'est susceptible que du pourvoi en cassation devant la Cour suprême.

3. *La Cour de Répression de l'Enrichissement Illicite*

Cette juridiction a été créée au début des années 80 à la suite du constat que les agents des administrations publiques étaient souvent à l'origine de faits visant à leur procurer un enrichissement sans aucun rapport avec leurs revenus légaux, malgré les efforts réalisés par l'État dans la lutte contre la corruption et le détournement de deniers publics.

a. La création et l'organisation de la CREI

La nécessité de combattre ces faits a conduit à les ériger en infraction spécifique, distincte de la corruption et du détournement de deniers publics.

La loi n° 81-53 du 10 juillet 1981 relative à la répression de l'enrichissement illicite, a introduit dans le Code pénal cette nouvelle infraction dont la répression est confiée à une juridiction spéciale, la CREI.

La Cour de Répression de l'Enrichissement Illicite est créée en 1981 par la loi n° 81-54 du 10 juillet 1981. Elle siège à Dakar et a compétence sur tout le territoire national (compétence territoriale).

Elle est composée d'un Président assisté de quatre assesseurs. La Cour comporte également un procureur spécial assisté d'un substitut. Elle comprend aussi une commission d'instruction ayant un président et trois juges tous nommés par décret parmi les magistrats des cours et tribunaux.

b. La compétence de la CREI

La Cour connaît du délit d'enrichissement illicite ainsi que des infractions qui lui sont connexes (la corruption, le recel).

Le délit d'enrichissement illicite est le fait pour une personne investie d'un mandat, d'une fonction publique ou œuvrant dans un groupement bénéficiant d'un statut public, d'une reconnaissance de l'autorité publique ou de concours financiers de la puissance publique, d'être dans l'impossibilité de justifier l'origine licite des ressources qui lui permettent d'être en possession d'un patrimoine ou de mener un train de vie sans rapport avec ses revenus légaux après avoir reçu une mise en demeure du procureur spécial.

La mise en demeure est l'acte par lequel il est demandé à la personne suspecte de se justifier dans un délai d'un mois et au-delà duquel le procureur spécial saisit la Commission d'instruction.

La CREI est saisie par un arrêt de renvoi de la Commission d'instruction, composée d'un président et de trois juges, elle-même saisie, pour instruction du dossier, par le procureur spécial dont les pouvoirs sont comparables à ceux du procureur de la République, mais limités au délit d'enrichissement illicite et aux délits connexes.

Les décisions de la Cour sont des arrêts rendus en premier et dernier ressort, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être contestés que par la voie du pourvoi en cassation à l'initiative de la personne condamnée ou du procureur spécial.

4. *La Haute Cour de Justice*

La Haute Cour de Justice est une juridiction à composition échevinale. Elle comporte en effet des deux catégories de juges : des juges qui sont des magistrats professionnels et des juges qui sont des parlementaires élus par l'Assemblée nationale.

a. L'organisation et la composition de la Haute Cour de Justice

La Cour est présidée par le Premier Président de la Cour suprême avec, comme président suppléant, le Président de la chambre pénale de la Cour suprême un président suppléant. Elle comporte 8 juges titulaires et autant de juges suppléants qui sont tous des parlementaires élus par l'Assemblée Nationale après chaque renouvellement de leurs membres. Elle comprend aussi un parquet et une Commission d'instruction.

Le parquet regroupe des magistrats exerçant les fonctions du ministère public. Il est représenté par le procureur général près la Cour suprême qui peut être suppléé par le premier avocat général près ladite Cour.

La Commission d'instruction est composée d'un président (le Premier Président de la Cour d'appel de Dakar, suppléé par le Président de la chambre d'accusation) et de quatre membres titulaires et autant de suppléants désignés parmi les magistrats du siège de la cour d'appel.

b. Les compétences de la Haute Cour de Justice

La compétence de la Haute Cour de Justice se limite à juger les personnalités politiques ayant commis des infractions en relation avec leurs fonctions.

En effet la Haute Cour de Justice est compétente pour juger le Président de la République en cas de haute trahison (seul crime pour lequel le président peut être mis en accusation par le parlement), le Premier ministre et les autres membres du gouvernement coupables de crime ou de délit dans l'exercice de leur fonction ou de complot contre la sûreté de l'État ainsi que leurs complices⁹.

Les arrêts de la Haute Cour de Justice ne sont susceptibles d'aucun recours, pas même du pourvoi en cassation.

5. La Cour des comptes

La Cour des comptes est créée par la révision Constitutionnelle de 1999¹⁰.

L'organisation et le fonctionnement de la Cour des comptes sont fixés par les articles 5 et s. de la loi organique. Elle est composée du premier président, des présidents de chambres, de conseillers maîtres, de conseillers référendaires et de conseillers. Le ministère public est représenté par le Procureur général assisté d'un premier avocat général et d'avocats généraux.

La Cour comprend quatre formations : l'audience plénière solennelle, les chambres réunies, les chambres de disciplines financières et les autres chambres.

La Cour est juge des comptes de comptables publics. Est comptable public tout fonctionnaire ou agent ayant qualité pour exécuter au nom

9. Uniquement dans ce dernier cas.

10. Réalisée par loi n° 99-02 du 29 janvier 1999 à l'origine de l'actuel article 6, appliquée par la loi organique n° 99-70 du 17 février 1999 modifiée par la loi organique n° 2012-23 du 27 décembre 2012 ainsi que le décret n° 99-499 du 8 juin 1999 modifié par le décret n° 2013-1449 du 13 novembre 2013.

d'un organisme public des opérations de recettes ou de dépenses. Elle juge également les comptes des comptables de fait et assiste par ailleurs le président de la république, le gouvernement et le parlement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances.

Ainsi, par son action permanente, la cour contribue à la sauvegarde du patrimoine public, à la transparence de la gestion des finances publiques et à l'évaluation des politiques et programmes publics.

Les délibérations de la Cour sont exprimées sous forme d'arrêts rendus en premier et dernier ressort et qui ne peuvent faire l'objet que d'un pourvoi en cassation devant la Cour suprême. Elles peuvent aussi consister en des communications aux intéressés, aux pouvoirs publics ou aux autorités administratives.

6. *La justice militaire*

La justice militaire est instituée par la loi relative au Code de justice militaire¹¹. Elle ne connaît que des infractions commises par les personnels militaires et paramilitaires. Elle a une organisation assez spécifique qui ne renvoie pas à une juridiction particulière.

a. L'organisation de la justice militaire

La justice militaire est rendue par les juridictions de Dakar : Cour d'appel, tribunal de grande instance et Cour d'assises¹². Ces juridictions prennent la dénomination de juridictions ordinaires à formation spéciale, avec une composition échevinale, qui repose sur le principe de l'échevinage.

Le tribunal de grande instance siégeant en matière militaire est en effet complété par deux assesseurs militaires, ayant au moins le même grade que la personne poursuivie. La Cour d'appel est compétente pour juger les officiers supérieurs et les officiers généraux. Cette juridiction est à cet effet composée de trois magistrats et de deux assesseurs militaires.

11. Il s'agit de la loi n° 94-44 du 27 mai 1994 portant Code de justice militaire, JO n° 5602 du 15 octobre 1994, p. 451.

12. La Cour d'assises militaire n'a pas été supprimée. L'article 8 du Code de justice militaire dispose ainsi qu' « *En matière de crime, la Cour d'Assises de Dakar est compétente* ».

La Cour d'assises militaire comprend la cour proprement dite, c'est-à-dire trois magistrats et le jury militaire composé de quatre militaires.

b. Les compétences des organes de justice militaire

Les juridictions chargées de la justice militaire connaissent des infractions d'ordre militaire et des infractions de droit commun. Les infractions d'ordre militaire sont inconcevables en dehors de la vie militaire. Il s'agit de l'insoumission, de la désertion, du complot militaire et de façon générale des infractions contre l'honneur ou le devoir militaire. Les infractions de droit commun ne diffèrent en rien de celles qui sont réalisées par de simples particuliers. Il s'agit de crimes, de délits et de contraventions de toute nature.

En matière de contravention et de délit, le tribunal de grande instance est compétent pour le jugement des hommes de troupe, sous-officiers et officiers jusqu'au grade de capitaine inclusivement ainsi que pour le jugement des personnels des corps paramilitaires de grade correspondant. Pour le jugement des officiers supérieurs, et des officiers généraux, la Cour d'appel de Dakar est compétente.

En matière criminelle, la Cour d'assises de Dakar est compétente. Elle se compose de quatre jurés militaires d'un garde au moins égal à celui de l'accusé et, dans ce cas, ils doivent avoir une ancienneté supérieure. Les jurés appartiennent à la même arme ou au même service que l'accusé.

Les juridictions ordinaires à formation spéciale statuent en premier et dernier ressort. Les décisions qu'elles rendent ne sont pas susceptibles d'appel. Elles ne peuvent faire l'objet que du pourvoi en cassation devant la cour suprême.

Il faut rappeler qu'en plus des organes juridictionnels, le jugement des affaires peut être confié à certains organes administratifs qui prennent ainsi la dénomination d'organes administratifs à caractère juridictionnel. Tel est le cas des ordres professionnels (ordre des avocats, des médecins, autorité administrative indépendantes etc.).

Paragraphe 2 : Les juridictions d'appel ou du second degré

Ce sont les juridictions qui sont chargées de statuer sur les affaires jugées en premier ressort par les juridictions de première instance. Il s'agit principalement des Cours d'appel. Mais, les tribunaux de grande

instance statuent également comme juges d'appel des décisions des tribunaux d'instance.

A. Le tribunal de grande instance

En matière civile, le tribunal connaît en appel des décisions rendues en premier ressort par le tribunal d'instance. Il connaît également de l'appel contre les jugements du tribunal de police.

B. Les Cours d'appel

La juridiction d'appel par excellence est la Cour d'appel. Il convient cependant de rappeler que les tribunaux de grande instance sont juges d'appel des décisions rendues par les tribunaux d'instance, sauf dans les cas où la loi en dispose autrement.

Les Cours d'appel n'ont jamais changé de dénomination. Leur organisation et leurs compétences ont cependant évolué pour tenir compte des réformes judiciaires qui ont été adoptées.

1. L'organisation et le ressort des Cours d'appel

L'organisation des cours d'appel, comme leur composition, sont fixées par le décret n° 2015-1145 du 3 aout 2015¹³.

a. L'organisation des Cours d'appel

Il résulte de l'article 24 du décret fixant la composition et la compétence des cours d'appel, des tribunaux de grande instance et des tribunaux d'instance que cinq cours d'appels sont instituées. Il s'agit des cours d'appels de Dakar, de Saint-Louis, de Kaolack, de Ziguinchor, de Thiès et de Tambacounda. Ces cours ont leur siège à la ville du même nom.

Chaque Cour d'appel est présidée par un premier président avec un secrétaire général dont les fonctions consistent notamment à pourvoir à l'administration de la juridiction. Elles sont organisées en chambres comprenant chacune un président et des conseillers.

De manière générale, les cours d'appel comprennent une chambre civile et commerciale, une chambre pénale, une chambre d'accusation,

13. JO n° 6869 du 18 aout 2015, p. 797.

une chambre administrative et une chambre criminelle. Les chambres siègent obligatoirement en formation collégiale et en nombre impair¹⁴.

Le parquet est représenté, au niveau des cours d'appel, par le Procureur général à qui sont confiées les fonctions de ministère public. Le procureur général est assisté de substituts généraux et d'avocats généraux qui participent, sous son autorité, à l'exercice de ces fonctions.

b. Le ressort des Cours d'appel

Si la composition des cours d'appel est relativement la même quelle que soit la juridiction considérée, il en est autrement en ce qui concerne le ressort¹⁵. Celui-ci dépend de chaque Cour d'appel. Il importe dès lors de déterminer le ressort des différentes cours d'appel instituées. Chaque Cour d'appel a son siège établi dans la ville dont elle porte le nom. C'est à partir de cette localité que le ressort de la Cour est déterminé.

La détermination du ressort est également faite sur la base des tribunaux de grande instance qui sont couverts par la Cour d'appel. Il en résulte une sorte de territoire judiciaire dans la mesure où celui-ci regroupe toutes les juridictions statuant sur le fond des affaires sous le couvert de la Cour d'appel considérée¹⁶.

Ainsi la Cour d'appel de Dakar ayant son siège établi à Dakar, son ressort s'étend aux tribunaux de grande instance de Dakar, Pikine-Guédiawaye et Rufisque.

Le ressort de la Cour d'appel de Saint-Louis, dont le siège est dans cette ville, s'étend aux tribunaux de grande instance de Saint-Louis, Matam et Louga.

Le ressort de la Cour d'appel de Kaolack s'étend aux tribunaux de grande instance de Kaolack, Fatick et Kaffrine. Cette cour a son siège établi à Kaolack. Il en est de même pour la Cour d'appel de Ziguinchor dont le siège est établi à Ziguinchor. Mais le ressort de cette Cour d'appel s'étend aux tribunaux de grande instance de Ziguinchor, Kolda et Sédhiou.

Pour la Cour d'appel de Thiès a son siège établi à Thiès. Son ressort s'étend aux tribunaux de grande instance de Thiès, Diourbel, Mbour, Mbacké et Tivaouane.

14. Article du décret n° 2015-1145 du 03 août 2015.

15. Le ressort des Cours d'appel est fixé par les articles 24 du décret n° 2015-1145 du 03 août 2015.

16. Il devrait s'en suivre la création de barreaux près des différentes Cours d'appel.

La Cour d'appel de Tambacounda son siège est établi à Tambacounda. Elle couvre comme dans son ressort les tribunaux de grande instance de Tambacounda et Kédougou.

2. Les compétences des Cours d'appel

Les juges d'appels sont juges du second degré. Ils n'interviennent dès lors que pour examiner une seconde fois les affaires jugées en première instance par les juges du premier degré. Il résulte ainsi de l'article 26 du décret n° 2015-1145 que les cours d'appels connaissent de l'appel des jugements rendus en premier ressort par les tribunaux de grande instance en matière civile, commerciale, correctionnelle, administrative et fiscale.

Elles connaissent également de l'appel des jugements des tribunaux de grande instance statuant en matière criminelle et en premier ressort. En matière sociale, les cours d'appels sont compétentes pour statuer sur l'appel des jugements rendus en premier ressort par les tribunaux du travail. Elles connaissent enfin de l'appel des jugements rendus par les tribunaux d'instance dans les affaires correctionnelles réservées à leur compétence et sur l'action civile ou directe engagée conjointement à l'action publique dans lesdites affaires.

Les cours d'appels ont par ailleurs compétence pour statuer, non pas en tant que juge d'appel, mais en première instance et en premier ressort, sur le contentieux électoral.

Les arrêts rendus en toutes matières par les cours d'appels peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant la Cour suprême.

SECTION 2 : LES JURIDICTIONS SUPRÊMES

Le caractère suprême de ces juridictions s'apprécie par rapport à l'autorité de leur décision. Ce sont en effet des juridictions dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours devant une autre juridiction.

À ce titre, il est possible d'envisager, comme juridiction suprême, la cour suprême, le Conseil constitutionnel et la Haute Cour de Justice dont l'étude a déjà été envisagée en raison de la qualité des personnes relevant de sa compétence. Dès lors, la Cour suprême et le Conseil constitutionnel feront l'objet d'une présentation.

Paragraphe 1 : La Cour suprême

La Cour suprême est instituée par la loi organique n° 2017-09 du 17 janvier 2017 abrogeant et remplaçant la loi n° 2008-35 du 8 août 2008 sur la Cour suprême¹⁷. Cette loi fixe l'organisation, le fonctionnement et les compétences de la Cour suprême. L'article premier de la loi n° 2017-09 du 17 janvier 2017 abrogeant et remplaçant la loi n° 2008-35 du 8 août 2008 sur la Cour suprême dispose que « *la cour suprême se prononce sur les pourvois en cassation dirigés contre les jugements rendus en dernier ressort par toutes les juridictions* ».

Il importe cependant de réserver les matières qui relèvent de la compétence d'attribution d'une autre juridiction. Tel est le cas de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), instituée par le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, appelé Traité OHADA. L'article 14 de ce Traité stipule que : « *La cour commune de justice et d'arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du traité ainsi que des règlements pris pour son application, des Actes uniformes et des décisions* ».

En vertu de cet article, seule la Cour commune de justice et d'arbitrage, saisie par la voie du recours en cassation, est habilitée à se prononcer sur les décisions rendues par les juridictions d'appels ainsi que celles, non susceptibles d'appels, rendues par toute juridiction des États parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des règlements. Il est dès lors admis que l'incompétence de la Cour suprême puisse être soulevée lorsqu'il s'agit d'un contentieux relevant de la compétence d'attribution de la CCJA.

Il est indispensable de noter que l'incompétence de la Cour suprême devra être soulevée, avant toute défense au fond, si l'on veut après saisir la CCJA. C'est en effet seulement dans cette mesure que la décision éventuelle de la Cour suprême pourra être annulée si la CCJA estime que celle-ci a outrepassé ses compétences.

A. L'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême

L'organisation de la Cour suprême doit être distinguée en tenant compte de son organisation juridictionnelle d'une part et d'autre part de son organisation administrative.

17. JO n° 6986 du mercredi 18 janvier 2017.

1. L'organisation juridictionnelle

Il s'agit de la composition et des différentes formations de la Cour suprême. L'article 22 de la loi organique 2017-09 du 17 janvier 2017 procède à une énumération qui renseigne sur la composition de la cour.

a. La composition et les chambres

Selon ce texte, la cour est composée :

- Du Premier président ;
- Des présidents de chambre ;
- Du directeur du service de documentation et d'études ayant rang de président de chambre ;
- Des conseillers ;
- Des conseillers délégués ou référendaires ;
- Du Procureur général ;
- Du premier avocat général ;
- Des avocats généraux délégués ;
- Des conseillers délégués ou référendaires et des avocats généraux délégués peuvent être affectés au service de la cour.

Les magistrats affectés au siège de la cour sont répartis entre les quatre chambres (qui peuvent en au besoin être divisées en sections) qui la composent à savoir :

- La chambre criminelle, qui connaît des pourvois en cassation, en matière pénale ;
- La chambre civile et commerciale, qui connaît des pourvois en cassation, en matière civile et commerciale ;
- La chambre sociale, qui connaît des pourvois en cassation, en matière sociale ;
- La chambre administrative, qui connaît des pourvois en cassation en matière administrative, de l'excès de pouvoir des autorités exécutives, de la légalité des actes des collectivités locales, du contentieux des inscriptions sur les listes électorales et en général du contentieux dévolu à la Cour suprême par le Code électoral.

Le parquet général institué auprès de la Cour est dirigé par un procureur général assisté d'un premier avocat général et des avocats

généraux. Le greffe de la Cour est dirigé par un greffier en chef, administrateur des greffes, qui assure le secrétariat des assemblées.

Les modalités d'organisation et de fonctionnement de la Cour suprême sont précisées par un règlement intérieur.

b. Les chambres réunies

La Cour comprend également une composition intégrant dans une formation unique l'ensemble des présidents de chambre et des conseillers. Il s'agit des chambres réunies qui comprennent, sous la présidence du premier président de la Cour suprême ou, en cas d'absence ou d'empêchement du premier président, sous la présidence du plus ancien président de chambre, les présidents de chambre et les conseillers.

Les chambres réunies connaissent des requêtes en rabat d'arrêt et des affaires qui leur sont renvoyées par les chambres conformément à l'article 54 de la loi organique de 2017 relative à la Cour suprême. Elles connaissent aussi des pourvois en cassation contre les décisions de la Cour des comptes. La procédure applicable est celle des recours en cassation devant la Cour suprême.

Outre ses formations contentieuses, la Cour suprême comprend une formation consultative dite assemblée générale consultative. L'Assemblée générale consultative comprend les magistrats visés à l'article 22 de la loi organique. Il s'agit

- Du premier président ;
- Des présidents de chambre ;
- Du directeur du service de documentation et d'études ayant rang de président de chambre ;
- Des conseillers ;
- Des conseillers délégués ou référendaires ;
- Du procureur général ;
- Du premier avocat général ;
- Des avocats généraux ;
- Des avocats généraux délégués.

Elle est présidée par le premier président, ou en cas d'empêchement et, dans l'ordre, par le procureur général, un président de chambre ou le premier avocat général.

Sont, en outre, appelées à siéger à l'Assemblée générale consultative, avec le titre de conseiller en service extraordinaire, des personnalités

qualifiées dans les différents domaines de l'activité nationale, désignées par décret sur proposition du premier président de la Cour, pour une période d'un (1) an qui peut être renouvelée. Le nombre de conseillers en service extraordinaire ne peut excéder vingt.

L'assemblée générale consultative est compétente pour donner un avis motivé sur les projets de loi et de décrets présentés par le gouvernement.

2. L'organisation administrative

Le Premier président de la Cour suprême est chargé de l'administration et de la discipline de la Cour. Il administre les crédits affectés à la cour.

Le premier président dispose d'un cabinet qui l'assiste dans ses tâches d'administration de la Cour et de gestion des activités juridictionnelle et consultative. Le bureau qui est formé sous sa présidence est composé du Procureur général, des présidents de chambre, du premier avocat général et du secrétariat général. La cour dispose d'un service de documentation et d'études ainsi que d'un service de greffe. Le secrétariat général placé sous l'autorité du premier président est composé d'un service du matériel et de la comptabilité, d'un service du personnel et d'un service du courrier.

Il est notamment chargé de constituer la documentation utile à la fonction juridictionnelle de la cour et procède à cette fin, aux recherches juridiques nécessaires au règlement des affaires inscrites au rôle. Il est, par ailleurs, responsable de la préparation et de la publication du bulletin des arrêts, du bulletin d'information, ainsi que des tables analytiques de la cour suprême.

Le service de greffe, placé au cœur du dispositif administratif de la haute juridiction, est chargé entre autres tâches de recevoir et d'enregistrer les recours portés devant la cour ainsi que les pièces de procédures y afférentes.

B. La compétence de la Cour suprême

La Cour suprême exerce, d'une manière générale, deux types de compétences ou fonctions : une fonction consultative à côté de la fonction juridictionnelle classique.

1. *La compétence consultative de la Cour suprême*

La Cour suprême réunie en assemblée générale a des compétences consultatives pour donner son avis :

- Au Président de la République dans tous les cas où sa consultation est prévue par des dispositions législatives ou réglementaires et chaque fois qu'elle est consultée sur les difficultés apparues en matière administrative ;
- Au Président de l'Assemblée nationale les propositions de loi qui lui sont soumises ;
- Au Gouvernement sur les projets de loi et projets de décrets soumis à son examen.

2. *La compétence juridictionnelle de la Cour suprême*

Sous réserve des matières relevant de la compétence d'attribution d'autres juridictions¹⁸, la Cour suprême se prononce sur les pourvois en cassation dirigés contre :

- Les jugements et arrêts rendus en dernier ressort par toutes les juridictions ;
- Les décisions définitives des organismes administratifs à caractère juridictionnel ;
- Les décisions émanant des conseils d'arbitrage des conflits du travail ;
- Les décisions du président du tribunal d'instance relatives au contentieux des inscriptions sur les listes électorales ;
- Les décisions de la Cour des comptes.

La Cour suprême est juge, en premier et dernier ressort, de l'excès de pouvoir des autorités administratives ainsi que de la légalité des actes des collectivités territoriales. Elle est compétente, en appel, dans le contentieux de l'élection des membres des assemblées autres que l'Assemblée nationale.

La Cour suprême, statuant sur les pourvois en cassation, ne statue pas sur le fond des affaires qui lui sont soumises. Son rôle se

18. La compétence de la Cour suprême s'exerce cependant sous réserve, pour l'application du droit communautaire OHADA, des attributions de la CCJA. Cette juridiction communautaire est instituée par les articles 13 et s. du Traité OHADA.

limite à vérifier si la décision attaquée est conforme à la règle de droit. C'est en cela que la Cour suprême est un juge du droit et non du fond.

Lorsqu'elle est saisie, la Cour suprême rend des arrêts de rejet ou de cassation. Par les arrêts de rejet, la Cour décide que le pourvoi est mal fondé. Elle casse la décision des juges du fond lorsqu'elle estime que celle-ci ne respecte pas la règle de droit. La cassation, dit-on, c'est le procès d'un procès.

Il est important de mesurer les compétences de la Cour suprême en tenant compte de celles qui sont attribuées de manière exclusive à la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique. Il résulte de l'article 14 du Traité OHADA que la Cour commune de justice et d'arbitrage est seule compétente pour connaître des pourvois en cassation mettant en jeu l'interprétation et l'application des actes uniformes, du Traité OHADA, des règlements et des décisions adoptées dans le cadre de cette organisation. Selon ce texte en effet,

« Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des États Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au Traité OHADA à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales. Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des États Parties dans les mêmes contentieux.

En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond ».

La Cour suprême se prononce, en outre, sur :

- Les exceptions d'inconstitutionnalité, dans les conditions prévues à l'article 91 de la loi organique ;
- Les demandes en révision ;
- Les demandes de renvoi d'une juridiction à une autre pour cause de suspicion légitime ou de sûreté publique ;
- Les règlements de juges entre juridictions n'ayant au-dessus d'elles aucune juridiction supérieure commune autre que la Cour suprême ;
- Les demandes de prise à partie contre une Cour d'appel, une Cour d'assises ou une juridiction entière ;
- Les contrariétés de jugements ou arrêts rendus en dernier ressort entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens entre différentes juridictions ;

- Les avis de la chambre d'accusation en matière d'extradition ;
- Les poursuites et le jugement des infractions commises par des magistrats ou certains fonctionnaires.

La loi organique institue des commissions juridictionnelles spécialisées pour le traitement de certains contentieux.

Il s'agit de la Commission d'indemnisation des personnes ayant fait l'objet d'une décision de détention provisoire suivie d'une décision définitive de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement¹⁹ et de la Commission chargée de statuer sur les recours des officiers de police judiciaires en cas de retrait ou de suspension d'habilitation²⁰.

Paragraphe 2 : Le Conseil constitutionnel

C'est avec l'adoption de la loi organique n° 92-23 du 30 mai 1992 relative au Conseil constitutionnel, que fut instituée au Sénégal une justice constitutionnelle rendue, par une juridiction spécialisée, exclusivement compétente pour apprécier la conformité des lois et des engagements internationaux à la Constitution.

En vue de réaliser la modernisation du conseil constitutionnel, et devant la nécessité d'actualiser et d'harmoniser les renvois et références de la loi organique à la constitution que cette loi organique de 1992 est abrogée et remplacée par la loi organique n° 2016-23 du 14 juillet 2016.

Cette loi précise l'organisation et les compétences du Conseil constitutionnel.

A. L'organisation du Conseil constitutionnel

L'organisation du Conseil constitutionnel renvoie à sa composition et à son fonctionnement.

Le Conseil constitutionnel comprend sept membres nommés par décret pour six (6) ans non renouvelables, dont un président, un vice-président.

Cependant, contrairement aux magistrats des cours et tribunaux qui sont nommés par le président de la République après avis du Conseil supérieur de la magistrature, la nomination des membres du Conseil constitutionnel ne requiert aucun avis. Ils sont nommés par le

19. V. les articles 107 à 110 de la loi organique relative à la Cour suprême.

20. V. les articles 111 à 113 de la loi organique relative à la Cour suprême.

président de la République, sous la seule réserve du respect des conditions requises. Ainsi ils sont choisis parmi :

- Les anciens Premiers présidents de la Cour suprême ;
- Les procureurs généraux près la Cour suprême ;
- Les présidents de chambre à la Cour suprême, et les premiers avocats généraux près la Cour suprême ;
- Les présidents de Cours d'appel et de procureurs généraux près de la Cour d'appel ;
- Les professeurs titulaires des Facultés de droit ;
- Les inspecteurs généraux d'État,
- Et les avocats.

Ces personnalités visées, à la retraite ou en activité, doivent avoir au moins vingt (20) ans d'ancienneté dans la fonction publique ou dans l'exercice de leur profession. Il ne peut être mis fin aux fonctions des membres du Conseil constitutionnel avant l'expiration de leur mandat que sur leur demande, ou pour incapacité physique, et dans les conditions prévues par la loi organique.

Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec :

- La qualité de membre du Gouvernement, ou d'un cabinet ministériel ;
- L'exercice d'un mandat électif ;
- L'exercice des professions d'avocat, d'officier ministériel, d'auxiliaire de justice et toute activité professionnelle privée. L'exercice de toute autre activité publique doit être autorisé par le Conseil.

Le président du Conseil est chargé de l'administration du Conseil. Il dispose, à cet effet de services spécifiques :

- Un secrétariat dirigé par un greffier en chef nommé par décret ;
- Un service d'études et documentation ;
- Un service administratif et financier.

En cas de besoin, trois magistrats des Cours et Tribunaux peuvent être choisis par le Président pour une durée n'excédant pas trois (3) ans. Il peut aussi proposer la nomination de trois professeurs des facultés de droit ayant une expérience professionnelle d'au moins cinq (5) ans,

pour une durée de deux (2) ans renouvelable. Ces magistrats et enseignants prêtent serment comme les membres du conseil, mais ils ne prennent pas part aux délibérations.

B. Les compétences du Conseil constitutionnel

Les compétences du Conseil constitutionnel sont fixées par les deux premiers articles de la loi organique n° 2016-23 du 14 juillet 2016. Le Conseil constitutionnel se prononce sur :

- La constitutionnalité des lois ;
- La constitutionnalité des règlements intérieurs des assemblées ;
- Le caractère réglementaire des dispositions de forme législative ;
- La recevabilité des propositions de loi et amendements d'origine parlementaire ;
- La constitutionnalité des engagements internationaux ;
- Les exceptions d'inconstitutionnalité soulevées devant la Cour d'appel ou la Cour suprême ;
- Et sur tous les conflits de compétence entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

Par ailleurs, 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 des hauts conseillers 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.

Enfin, en vertu de l'article 51 de la Constitution, le Conseil donne un avis lorsque le président de la République décide de soumettre un projet de loi au référendum. À titre consultatif, le Conseil constitutionnel se prononce sur les questions qui lui sont soumises au président de la République en application de l'article 92 de la Constitution.

SECTION 3 : LES PROCÈS

Les juridictions répressives et les juridictions civiles n'ont pas la même mission. Les premiers sont chargés de statuer sur les poursuites

dirigées contre les auteurs d'infractions à la loi alors que les secondes sont chargées de trancher les conflits entre particuliers autour de leurs droits subjectifs.

En conséquence le procès pénal n'obéit pas aux mêmes règles que le procès civil.

Paragraphe 1 : Le procès civil

On entend par juridiction « civiles » toutes les juridictions ayant vocation à statuer sur les litiges opposant des particuliers en matière civile, commerciale ou sociale. Les procès devant ces juridictions obéissent aux mêmes principes directeurs et les actions intentées devant elles sont également soumises aux mêmes règles, pour l'essentiel.

Il convient d'examiner successivement les règles relatives à l'action et à l'instance devant ces juridictions.

A. L'action en justice

L'action est le droit pour l'auteur d'une prétention d'obtenir une décision sur le fond de celle-ci. Ce droit ne peut exister au profit d'une personne que si certaines conditions sont réunies. Le titulaire de l'action ne peut l'exercer que selon certaines modalités.

1. *L'existence de l'action en justice*

Les conditions exigées pour la reconnaissance d'une action sont nombreuses et variées. Il existe des conditions subjectives qui sont liées à la personne et des conditions objectives qui tiennent à l'objet et aux délais de l'action.

a. Les conditions subjectives

Il s'agit de l'intérêt, de la qualité et de la capacité.

aa. L'intérêt

Aux termes de l'article 1-2 du CPC, « *Tous ceux qui justifient d'un intérêt légitime peuvent, en prenant l'initiative d'une demande, obtenir du juge une décision sur le fond de leur prétention, sous réserve des cas où la loi subordonne le droit d'agir à des conditions spéciales*

ou attribue ce droit aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever une prétention ou pour défendre un intérêt déterminé ».

L'intérêt à agir se définit ainsi comme une « *condition de recevabilité de l'action consistant dans l'avantage que procurerait au demandeur la reconnaissance par le juge du bien-fondé de sa prétention. L'intérêt doit être personnel, direct, né et actuel. Le défaut d'intérêt d'une partie constitue une fin de non-recevoir que le juge peut soulever d'office*²¹ ».

L'intérêt permet d'identifier les demandeurs potentiels et d'écartier ceux qui ont des prétentions fantaisistes. Il n'existe que si la décision à intervenir est de nature à modifier favorablement la situation de la personne qui prend l'initiative de l'action.

L'intérêt doit présenter certains caractères : Il doit être juridique, c'est-à-dire modifier la situation juridique de la personne intéressée et il doit être actuel car un simple intérêt éventuel ne suffit pas.

bb. La qualité

La qualité est le titre qui permet à une personne de figurer dans un procès un tant que demanderesse ou défenderesse.

La qualité se confond souvent avec l'intérêt : tel est le cas chaque fois qu'une personne prétend mettre en œuvre un droit qui lui appartient. Il n'en serait autrement que de la loi faisait un tri entre toutes les personnes intéressées et donnait le droit d'action à certaines d'entre elles seulement. Ainsi seuls les époux peuvent agir en justice pour intenter une action en divorce.

La qualité peut être autonome par rapport à l'intérêt. Il en est ainsi chaque fois qu'une personne prétend mettre en œuvre un droit qui ne lui appartient pas. Dans cette hypothèse l'action n'est recevable que si la personne justifie d'une habilitation délivrée par le législateur.

cc. La capacité

La capacité peut être définie comme une aptitude juridique permettant à son bénéficiaire d'agir. On peut distinguer la capacité de jouissance et la capacité d'exercice. La capacité de jouissance peut être définie comme l'aptitude à être sujet de droit.

21. S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., v° Intérêt à agir.

Le problème de la capacité de jouissance ne se pose pas à l'égard des personnes physiques. Il ne se pose que pour les groupements de personnes. Ces groupements n'ont la capacité de jouissance que s'ils sont dotés de la personnalité morale. Il en est ainsi par exemple des sociétés commerciales immatriculées au registre du commerce et du crédit mobilier ou des associations déclarées.

L'action en justice n'existe au profit de l'intéressé que s'il a la capacité de jouissance. Un groupement non doté de la personnalité morale ne peut pas agir en justice ; par exemple une association non déclarée.

La capacité d'exercice est l'aptitude à exercer par soi-même des droits dont on est titulaire. Elle n'est pas une condition d'existence de l'action mais une condition d'exercice de l'action. En effet une personne frappée d'une incapacité d'exercice peut être titulaire de l'action mais elle ne peut pas l'exercer elle-même. Elle doit de faire représenter ou se faire représenter ou se faire assister en justice.

Les personnes physiques qui n'ont pas la capacité d'exercice sont les mineurs, les majeurs placés sous protection de justice, les majeurs en curatelle et les majeurs en tutelle.

b. Les conditions objectives

Elles sont relatives à l'objet et aux délais de l'action.

aa. L'objet

L'objet de l'action ne doit pas être contraire aux bonnes mœurs. L'objet ne doit pas avoir été jugé. Si l'objet a déjà été jugé, il y aura autorité de la chose jugée ; ce qui interdit, de revenir devant la même juridiction ou devant une autre juridiction du même ordre pour lui soumettre le même litige.

bb. Les délais

Les justiciables ont toujours un délai pour exercer leur action. À l'expiration de ce délai, ils ne pourront plus agir ; on dit qu'il y a prescription. Être dans les délais pour saisir le juge apparaît ainsi comme une condition d'existence de l'action.

2. La mise en œuvre de l'action

Tout individu impliqué dans un lien d'instance exerce l'action. Lorsqu'il prend l'initiative du procès il introduit une demande. En revanche lorsque l'action est dirigée contre lui, il oppose un moyen de défense.

a. Les demandes

Il existe plusieurs types de demandes :

- La demande introductive d'instance est l'acte par lequel on saisit pour la première fois le juge.
- La demande additionnelle est celle par laquelle le défendeur modifie ses prétentions initiales
- La demande reconventionnelle est celle par laquelle le défendeur, non content de conclure au rejet des prétentions de l'adversaire, cherche à obtenir la condamnation du demandeur.
- La demande en intervention est celle qui a pour objet de faire intervenir un tiers dans un procès déjà initié. Lorsque le tiers intervient dans le procès de son propre gré on parle d'intervention volontaire ; lorsque le tiers est impliqué dans le procès malgré lui, on parle d'intervention forcée.

b. Les défenses

Lorsqu'une demande est dirigée contre une personne, celle-ci peut avoir plusieurs attitudes possibles.

Elle peut tout d'abord refuser tout débat sur le fond en se bornant à critiquer la manière dont le procès est engagé. On dit qu'elle oppose une exception de procédure. Celle-ci doit être soulevée eu début du procès.

Elle peut ensuite faire valoir que l'action n'existe pas au profit du demandeur parce que l'une des conditions fait défaut (défaut d'intérêt, défaut de qualité, autorité de la chose jugée, non-respect de délai). On dit dans ce cas qu'elle oppose une fin de non-recevoir. Il existe deux types de fin de non-recevoir : Les fins de non-recevoir formelles qui doivent être soulevées au seuil du procès et les fins de non-recevoir liées au fond qui peuvent être soulevées à tout moment.

Elle peut enfin s'attaquer au fond en faisant valoir que le droit allégué le demandeur n'existe pas. Dans ce cas on dit qu'elle oppose

une défense au fond. Ce moyen de défense peut être soulevé à tout moment.

B. L'instance

Il existe un certain nombre de principes qui régissent le procès civil. On les appelle principes directeurs du procès civil.

1. Les principes directeurs du procès

Les principes directeurs du procès sont un ensemble de règles fondamentales communes à toutes les instances civiles qui concourent au respect des garanties fondamentales d'une bonne justice. Ils sont de trois ordres ; il y a les principes qui gouvernent la marche de l'instance, les principes qui concernent la délimitation de la matière litigieuse et le principe du contradictoire.

a. La marche de l'instance

Le procès civil relève du système accusatoire. Les parties ont la direction du procès et prennent l'initiative de l'instance. Sauf exception, les parties sont chargées d'introduire l'instance et ont la liberté d'y mettre fin avant le prononcé d'un jugement.

Les parties conduisent l'instance en accomplissant les actes de procédure dans les formes et délais requis. Elles ont un rôle important à jouer en ce qui concerne la recherche et la production des éléments de preuve.

b. La délimitation de la matière litigieuse

Les parties sont maîtresses dans la délimitation du périmètre contentieux. Elles fixent le cadre du procès par leurs conclusions respectives. C'est qu'on appelle le principe dispositif en application duquel le juge ne peut pas modifier le cadre du procès tel qu'il est fixé par les parties.

Il ne peut pas octroyer plus que ce qui lui a été demandé. Il ne peut pas statuer sur une question qui ne lui a pas été soumise²². Il doit statuer sur toutes les questions qui lui ont été soumises.

22. Voir Articles 1 à 4 du CPC.

Ce principe dispositif est accompagné d'un autre principe appelé principe de l'immutabilité du litige qui signifie qu'une fois le cadre du procès fixé on ne peut plus le modifier. C'est ce qui explique que les demandes nouvelles sont interdites aussi bien en première instance qu'en appel, sauf si celles-ci se rattachent à la demande initiale par un lien suffisant²³.

c. Le principe du contradictoire

Il signifie que nul ne peut être jugé sans être en mesure de présenter ses moyens de défense. Le principe du contradictoire garantit aux parties qu'elles ne seront pas jugées sans avoir été sinon entendues, du moins appelées. La personne qui n'a pas eu connaissance de l'instance menée à son encontre possède certaines garanties, tant du point de vue des voies de recours qui lui sont ouvertes que de l'exécution de la décision.

Le principe du contradictoire garantit à chaque partie le droit d'être informée des arguments de fait, de droit et de preuve à partir desquels elle sera jugée. Les différents intervenants du procès doivent donc se montrer loyaux et diligents dans la communication de leurs pièces et conclusions. Tout élément produit en justice devant pouvoir faire l'objet d'un débat, il doit en conséquence être communiqué à l'adversaire.

Le juge lui-même est tenu de respecter le principe du contradictoire. Il ne peut, par exemple, soulever d'office un argument de droit, sans avoir au préalable mis les parties en mesure de s'expliquer sur ce point, sous peine de ne pouvoir l'utiliser dans sa décision.

Ce principe est consacré à l'article 7 de la Charte africaine.

2. *Le formalisme de l'instance*

Le formalisme se manifeste par l'exigence d'un certain nombre de conditions pour l'accomplissement des actes de procédure ; si ces conditions ne sont pas réunies, la nullité est prononcée.

a. Les conditions de validité des actes de procédure

Elles tiennent les unes à la forme de ces actes, les autres au temps pour les accomplir.

23. *Ibid.*

aa. La forme des actes

La procédure civile est encore essentiellement écrite. Le législateur a minutieusement réglementé la rédaction des actes de procédure. Les mentions que doivent comporter les actes sont déterminés au cas par cas, mais celles que l'on retrouve le plus souvent sont les suivantes :

- Date de l'acte ;
- Identification de l'auteur de l'acte ;
- Sa signature ;
- Désignation du destinataire.

La plupart des actes de procédures sont faites par des huissiers. On les appelle « exploits ». Les actes de procédure doivent être portés à la connaissance de leur destinataire. Le procédé par lequel l'acte est porté à la connaissance de l'intéressé est dénommé « notification ». Lorsque la notification est faite par un huissier on parle de signification. Il y a une règle de principe en matière de signification ; elle veut que la signification soit faite à personne ; cela signifie que l'acte doit être remis en mains propres au destinataire.

C'est seulement si cette remise à l'intéressé est impossible, qu'on procède à la signification à domicile (remise d'une copie à une personne trouvée sur place) ou à voisin (remise de l'acte à un voisin qui accepte). Si personne ne peut ou ne veut recevoir la copie, l'huissier la remet en mairie (signification à mairie).

bb. Le délai d'accomplissement des actes

Il existe deux types de délais correspondant à deux objectifs précis : Il s'agit, d'une part, d'obliger le plaideur à agir rapidement afin de ne pas laisser l'adversaire trop longtemps dans l'incertitude (exemple délai d'exercice des voies de recours. D'autre part, il s'agit de permettre au plaideur de disposer d'un temps suffisamment long pour organiser utilement sa défense. Certains délais ont un caractère immuable ; tel est généralement le cas des délais d'exercice des voies de recours. D'autres peuvent être modifiés : c'est le cas des délais d'ajournement.

La modification peut être faite dans le sens d'une augmentation. Ainsi le délai accordé au défendeur pour comparaître varie selon qu'il est plus ou moins éloigné de la juridiction compétente :

- Il est de 5 jours si le défendeur est domicilié au lieu où siège le tribunal ;
- 10 jours s'il est domicilié dans le ressort de ce tribunal ;
- 15 jours s'il est domicilié dans un ressort limitrophe ;
- 30 jours s'il est domicilié dans les autres parties de la République ;
- 2 mois s'il est domicilié en Europe, en Afrique, à Madagascar et à la Réunion
- 3 mois s'il est domicilié en Amérique ;
- 4 mois s'il est domicilié dans d'autres pays.

La modification peut aussi se faire dans le sens de la réduction. En effet le Président du tribunal peut, en cas d'urgence, autoriser à assigner à bref délai. Les délais sont francs. Le jour de la notification ou de la remise de l'acte ainsi que le jour de l'échéance ne sont pas compris dans le délai fixé. Cela veut dire que la formalité peut être accomplie le lendemain du jour de l'expiration du délai. Lorsque le dernier jour du délai est un jour férié ou un samedi, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

b. Sanctions de l'inobservation des conditions de validité

La sanction normale de l'accomplissement irrégulier ou de l'omission d'un acte est la nullité. Toutefois la nullité n'est pas automatique. Le législateur subordonne en effet le prononcé de la nullité à un certain nombre de conditions. Il résulte de l'article 826 du CPC qu'un acte ne peut être déclaré nul que si la nullité est et si l'inobservation d'une telle formalité a causé un grief à l'intéressé.

Toutefois précise ce texte, le juge peut toujours prononcer la nullité, même si ces conditions ne sont pas réunies, lorsqu'il y a omission d'une formalité substantielle. La formalité substantielle est celle qui permet à l'acte d'atteindre son objet. A côté de la nullité, il existe une autre sanction : c'est la responsabilité civile de l'huissier qui a accompli l'acte.

3. *Les étapes du procès*

a. L'introduction de l'instance

aa. Devant le tribunal d'instance

Les instances sont introduites par :

- Requête écrite signée du demandeur ou de son mandataire ;
- Comparution du demandeur accompagnée d'une déclaration dont le procès-verbal est dressé par le juge ;
- Assignation à comparaître.

bb. Devant le tribunal de grande instance

Les procès devant le tribunal de grande instance sont introduits par assignation sauf s'il y a comparution volontaire des parties. Dans certains cas (actions intéressant l'état des personnes et actions intéressant les droits sur les meubles) les instances peuvent être introduites par une déclaration au greffe ; les parties sont alors convoquées par lettre recommandée du greffier avec accusé de réception. Les délais d'ajournement doivent là aussi être respectés.

Il y a des affaires dont seul le président du tribunal de grande instance ou le juge qui le remplace peut-être saisi. Le président rend lors soit une ordonnance de référé soit une ordonnance sur requête.

L'ordonnance de référé qui est rendue lorsqu'il y a urgence ou difficulté d'exécution d'un jugement ou d'un titre exécutoire est contradictoire alors que l'ordonnance sur requête intervient dans les cas où la présence des adversaires n'est pas nécessaire.

cc. Devant le tribunal du travail

La saisine du tribunal se fait, après l'échec total ou partiel de la tentative de conciliation devant l'inspecteur du travail, par déclaration écrite faite au secrétaire du tribunal du travail.

Dans les cinq (5) jours qui suivent la réception de la déclaration le président du tribunal du travail cite les parties à comparaître devant lui en conciliation. C'est seulement en cas d'échec de la tentative de conciliation que s'ouvre la phase contentieuse.

b. Le jugement

aa. Classification des jugements

On peut retenir deux classifications fondamentales :

Il y a une classification fondée sur un critère tiré de la nature de la question tranchée ; cette classification permet de distinguer les jugements avant dire droit et les jugements définitifs. Les jugements avant dire

droit sont ceux qui sont rendus avant que le juge ne se prononce sur le fond. Il existe deux types de jugement avant dire droit : Les jugements provisoires qui permettent au juge de prendre une mesure urgente en attendant de se prononcer sur le fond (par ex. en attendant de se prononcer sur le divorce le juge se prononce sur la garde des enfants) et les jugements relatifs à l'instruction qui permettent au juge d'ordonner une mesure de nature à lui permettre d'avoir plus d'informations sur le litige. Les jugements définitifs sont ceux par lesquels le juge tranche le litige.

Il existe une autre classification fondée sur un critère tiré du comportement de l'un des plaideurs. Cette classification permet de distinguer les jugements contradictoires et les jugements par défaut. Les jugements sont contradictoires lorsque les parties ont été présentes ou représentées parce qu'elles ont comparu en personne ou par mandataire. Il y a jugement par défaut en cas d'absence de comparution de l'une des parties. Le défaut de comparution ne s'oppose pas à ce qu'un jugement soit rendu sur le fond. Le juge examine la demande et y fait droit s'in estime qu'elle est fondée. Les jugements par défaut sont susceptibles d'opposition.

bb. L'élaboration et le prononcé des jugements

Ce sont les juges devant lesquels l'affaire a été débattre qui doivent en délibérer. Le nombre des juges varie selon les juridictions :

- Devant le tribunal départemental c'est un seul juge ;
- Devant le tribunal régional c'est un collège de trois (3) magistrats ;
- Devant le tribunal du travail u juge assisté de deux (2) assesseurs.

Le jugement est rendu en audience publique ; il n'est dérogé à cette règle que dans des cas exceptionnels.

cc. L'exécution du jugement

Lorsque le jugement est rendu on peut le faire exécuter au besoin en faisant appel à un huissier de justice. Seuls échappent à l'exécution forcée l'État, les collectivités publiques et les établissements publics et certains organismes diplomatiques bénéficiant de l'immunité d'exécution.

Toutefois le jugement n'est pas immédiatement exécutoire. En effet le délai pour faire appel et l'appel interjeté dans le délai suspendent

l'exécution du jugement. Il n'en serait autrement que si le juge avait ordonné l'exécution provisoire.

Celle-ci peut être subordonnée au versement d'une caution par le plaideur qui aura gagné son procès et qui en demande le bénéfice.

4. *Les voies de recours*

Il existe plusieurs types de voies de recours : les voies de recours ordinaires et les voies de recours extraordinaires.

a. Les voies de recours ordinaires

Il s'agit de l'appel et de l'opposition.

aa. L'appel

L'appel est la voie de recours qui permet de porter une affaire déjà jugée par une juridiction déterminée devant la juridiction hiérarchiquement supérieure.

Par exemple si c'est un jugement du tribunal d'instance, l'affaire est portée en appel devant le tribunal de grande instance ; s'il s'agit d'un jugement du tribunal de grande instance ou du tribunal du travail l'affaire est portée devant la Cour d'appel. Pour interjeter appel il faut avoir perdu en première instance.

Le cadre de la saisine de la juridiction d'appel est fixé par les conclusions de l'appelant (celui qui a interjeté appel) et celles de l'intimé (celui contre qui l'appel est dirigé). Mais les demandes soumises à la juridiction d'appel doivent d'abord avoir été examinées par le premier juge : on dit que les demandes nouvelles sont interdites pour la première fois en appel.

Lorsque la juridiction d'appel estime qu'il y a erreur dans l'appréciation des circonstances de fait ou l'interprétation de la règle de droit, elle infirme le jugement. Dans le cas contraire elle le confirme.

bb. L'opposition

L'opposition est la voie de recours qui permet, non pas de porter l'affaire devant une juridiction hiérarchiquement supérieure, mais devant la même juridiction. C'est une voie de recours de rétractation et non de réformation.

L'opposition ne peut être formée que contre les jugements par défaut et par la partie défaillante.

Le délai est de quinze (15) jours à compter de la signification à personne. Si la signification n'a pas été faite à personne, le point de départ du délai est alors le jour où le jugement a été exécuté au vu et au su du défaillant. Le délai pour faire opposition ainsi que l'opposition faite dans le délai suspendent l'exécution du jugement.

b. Les voies de recours extraordinaires

Il s'agit du pourvoi en cassation, de la requête civile et de la tierce-opposition.

aa. Le pourvoi en cassation

Le pourvoi en cassation est la voie de recours par laquelle un plaideur, qui estime qu'une décision rendue en dernier ressort (décision non susceptible d'appel) l'a été en violation de la loi, saisit la Cour juridiction de Cassation. En matière civile, administrative et pénale, cette juridiction est la Cour suprême. Par contre, en matière commerciale, la juridiction de cassation qui doit être saisie est la Cour commune de justice et d'arbitrage. Dans tous les cas, la saisine de la juridiction de cassation doit être justifiée par la violation de la loi.

Il y a violation de la loi si la juridiction qui a rendu la décision est incompétente ou si elle n'a pas appliqué aux faits les règles adéquates.

Le pourvoi peut être formé par l'une des parties celle qui a perdu le procès devant la juridiction et la décision est attaquée.

Dans ce cas il fait l'objet d'une requête écrite, signé par un avocat exerçant légalement au Sénégal. Le demandeur devra en outre consigner une amende de cinq mille (5 000) FCFA et une somme suffisante pour garantir le paiement des droits de timbre et d'enregistrement.

La requête qui contient certaines indications (nom et domicile des parties, exposé sommaire des faits, moyens et conclusion) doit être accompagnée d'une copie de la décision attaquée.

Le pouvoir en cassation peut aussi être formé d'office par le Procureur général près la Cour suprême ; c'est le pourvoi dans l'intérêt de la loi. Dans ce cas, l'arrêt de la Cour suprême n'a aucun effet dans les rapports entre parties.

Il faut signaler enfin que le ministre de la justice peut prescrire au Procureur général de saisir la Cour suprême pour attaquer les actes

par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs. Dans ce cas, s'il y a annulation elle vaut à l'égard de tous.

La Cour suprême saisie d'un pouvoir peut rendre deux types de décisions : Un arrêt de rejet si elle estime que le pouvoir n'est pas fondé, cette décision de rejet met fin au procès et un arrêt de cassation si elle estime que le pourvoi est fondé. Lorsque la cassation est fondée sur l'incompétence, elle renvoie devant la juridiction compétente ; si elle est fondée sur la violation de la loi ou de la coutume, elle indique la ou les dispositions violées et renvoie devant la même juridiction autrement composée ou devant une autre juridiction du même niveau hiérarchique.

bb. La tierce opposition

La tierce opposition est une voie de recours permettant à une personne d'attaquer une décision qui préjudicie à ses droits et qui a été rendue alors que ni elle ni celles qu'elle représente n'ont été appelées. C'est en clair une voie de recours ouverte aux tiers. Elle peut être formée à titre principal et portée devant la juridiction qui a rendu la décision attaquée.

La tierce opposition incidente à une contestation dont une juridiction est saisie est portée devant cette juridiction si elle est d'un degré égal ou supérieur à celle qui a rendu la décision. Si cette juridiction est d'un degré inférieur, la tierce opposition est portée par action principale devant la juridiction qui a rendu la décision.

La tierce opposition remet en question, relativement à son auteur, les points jugés. Si elle est rejetée son auteur peut être condamné à une amende de 1250 à 5000F et à des dommages-intérêts. Si elle aboutit la décision attaquée disparaît à l'égard du tiers qui l'a formée, mais conserve ses effets entre les parties.

cc. La requête civile

La requête civile est une voie de recours qui tend à faire rétracter les décisions juridictionnelles contradictoires rendues en dernier ressort et la décision rendue par défaut en dernier ressort et contre lesquelles il n'est plus possible de former opposition. Elle n'est ouverte que pour les causes prévues par la loi :

- S'il y a dol personnel, violation des formes prescrites par la loi ;

- S'il a été adjugé plus qu'il n'a été demandé ;
- S'il a été statué sur des choses non demandées ;
- S'il y a omission de statuer sur un chef de demande ;
- S'il y a contrariété de jugement en dernier ressort, entre les mêmes parties sur les mêmes moyens dans les mêmes cours ou tribunaux ;
- S'il y a dans le même jugement des dispositions contraires ;
- S'il n'y a pas eu communication au ministère public dans les cas prévus par la loi ;
- Si le jugement a été rendu sur pièces reconnues ou déclarées fausses ;
- S'il a été recouvré, depuis le jugement, des pièces décisives qui avaient retenues.

Le délai pour exercer cette voie de recours est de deux mois à compter de la signification à personne ou à domicile de la décision attaquée. Il n'en serait autrement que si elle est fondée sur le faux, de dol ou la découverte de pièces nouvelles. Dans ce cas, il commence à courir du jour où le faux ou le dol a été reconnu ou les pièces découvertes.

Étant une voie de recours extraordinaire, la requête civile ne suspend pas l'exécution de la décision attaquée.

Si la requête civile est rejetée le demandeur est condamné à une amende et à des dommages-intérêts. Si la requête civile est admise, la décision attaquée est rétractée. Il se peut que la requête ne soit admise que contre un seul chef de la décision ; dans ce cas, seul ce chef est rétracté.

Paragraphe 2 : Le procès pénal

À la différence du procès civil qui a pour objet de trancher les différends entre particuliers pour la reconnaissance de leurs droits, le procès pénal est destiné à sanctionner pénalement l'auteur d'une infraction.

Cependant, il peut être l'occasion de statuer, accessoirement, sur les intérêts civils au moyen d'une action civile en réparation du préjudice subi par la victime de l'infraction.

A. L'objet du procès pénal

Toute infraction donne naissance à une action appelée publique. Celle-ci se double parfois d'une action civile destinée à réparer le préjudice causé à un particulier par l'infraction.

1. L'action publique

L'action publique a pour but de sanctionner pénalement l'auteur d'un acte qui trouble l'ordre social.

a. La mise en mouvement

La mise en mouvement est en quelque sorte le déclenchement des poursuites. Elle peut être le fait de diverses autorités.

aa. Les membres du ministère public

Les magistrats qui composent le ministère public sont :

- Le procureur général près la Cour suprême, le premier avocat général et les avocats généraux près la Cour suprême ;
- Le procureur général près les Cours d'appel, les avocats généraux et les substituts généraux près les Cours d'appel ;
- Le procureur de la République près le tribunal de grande instance, le procureur de la République adjoint (s'il en existe), le premier substitut (selon la classe du tribunal) et les substituts ;
- Le délégué du procureur de la République près le tribunal d'instance.

Les magistrats du parquet ne sont pas inamovibles, ils sont soumis à l'autorité hiérarchique du Ministre de la Justice.

bb. Les fonctionnaires habilités

L'action publique peut être déclenchée par certains fonctionnaires appartenant à certaines administrations telles que la douane, les eaux, forêts et chasses etc.

cc. La victime

La victime de l'infraction peut, en ce qui la concerne mettre également en mouvement l'action publique mais ne peut pas l'exercer. La mise en mouvement de l'action publique par la victime peut se faire soit par citation directe, soit par plainte avec constitution de partie civile.

b. L'exercice de l'action publique

L'exercice de l'action publique comprend non seulement le déclenchement des poursuites, mais aussi tous les actes nécessaires au soutien de l'action publique : réquisitions devant la juridiction de jugement, exercice des voies de recours etc.

L'action publique ne peut être dirigée que contre l'auteur de l'infraction ou le complice même s'il n'y a pas suffisamment d'indications pour les identifier.

Plusieurs conditions sont requises pour le déclenchement de l'action : Les faits doivent être constitutifs d'une infraction et il ne doit pas y avoir de cause d'extinction de l'action publique.

Les causes d'extinction de l'action sont nombreuses :

- Décès du délinquant : il ne peut être fait de procès aux morts et le principe de la personnalité des peines s'oppose à ce qu'on puisse condamner pénalement les héritiers ;
- L'amnistie : lorsqu'il y a une loi d'amnistie, le fait visé perd son caractère délictueux ;
- L'abrogation de la loi pénale : lorsque la loi pénale qui prévoyait et punissait un fait est abrogée, l'auteur de ce fait ne pourra pas être condamné ;
- La prescription : le délinquant ne peut plus être poursuivi si aucun acte de poursuite n'a été accompli pendant un certain délai. C'est ce qu'on appelle la prescription de l'action publique ;
- La transaction : c'est un accord qui a pour objet d'arrêter l'action contre le versement d'une somme d'argent. Elle ne constitue une cause d'extinction de l'action que dans le cas où celle-ci appartient à certaines administrations telles que les domaines ou les eaux, forêts et chasses.

Dans certains cas prévus par la loi, le retrait de la plainte constitue un obstacle à l'exercice de l'action publique.

2. *L'action civile*

La victime d'une infraction dispose d'une action civile en réparation du préjudice qui lui a été causé. Contrairement à l'action publique qui tend à infliger un châtiment au coupable, l'action civile tend à réparer le préjudice causé par l'infraction. Elle appartient à tous ceux

qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. Elle est exercée par la victime de l'infraction et, en cas de décès de celle-ci, par ses héritiers.

À la différence de l'action publique qui est dirigée contre l'auteur de l'infraction et son complice l'action civile peut être dirigée non seulement contre l'auteur, le complice et leurs héritiers, mais aussi contre les personnes civilement responsables (par ex. les père et mère pour les infractions commises par leurs enfants, les commettants pour les infractions commises par leurs préposés etc.).

L'action civile étant née d'une infraction, certaines conséquences en découlent :

- La victime peut porter son action devant la juridiction civile ou devant la juridiction répressive ;
- La victime qui a déjà opté pour la voie civile, en intentant l'action civile devant la juridiction civile ne peut plus saisir une juridiction répressive pour les mêmes faits ;
- La saisine par la victime du juge répressif déclenche automatiquement l'action publique.

B. Le déroulement du procès pénal

Lorsqu'une infraction est commise, plusieurs étapes sont parfois franchies avant que le coupable ne soit condamné :

- La constatation de l'infraction et le déclenchement des poursuites ;
- L'instruction du dossier (elle n'est cependant pas toujours obligatoire) ;
- Le jugement de la personne présumée auteur des faits.

1. La constatation de l'infraction et le déclenchement des poursuites

La constatation des infractions relève du pouvoir de la police judiciaire, alors que les poursuites sont l'œuvre du ministère public ou de la victime.

a. La constatation des infractions

Les officiers de police judiciaire ont pour mission de rechercher les infractions de les constater, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les preuves.

Ils peuvent recevoir les déclarations des victimes qui veulent se constituer partie civile.

aa. Les différents officiers de police judiciaire

Les officiers de police judiciaire sont les officiers de gendarmerie, sous-officiers de gendarmerie exerçant les fonctions de commandement de brigade et les commissaires de police, officiers de police, élèves officiers et sous-officiers désignés par arrêté conjoint du ministère chargé de la justice et du ministère chargé des forces armées, fonctionnaires du cadre de la police désignée par arrêté du ministère chargé de la justice.

Les officiers de police judiciaire sont secondés par les agents de police judiciaires qui n'ont pas cette qualité : les militaires de la gendarmerie et les membres des forces de police.

bb. Les pouvoirs des officiers de police judiciaire

Les pouvoirs des officiers de police judiciaire sont plus ou moins étendus selon qu'il s'agit d'enquête préliminaire, d'enquête de flagrance ou d'exécution d'une commission rogatoire.

L'enquête préliminaire

Lorsqu'une infraction est commise, les officiers de police judiciaire et les gendarmes procèdent à une enquête préliminaire. Ils agissent d'office ou sur instructions du procureur de la République. Plusieurs types d'actes peuvent être accomplis pendant cette phase de la procédure.

Ils peuvent procéder à des auditions, c'est-à-dire entendre toutes les personnes susceptibles d'apporter des renseignements.

Ils peuvent aussi procéder à des perquisitions, visites domiciliaires et saisies des pièces à conviction. Toutefois ces actes ne peuvent être accomplis qu'avec l'assentiment exprès de la personne chez qui ils ont lieu. Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ; si celui-ci ne sait pas écrire, le procès-verbal en fait mention ainsi que de son assentiment.

Si, pour les nécessités de l'enquête, l'officier de police judiciaire est amené à garder à sa disposition une ou plusieurs personnes contre lesquelles existent des indices de culpabilité, il ne peut les retenir plus de 24 heures. S'il existe contre une personne des indices graves et

concordants, de nature à motiver son inculpation, l'officier de police judiciaire doit la conduire devant le procureur de la République ou son délégué, sans pouvoir la garder à sa disposition plus de 48 heures.

Dans les deux cas, l'officier de police judiciaire doit immédiatement informer le procureur de la République, son délégué ou le cas échéant le Président du tribunal d'instance investi des pouvoirs de procureur de la République de la mesure dont il a l'initiative et faire connaître à la personne retenue les motifs de sa mise sous garde à vue.

Lorsque la personne gardée à vue est un mineur de treize (13) à dix-huit (18) ans, l'officier de police judiciaire doit la retenir dans un local spécial isolé des détenus majeurs.

Le délai de 48 heures peut être prorogé d'un nouveau délai de 48 heures par autorisation du procureur de la République, de son délégué ou du juge d'instruction, confirmé par écrit. Les délais prévus au présent article sont doublés en ce qui concerne les crimes et délits contre la sûreté de l'État ; ils sont également doublés pour tous les crimes et délits en période d'état de siège, d'état d'urgence ou d'application de l'article 52 de la Constitution sans que ces deux causes de doublement puissent se cumuler.

En cas de prolongation de la garde à vue, l'officier de police judiciaire informe la personne gardée à vue des motifs de la prorogation en l'informant de sa possibilité de demander à se faire consulter par un médecin de son choix et l'examen médical s'effectue, dans ce cas, sur les lieux de la garde à vue.

La personne gardée à vue a également le droit de constituer conseil parmi les avocats inscrits au tableau ou admis en stage. L'avocat désigné est contacté par la personne interpellée ou toute autre personne par elle désignée ou à défaut, par l'officier de police judiciaire. L'avocat peut communiquer, y compris par téléphone ou par tous autres moyens de communication, s'il ne peut se déplacer dans les meilleurs délais, avec la personne interpellée dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien.

L'enquête de flagrance

Les pouvoirs des officiers de police judiciaire sont les plus étendus lorsque l'enquête concerne un crime ou délit flagrant.

Il y a crime ou délit flagrant lorsque :

- Le crime ou délit se commet actuellement ;

- Le crime ou délit vient de se commettre ;
- La personne soupçonnée est, dans un temps très voisin de l'action, poursuivie par la clameur publique ;
- La personne soupçonnée est, dans un temps très voisin de l'action, trouvée en possession d'objet ou présente des traces ou indices laissant penser qu'elle a participé à l'infraction.

Est assimilée à l'infraction flagrante celle qui a été commise dans une maison dont le chef requiert le procureur de la République ou un officier de police judiciaire de la constater.

L'importance de pouvoirs des officiers de police judiciaire en cas d'enquête de flagrance se traduit par le grand nombre d'actes susceptibles d'être accomplis. Les officiers de police judiciaire peuvent notamment :

- Procéder à une perquisition et à une saisie des papiers, documents ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé à l'infraction ou détenir des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés. Ces actes ne sont pas subordonnés à l'assentiment préalable de l'intéressé. Ces perquisitions ne peuvent être commencées avant 5 heures et après 21 heures, sauf s'il y a une réclamation faite de l'intérieur de la maison.
- Demander le concours de toutes personnes qualifiées s'il y a lieu de procéder à des constatations qui ne peuvent être différées ; dans ce cas, ces personnes prêtent, par écrit, serment de donner leur avis en leur honneur et conscience.
- Défendre à toute personne de s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à la clôture des opérations.
- Vérifier l'identité de certaines personnes lorsque cette opération se révèle nécessaire ;
- Appeler et entendre toutes personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis.
- Garder à vue les personnes dont il apparaît nécessaire d'établir ou de vérifier l'identité et les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets saisis (24 heures) ainsi que les personnes contre lesquelles existent des indices graves et concordants de nature à motiver leur inculpation (48 heures). Ces délais sont doublés lorsqu'il s'agit de l'article 52 de la Constitution ou dans les cas prévus par le Code de procédure pénale.

L'importance des pouvoirs des officiers de police judiciaire justifie l'existence de certaines garanties destinées à protéger les libertés individuelles. Si les officiers de police judiciaire peuvent prendre les mesures utiles pour que le secret professionnel soit préservé.

Dans le même ordre d'idées, les perquisitions et saisies doivent être effectuées en présence des personnes soupçonnées d'avoir participé au crime et de la personne au domicile de laquelle elles s'effectuent et, en cas d'impossibilité en présence d'un représentant qu'elles auraient désigné ; à défaut, les opérations seront effectuées en présence de deux témoins choisis en dehors des personnes relevant de l'autorité administrative de l'officier de police judiciaire.

Enfin le Procureur de la République exerce un contrôle sur l'exécution des mesures de garde à vue. Il peut, s'il l'estime nécessaire, faire examiner la personne gardée à vue par un médecin. La personne gardée à vue peut aussi requérir l'examen médical aux frais qu'elle aura préalablement consignés.

L'exécution des commissions rogatoires

La police judiciaire exécute les délégations des juridictions d'instruction et défère à leurs réquisitions. Lorsqu'une information est ouverte, le juge d'instruction peut demander à la police judiciaire de procéder à certaines constatations ou d'effectuer certaines recherches. En pratique il saisit un officier de police judiciaire et lui ordonne, l'exécution d'une tâche prévue : c'est ce que l'on appelle commission rogatoire.

L'officier de police judiciaire exerce, dans les limites de la commission rogatoire, tous les pouvoirs du juge d'instruction.

Toutefois, il existe des actes qu'il ne peut effectuer ; interrogations et confrontations de l'inculpé ; quant aux auditions de la partie civile, ils ne peuvent y procéder que s'il y a accord de celle-ci. Ils peuvent seulement faire des constatations matérielles, procéder à l'audition des témoins, effectuer les perquisitions.

Dans l'exécution de la commission rogatoire, l'officier de police judiciaire peut recourir à la garde à vue ; dans ce cas, l'autorisation de prolonger cette mesure sera donnée par le juge d'instruction.

b. La poursuite

Le procès pénal ne commence véritablement qu'avec le déclenchement des poursuites. Le pouvoir de déclencher les poursuites appartient concurremment au ministère public et à la victime.

aa. Le déclenchement des poursuites par le ministère public

En principe c'est le Procureur de la République qui prend les décisions nécessaires en matière de poursuite. Il peut certes recevoir des instructions de ses supérieurs hiérarchiques mais s'il refuse de les suivre, ceux-ci ne peuvent pas agir à sa place.

Le procureur de la République est renseigné sur l'existence d'infractions par les rapports et les procès-verbaux qui lui sont transmis par la police judiciaire ainsi que par les plaintes et dénonciations qu'il reçoit.

Lorsqu'il est informé de l'existence d'une infraction, il apprécie la suite à donner.

Il peut décider de poursuivre. Dans ce cas il a le choix entre saisir la juridiction d'instruction (la saisine de la juridiction d'instruction est obligatoire en matière criminelle et dans les autres cas prévus par la loi) et saisir la juridiction de jugement.

La décision de poursuivre est subordonnée dans certains cas à des formalités préalables. Ainsi une plainte de la victime est parfois nécessaire : par exemple en cas de vol commis par des enfants ou autres descendants au préjudice du père, de la mère ou d'un autre ascendant ; en cas de vol commis par des pères ou mères ou autres ascendants au préjudice de leurs enfants ou autres descendants.

Le procureur de la République peut aussi décider de ne pas poursuivre ; on dit dans ce cas qu'il y a un classement sans suite. S'il décide de classer une plainte sans suite, le procureur de la République doit donner avis de cette décision au plaignant dans un délai de 8 jours. Il doit également l'informer de son droit de déclencher lui-même, et à ses risques et périls, les poursuites.

bb. Le déclenchement des poursuites par la victime

La victime d'une infraction a le droit de prendre l'initiative des poursuites en se constituant partie civile. La plainte avec constitution de partie civile a pour effet de mettre en mouvement l'action publique si celle-ci n'a pas été déjà déclenchée par le ministère public.

2. *L'instruction*

C'est la phase de la procédure pendant laquelle, la juridiction d'instruction saisie, mettant en œuvre les pouvoirs qui lui sont reconnus,

recherche tous les éléments de nature à faire la lumière sur les circonstances de l'infraction, l'identité et la personnalité de l'auteur.

L'instruction est obligatoire en matière criminelle. Elle est facultative en matière de délit, sauf dans les cas prévus par la loi. Elle peut cependant se révéler nécessaire lorsque les faits sont complexes ou l'auteur inconnu.

a. L'ouverture de l'instruction

L'instruction est ouverte avec la saisine du juge d'instruction. Celui-ci est saisi soit :

- Par le procureur de la République au moyen d'un réquisitoire ;
- Par la victime au moyen d'une plainte avec constitution de partie civile. Cette constitution de partie civile est accompagnée de la consignation de la somme nécessaire pour les frais de la procédure, sauf si l'intéressé bénéficie de l'assistance judiciaire. Le montant de la somme à consigner est fixé par le juge d'instruction.

Saisi des faits visés par le réquisitoire ou la plainte avec constitution de partie civile, le juge d'instruction peut inculper toutes les personnes qui paraissent y avoir pris part, même si par ailleurs certaines de ces personnes ne sont pas visées par l'acte de saisine.

Par contre, il ne peut pas mener ses recherches sur des faits non compris dans ces actes de saisine.

b. La conduite de l'instruction

Le juge d'instruction dispose de puissants moyens ou pouvoirs pour mener à bien sa mission ; l'étendue de ces pouvoirs est telle qu'un contrôle est nécessaire.

aa. Les pouvoirs du juge d'instruction

Le juge d'instruction accomplit tous les actes qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. L'instruction portera sur les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise et sur la personnalité des inculpés ainsi que sur leur situation matérielle, familiale ou sociale (en matière de délit cette recherche est facultative).

Le juge d'instruction peut ainsi accomplir un certain nombre d'actes entrant dans le cadre de sa mission :

- Il effectue les constatations matérielles et procède à des perquisitions et saisies.
- Il procède à l'audition de toutes les personnes dont la déposition lui paraît utile (article 91 du CPP).
- Il interroge l'inculpé. En ce qui concerne l'interrogatoire de l'inculpé, il y a deux types d'interrogatoires :
L'interrogation de première comparution au cours duquel le juge d'instruction constate l'identité de l'inculpé, lui fait connaître les faits qui lui sont imputés, l'informe de son droit de ne faire aucune déclaration et lui donne avis de son droit de choisir un conseil parmi les avocats inscrits au tableau ou admis au stage ; l'assistance d'un défenseur est obligatoire en matière criminelle ou quand l'inculpé est atteint d'une infirmité de nature à compromettre sa défense.
Les interrogatoires ultérieurs qui ne peuvent avoir lieu qu'après que l'avocat a été convoqué ; cette convocation, qui se fait par lettre recommandée ou par avis comportant un accusé de réception, doit avoir lieu l'avant-veille de l'interrogatoire si le conseil réside au siège de l'instruction et, 8 jours avant l'interrogatoire dans les autres cas. L'inculpé peut renoncer à son droit de se faire assister d'un avocat. Le dossier est mis à la disposition de l'avocat, 24 heures au plus tard avant chaque interrogatoire ou confrontation.
- Il procède à l'audition de la partie civile qui, elle aussi, a droit à l'assistance d'un avocat. Tout comme pour l'inculpé, la partie civile ne peut être entendue qu'après convocation de son avocat qui a accès lui aussi au dossier de la procédure.
- Il peut désigner un expert chaque fois que se pose une question d'ordre technique. Cette désignation se fait d'office, à la demande du ministère public ou à la requête de l'inculpé ou de la partie civile.
- Il peut placer l'inculpé en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire. La détention provisoire est la mesure d'incarcération décidée par le juge d'instruction pendant tout ou partie de l'instruction.

En principe, les inculpés poursuivis pour une infraction punie d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à deux (2) ans et qui sont domiciliés dans le ressort du tribunal compétent ne peuvent faire l'objet d'une détention provisoire. Il n'en serait autrement que

s'ils avaient déjà été condamnés pour crime ou pour délit à une peine d'emprisonnement de plus de trois mois sans sursis.

La mise en détention est décidée à la suite d'un mandat de dépôt délivré par le juge d'instruction.

La durée de la détention ne peut excéder cinq (5) jours après la première comparution lorsque l'inculpé, poursuivi pour un délit puni d'une peine inférieure ou égale à deux (2) ans, est domicilié au Sénégal. Il n'en serait autrement que s'il avait déjà été condamné pour crime ou pour un délit à un emprisonnement de plus de trois (3) mois sans sursis.

En dehors de cette hypothèse, la durée de la détention en matière de délit est de six (6) mois au maximum en matière correctionnelle. Si le juge d'instruction estime devoir prolonger la détention au-delà de cette période, il devra renouveler le mandat par ordonnance spécialement motivée notifiée à l'inculpé. Cette règle qui limite la durée de la détention à six mois n'est pas applicable dans les cas où la détention est obligatoire. La détention est obligatoire dans certains cas.

Ainsi le mandat de dépôt est obligatoire, si le ministère public prend les réquisitions écrites dans ce sens, lorsque la personne ayant été inculpée pour crimes de trahison et d'espionnage, attentats, complots et autres infractions contre l'autorité de l'État, atteintes à la défense nationale, participation à un mouvement insurrectionnel, attroupements, diffusion de fausses nouvelles.

De même en cas de poursuite pour détournement de deniers publics, le juge d'instruction délivre obligatoirement :

- Un mandat d'arrêt lorsque l'inculpé est en fuite,
- Un mandat de dépôt lorsque le manquant initial est égal ou supérieur à 1 000 000 FCFA et ne fait pas l'objet d'un remboursement ou du cautionnement de son intégralité ou d'une contestation sérieuse.

La détention de la personne prend fin par la mise en liberté de l'inculpé. La mise en liberté est de droit dans certains cas ; il en est ainsi lorsque le juge d'instruction, intervenant en matière correctionnelle, ne prend pas une ordonnance de renouvellement à l'expiration du délai de six mois.

Dans d'autres cas, elle est décidée par le juge d'instruction d'office, sur les réquisitions du ministère public ou à la demande de l'inculpé ou de son conseil. La demande de mise en liberté peut être introduite à tout moment de l'instruction. La décision par laquelle le

juge d'instruction statue sur cette demande susceptible d'appel devant la chambre d'accusation.

La demande de mise en liberté est irrecevable lorsque, dans les hypothèses où la personne est inculpée pour crime ou délit contre la sûreté de l'État (infractions visées par les articles 56 à 100 et 255 du Code pénal), le ministère public s'y oppose par réquisition écrites.

Dans le même ordre d'idée, le juge d'instruction ne peut ordonner la mainlevée du mandat d'arrêt ou de dépôt en matière de détournement de deniers publics que si au cours de l'information surviennent des contestations sérieuses. Il y a lieu dans ce cas d'effectuer le dépôt du cautionnement de l'intégralité des sommes dont le détournement est contesté.

Le contrôle judiciaire. Il consiste, pour l'inculpé, à se présenter à intervalles réguliers fixés par le juge soit à lui-même, soit à l'officier de police judiciaire qu'il désigne.

En plus de cette obligation, le juge peut prescrire toutes autres mesures de nature à empêcher l'inculpé de se soustraire à l'action de la justice ou de continuer à commettre l'infraction pour laquelle il est poursuivi.

La violation des obligations du contrôle judiciaire entraîne l'arrestation immédiate et la mise en détention de l'inculpé.

bb. Le contrôle de l'activité du juge d'instruction

Ce contrôle, effectué essentiellement par la chambre d'accusation de la Cour d'appel, peut prendre trois formes :

- Un contrôle sur la régularité des actes accomplis ;
- Un contrôle sur l'opportunité des actes.

Le contrôle de la régularité des actes d'instruction

Il se peut qu'un acte accompli par le juge d'instruction l'ait été en violation des formalités prescrites par la loi. Tel est le cas lorsque les formalités substantielles de l'instruction ou les droits de la défense ont été violés.

L'acte accompli dans ces conditions est nul. La nullité est prononcée par la chambre d'accusation qui peut être saisie par le juge d'instruction, le procureur de la République, l'inculpé et la partie civile. Lorsque la nullité est prononcée, les actes concernés sont retirés du dossier d'infor-

mation et classés au greffe de la Cour d'appel. Il est interdit alors d'y tirer les renseignements. La nullité peut aussi, dans certains cas, être prononcée par le tribunal correctionnel ou le tribunal de police.

Le contrôle de l'opportunité des actes d'instruction

Le juge d'instruction n'est pas seulement enquêteur, il est aussi un juge. À ce titre il tranche le contentieux qui prend naissance au cours de l'instruction. Il rend alors des ordonnances juridictionnelles par lesquelles il peut statuer, par exemple, sur les contestations relatives à la recevabilité de la constitution de partie civile, la compétence, l'opportunité du maintien en détention, le caractère complet ou non des charges.

Ces ordonnances juridictionnelles peuvent être attaquées devant la chambre d'accusation par la voie de l'appel. Le droit d'appel est plus ou moins étendu selon qu'il s'agit du ministère public ou des parties privées que sont l'inculpé et la partie civile.

Le ministère public peut interjeter appel de toutes les ordonnances du juge d'instruction, même lorsqu'elles sont rendues conformément à ses réquisitions. Échappent toutefois au droit d'appel du ministère public certaines ordonnances rendues par le juge d'instruction en matière d'expertise : désignation d'office d'un expert en matière criminelle, désignation d'un expert en matière correctionnelle.

L'inculpé peut interjeter appel contre les ordonnances par lesquelles le juge d'instruction ordonne des mesures conservatoires sur les biens de l'inculpé, rejette la demande de mise en liberté, statue sur la compétence ou rejette sa demande d'expertise, de complément d'expertise ou de contre-expertise.

La partie civile peut également interjeter appel contre les ordonnances de refus d'informer, les ordonnances de non-lieu les ordonnances portant atteinte à ses intérêts civils, les ordonnances statuant sur la compétence, les ordonnances rejetant sa demande d'expertise, de complément d'expertise et de contre-expertise.

Le délai pour interjeter appel est le même pour la partie civile et pour l'inculpé. Il est de trois (3) jours à compter de la dernière en date des notifications et significations qui sont faites tant à la partie qu'à ses conseils.

L'intéressé ne peut exercer son droit d'appel que s'il a connaissance de l'existence de l'ordonnance du juge d'instruction. Il existe plusieurs modalités d'information de l'inculpé et de la partie :

- Les conseils de l'inculpé et de la partie sont avisés par lettre recommandée avec accusé de réception de toutes les ordonnances juridictionnelles dans un délai de 24 heures.
- L'inculpé est avisé par lettre recommandée avec de réception des ordonnances de règlement. S'il est détenu, la communication lui est faite par l'intermédiaire du directeur de l'établissement pénitentiaire. Il doit également recevoir signification des ordonnances contre lesquelles il peut interjeter appel.
- Le ministère public est avisé de toutes les ordonnances non conformes à ses réquisitions le jour même où elles ont été rendues.

Par l'exercice de l'appel, la chambre d'accusation est saisie de la question sur laquelle porte l'appel. L'appel peut porter sur la détention (la mise en liberté ou le refus d'une telle mesure). Dans ce cas quel que soit le sens de la décision de la chambre d'accusation, le procureur général l'exécute et fait renvoyer le dossier au juge d'instruction. L'appel peut également porter sur une question autre que la détention. Il faudra alors faire une distinction entre deux cas :

- La décision du juge d'instruction est confirmée : dans ce cas, elle reçoit son plein et entier effet ;
- La décision est infirmée : dans ce cas, la chambre d'accusation peut soit évoquer c'est-à-dire prendre elle-même en main la suite de l'information, soit renvoyer le dossier au même juge d'instruction ou à un autre afin de poursuivre l'information.

c. La clôture de l'instruction

Lorsqu'après avoir accompli tous les actes, le juge d'instruction estime qu'il a suffisamment d'éléments sur les circonstances de l'infraction et la personnalité de l'auteur, il devra alors se prononcer sur les suites de l'affaire. Il prend une ordonnance de clôture ou « ordonnance de règlement ». Plusieurs situations peuvent alors se présenter :

Il peut rendre une ordonnance de non-lieu s'il estime qu'il faut mettre un terme aux poursuites parce que les faits ne tombent pas sous le coup de la loi pénale ou que les charges ne suffisent pas pour le renvoi de l'inculpé devant une juridiction de jugement. L'inculpé ne pourra plus faire l'objet de nouvelles poursuites à raison des mêmes faits. Il n'en serait autrement que s'il y avait survenance de charges

nouvelles auquel cas seul le parquet pourrait demander la réouverture de l'information.

Il peut rendre une ordonnance de renvoi s'il estime qu'il y a suffisamment de charges contre l'inculpé. Le renvoyer devant le tribunal de police s'il s'agit d'une contravention ou devant le tribunal correctionnel s'il s'agit d'un délit.

Il peut en fin rendre une ordonnance de mise en accusation s'il s'agit d'un crime. Cette ordonnance permet de saisir les chambres criminelles du tribunal de grande instance

3. Le jugement

Il est rendu par les juridictions de jugement.

a. La saisine des juridictions de jugement

aa. La saisine par ordonnance

Lorsque la voie de l'instruction est choisie, la juridiction de jugement ne peut être saisie que par l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction (tribunal correctionnel ou tribunal de police) ou par l'ordonnance de mise en accusation devant les chambres criminelles, sachant que l'instruction est obligatoire en matière criminelle.

bb. La citation directe

La citation directe est l'acte par lequel le procureur de la République ou la victime saisit directement la juridiction de jugement.

La citation énonce le fait poursuivi et vise le texte de loi qui le réprime. Elle indique le tribunal saisi, le lieu, l'heure et la date de l'audience ; elle précise la qualité de la personne citée. Si elle est délivrée à la requête de la partie civile, elle mentionne les prénoms, nom, profession et domicile réel ou élu de celle-ci.

Le délai, entre le jour ou la citation est délivrée et le jour fixé pour la comparution est de :

- Trois (3) jours au moins si le prévenu réside au siège du tribunal ;
- Huit (8) jours s'il réside dans le ressort du tribunal ;
- Quinze (15) jours s'il réside dans un ressort limitrophe ;
- Un mois s'il réside dans un autre ressort du territoire ;

- Deux mois (2) s'il réside en Europe, en Afrique, à Madagascar et à la Réunion ;
- Trois (3) mois si elle réside en Amérique ;
- Quatre (4) mois dans les autres cas.

cc. La procédure de flagrant délit

C'est une procédure de comparution immédiate. Elle permet de traduire la personne poursuivie immédiatement devant le tribunal. Le tribunal est ainsi saisi par le fait que la personne arrêtée en flagrant délit est conduite devant lui.

Lorsque la personne arrêtée en flagrant délit est placée sous mandat de dépôt, elle doit être traduite sur le champ à l'audience du tribunal. À défaut d'audience ce jour, elle est déférée à l'audience du lendemain. Lorsqu'il fait usage de cette procédure, le président avertit la personne qu'elle a le droit de réclamer un délai pour préparer sa défense. Si elle use de cette faculté, le tribunal lui accorde un délai de trois (3) jours au moins. Il se peut que l'affaire ne soit pas en état d'être jugée parce qu'il subsiste, par exemple, des zones d'ombre ; dans ce cas, le tribunal ordonne le renvoi jusqu'à l'une des plus prochaines audiences pour plus ample information.

La procédure de flagrant délit ne peut être utilisée en matière criminelle dès lors qu'il faut obligatoirement une instruction préparatoire.

b. La saisine par la comparution volontaire

L'avertissement délivré par le ministère public dispense de citation s'il est suivi de la comparution volontaire de la personne à laquelle il est adressé. La comparution volontaire de la personne devant le tribunal à la suite d'un avertissement suffit donc à saisir valablement cette juridiction. L'avertissement doit indiquer le délit poursuivi et viser le texte de loi qui le réprime. Lorsque l'action est dirigée contre un prévenu en détention, le tribunal doit constater formellement son consentement à être jugé sans citation préalable.

Ce procédé de saisine qui n'est pas ouvert à la partie civile (le texte vise que l'avertissement délivré par le ministère public) ne peut être utilisé en matière criminelle.

c. Le déroulement de l'audience

La procédure devant la juridiction de jugement présente certains caractères ; elle se déroule suivant un schéma minutieusement décrit.

aa. Les caractères de la procédure

La procédure est publique

Les débats ont lieu en audience publique aussi bien devant les chambres criminelles que devant le tribunal correctionnel et le tribunal de police. La juridiction peut cependant décider que les débats auront lieu à huis clos.

La procédure est contradictoire

Cette contradiction se manifeste par la possibilité donnée à toutes les parties de discuter, sous le contrôle du président, les éléments de preuve apportés à l'audience. La contradiction sera d'autant mieux garantie que la personne poursuivie sera présente.

La procédure est personnelle

En effet, devant le tribunal correctionnel ou de police, le prévenu doit en principe comparaître en personne. Toutefois, il peut, par lettre adressé au Président, demander à être jugé en son absence s'il est cité pour une infraction passible d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement inférieure à un (1) an ; dans ce cas, son avocat est entendu et le jugement est réputé contradictoire.

Par ailleurs si le prévenu ne peut comparaître, en raison de son état de santé, le tribunal pourra décider par décision motivée qu'il sera entendu par un magistrat commis à cet effet. Si le prévenu ne comparaît pas, il est alors jugé par défaut et la voie de l'opposition lui sera ouverte.

Toutefois la voie d'opposition sera fermée, malgré l'absence du prévenu, s'il est établi que la citation qui lui est destinée a été délivrée à sa personne ou qu'il en a eu connaissance. La partie civile en ce qui la concerne peut toujours se faire représenter.

La procédure devant la chambre criminelle

Devant la chambre criminelle l'accusé comparait libre et seulement accompagné de gardes pour l'empêcher de s'évader. En cas de refus de comparaître, il est sommé de le faire et, au besoin, conduit par la force devant la chambre.

Dès lorsqu'un accusé non détenu ne défère pas à la citation à comparaître qui lui est délivrée par le ministère public, il peut dans ce cas être jugé par contumace ; de plus aucun avocat ne pourra alors se présenter pour sa défense.

Toutefois si l'accusé est dans l'impossibilité absolue de comparaître, ses parents, ses amis ou son conseil pourront proposer une excuse qui, si elle est reconnue légitime, aura pour effet de faire surseoir au jugement.

bb. La chronologie des actes

Deux phases sont prévues. Il y a d'une part l'instruction définitive au cours de laquelle le prévenu ou l'accusé sera interrogé, (au besoin, avec l'aide d'un interprète) et les témoins ou experts sont entendus.

Il y a d'autre part le réquisitoire et les plaidoiries. Cette phase commence par les plaidoiries de l'avocat de la partie civile, s'il y en a une, suivie du réquisitoire du ministère public. Elle se termine par les plaidoiries de l'avocat de l'accusé ou du prévenu. Il y a une règle fondamentale ici : la personne poursuivie (accusé ou prévenu) ou son conseil auront toujours la parole les derniers.

d. La décision

La décision est rendue soit à l'audience où les débats ont eu lieu (voire sur le siège après consultation entre les membres formant le tribunal), soit à une audience ultérieure. Elle est prononcée oralement, en audience publique.

Elle peut être une décision de relaxe (tribunal correctionnel ou de police) ou d'acquiescement (chambres criminelles). La relaxe est la décision par laquelle la juridiction renvoie le prévenu ou l'accusé des fins de la poursuite soit pour les motifs de droit (faits justificatifs, prescription, amnistie) soit pour des motifs de fait (il n'y a pas de preuves contre la personne, le doute profitant toujours à l'accusé ou au prévenu).

La décision peut être par ailleurs une décision de condamnation lorsque le prévenu ou l'accusé est reconnu coupable des faits qui lui sont reprochés.

e. Les voies de recours

Les juges ne sont pas infaillibles. Ils peuvent commettre des erreurs. Aussi, faut-il prévoir les moyens permettant de réparer ces erreurs à défaut de pouvoir les prévenir. C'est l'objet des voies de recours qui sont : l'opposition et la purge de contumace, l'appel, le pourvoi en cassation et le recours en révision.

aa. L'opposition et la purge de contumace

Ce sont des voies de recours de rétraction qui permettent aux personnes jugées alors qu'elles n'ont pas comparu de faire revenir l'affaire devant la juridiction.

L'opposition

Les jugements par défauts rendus par les tribunaux de grande instance ou d'instance peuvent être attaqués par la voie de l'opposition par le prévenu, la partie civile ou la personne civilement responsable. Si la personne qui a formé l'opposition fait à nouveau défaut, son opposition est non avenue.

L'opposition a pour effet d'anéantir la décision qui en est frappée et de saisir à nouveau la juridiction qui avait statué la première fois. L'affaire est alors rejugée sauf si l'opposition est limitée aux intérêts civils.

La purge de contumace

Le seul fait pour l'accusé contumax (l'accusé jugé par contumace) de se constituer prisonnier ou d'être arrêté avant l'expiration des délais de prescription de la peine a pour effet d'anéantir de plein droit l'arrêt de condamnation.

L'affaire sera alors à nouveau jugée dans les formes ordinaires, sauf si le contumax déclare expressément, dans un délai de 10 jours, acquiescer à la condamnation.

bb. L'appel

L'appel est une voie de recours qui consiste à soumettre l'affaire déjà jugée à une juridiction hiérarchiquement supérieure.

En matière correctionnelle, l'appel est toujours porté devant la Cour d'appel, que l'affaire ait été jugée dans un premier temps par le tribunal de grande instance ou par le tribunal d'instance pour les délits relevant de sa compétence.

En matière de contravention, l'appel contre les jugements du tribunal d'instance est porté devant le tribunal de grande instance.

En matière criminelle, l'appel contre les jugements des chambres criminelles est porté devant les chambres criminelles d'appel instituées dans l'organisation des cours d'appel.

L'appel à deux effets principaux

L'appel a un effet suspensif, car pendant les délais d'appel et durant la procédure devant la juridiction d'appel n'est pas possible d'exécuter la décision rendue. Il y a cependant des exceptions à cette règle car, malgré l'appel, les décisions de relaxe, s'absolution avec sursis ou à l'amende sont immédiatement exécutées (et le prévenu immédiatement mis en liberté).

L'appel a un effet dévolutif, car avec la procédure d'appel l'affaire passe de première juridiction à la juridiction d'appel avec toutes les questions de fait et de droit qu'elle comporte.

Les pouvoirs de la juridiction d'appel sont cependant doublement limités

Par l'acte d'appel d'abord car elle ne peut statuer que sur les questions qui lui sont soumises et par la qualité de l'appelant ensuite, car si la juridiction d'appel peut, sur l'appel du ministère public, confirmer le jugement ou l'infirmer dans un sens favorable ou défavorable au prévenu, elle ne peut, sur le seul appel d'une partie privée, modifier le jugement dans un sens défavorable à celle-ci.

Il se peut cependant que toutes les parties fassent appel et que la cour soit saisie de la totalité de l'affaire.

cc. Le pouvoir en cassation

Comme en matière civile, le pourvoi en cassation en matière pénale a pour objet de faire contrôler la régularité formelle et la conformité aux règles de droit des décisions rendues en dernier ressort, c'est-à-dire les décisions non susceptibles d'appel.

Comme en matière civile, le pourvoi peut être formé par les parties privées (personne poursuivie ou partie civile) pourvu que la décision contre laquelle elles veulent se pourvoir leur fasse grief.

Le délai pour se pourvoir est six (6) jours. Le point de départ du départ du délai est différent selon qu'il s'agit de décisions rendues contradictoirement ou par défaut.

Pour les premières, le délai court à compter du prononcé, sauf pour la partie qui n'a pas été informée de la date où la décision serait rendue. Dans ce cas, il court à compter de la signification.

Pour les secondes, le délai court, à l'égard du prévenu, à compter du jour où l'opposition n'est plus recevable et à l'égard des autres, à compter de l'expiration du délai de 10 jours qui suit la signification.

La partie défaillante en matière criminelle (contumax) ne peut se pourvoir en cassation.

Contrairement au pourvoi en matière civile, le pourvoi en matière pénale est suspensif, c'est-à-dire que la décision ne peut être exécutée pendant le délai ou durant l'instance. Seuls échappent à cet effet suspensif et peuvent être décernés par le tribunal correctionnel ou la Cour d'appel, les décisions d'acquiescement ou d'absolution ou encore les décisions de condamnations soit à l'emprisonnement avec sursis, soit à l'amende (les prévenus détenus sont mis en liberté) et les décisions de condamnation à une peine d'emprisonnement si la durée de la détention provisoire a atteint la durée de la peine prononcée (là aussi le prévenu est mis en liberté).

Le pourvoi est fait par déclaration au greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée ; lorsqu'il s'agit d'un arrêt de la Cour d'appel la déclaration peut être faite au greffe du tribunal du lieu de résidence pour les prévenus libres et au greffe du tribunal du lieu de détention pour les prévenus.

Le ministère public peut former un pourvoi dans les mêmes conditions de délai que les parties privées. Mais il peut aussi, sans avoir à observer de délai, former soit d'office soit d'ordre du ministère de la justice un pourvoi dans l'intérêt de la loi qui a des effets uniquement sur le plan des principes.

Il faut signaler la possibilité pour le Garde des Sceaux de prescrire au procureur général de former un pourvoi contre les actes par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs par erreur de droit, fausse application de la loi ou erreur manifeste dans la qualification juridique des faits.

Lorsqu'elle est saisie d'un pouvoir en matière pénale, la Cour suprême peut, comme en matière civile, soit rejeter le pourvoi s'il n'est pas fondé, soit casser l'arrêt, mais dans ce cas, étant donné qu'elle ne peut juger le fond, elle doit renvoyer devant la même juridiction autrement composée ou devant une autre juridiction du même ordre sauf dans les cas exceptionnels où il peut y avoir cassation sans renvoi.

dd. Le recours en révision

Il se peut qu'une décision contre laquelle il n'est plus possible d'exercer une voie de recours soit entachée d'une erreur de fait.

Il faut pouvoir réparer cette erreur, si elle a été commise au préjudice d'un innocent. C'est l'objet du recours en révision qui est de la compétence de la Cour de cassation.

Les conditions du recours

La révision peut être demandée en matière criminelle et correctionnelle (et non en matière de contravention) quelle que soit la juridiction qui a statué et quelle que soit la peine prononcée dans les cas suivants :

- Découverte, postérieurement à une condamnation pour homicide, de pièces de nature à faire naître des indices suffisants sur l'existence de la prétendue victime ;
- Contrariété de jugement : deux personnes sont successivement condamnées pour un même fait qui n'a pu être commis que par une seule ;
- Condamnation pour faux témoignage d'un témoin qui a fait une déposition dans l'affaire qui a abouti à la condamnation ;
- Découverte ou production d'un fait ou représentation de pièces inconnues de nature à établir l'innocence du condamné.

Le droit de demander la révision appartient dans les trois premiers cas concurremment au ministre de la justice, au condamné et à son

représentant (en cas d'incapacité) ou à ses parents (en cas de décès ou d'absence déclarée). Il appartient au ministre de la justice seule dans le dernier cas.

La Cour suprême est saisie par le procureur général sur ordre du Garde des Sceaux, ministre de la Justice agissant soit d'office, soit sur réclamation des intéressés indiquant un des trois premiers cas.

Les effets

La Cour suprême vérifie d'abord que le recours est recevable (par ex. elle doit examiner si le recours est introduit par la personne qualifiée dans les cas prévus par la loi). Si le recours est recevable, elle pousse plus loin son examen et se penche sur le fond après avoir, au besoin, procédé directement ou par commission rogatoires à toutes enquêtes sur le fond, confrontations, reconnaissances d'identité et moyens propres à mettre la vérité en évidence. Deux possibilités s'offrent à la Cour suprême :

Soit il est possible de procéder à de nouveaux débats contradictoires. Dans ce cas, la Cour de cassation annulera les jugements et arrêts et tous actes qui feraient obstacle à la révision. Elle fixera ensuite les questions qui pourront être posées et renverra les accusés ou prévenus devant une juridiction autre que celle qui aurait initialement statué. En matière criminelle le Procureur général près la Cour dresse un nouvel acte d'accusation.

Soit il n'est plus possible de procéder de nouveau à des débats oraux ; il est ainsi en cas de décès, de contumace, de prescription de l'action publique ou de la peine. Dans ces cas, la Cour suprême, après avoir constaté cette impossibilité, statuera au fond sans cassation préalable ni renvoi en présence des parties civiles, d'il y en a au procès, et des curateurs nommés par elle à la mémoire de chacun des morts.

Elle annulera les condamnations injustement prononcées et déchargera, s'il y a lieu, la mémoire des morts.

La procédure qui conduit à la révision peut être longue ; c'est pourquoi certaines mesures conservatoires sont parfois prises. Ainsi la décision non encore exécutée est de plein droit suspendue à compter de la transmission de la demande au Garde des Sceaux, ministre de la justice.

Dans le même ordre la détention du condamné peut, sur ordre du Garde des Sceaux, être suspendue, jusqu'à la décision de la Cour

suprême ; elle peut aussi être également suspendue, s'il y a lieu, par l'arrêt de la Cour suprême statuant sur la recevabilité.

La reconnaissance de l'innocence du condamné peut déboucher sur l'allocation de dommages-intérêts au condamné, et, en cas de décès, à son conjoint, à ses ascendants et descendants. Les dommages-intérêts sont à la charge du budget de l'État qui peut, s'il y a lieu, exercer une action récursoire contre la partie civile, le dénonciateur ou le faux témoin par la faute duquel la condamnation a été prononcée.

Un système de publicité destiné à réparer les conséquences de la condamnation est également institué par le législateur : affichage de la décision d'où résulte l'innocence du condamné dans certains lieux (ville où a été prononcée la condamnation, ville où siège la juridiction de révision, commune ou chef-lieu de circonscription administrative ou l'infraction a été commise, commune ou chef-lieu de circonscription administrative du domicile de la victime de l'erreur judiciaire si elle est décédée) ; insertion d'office au journal officiel, publication dans deux journaux choisis par la victime de l'erreur judiciaire si elle le demande.

CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME CONTRE L'AUTORITÉ PUBLIQUE

La modernité politique se concrétise par l'intégration des droits de l'homme dans les ordres juridiques des États. La juridictionnalisation progressive des droits de l'homme, en ce sens, est une manifestation de la positivation des droits de l'homme, c'est-à-dire de leur inscription dans la hiérarchie des normes²⁴. Outre le système universel de protection des droits de l'homme – pensé dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies –, des systèmes continentaux ou sous-régionaux, dotés d'organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels, ont été érigés²⁵.

24. Cette juridictionnalisation s'est opérée par la mise en place récente, aux niveaux régional et communautaire, d'organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels chargés de sanctionner les violations des droits de l'homme. Par exemple, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples de l'Union africaine est opérationnelle depuis courant année 2009. La CEDEAO dispose aussi d'une Cour de justice qui, ayant officiellement commencé ses activités en 1991, est, entre autres compétences, habilitée à se prononcer sur les violations des droits de l'homme.

25. L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA, *Traité de Droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2018, pp. 247 et s.

En Afrique, la protection des droits de l'homme relève d'un modèle « systémique » en ce qu'elle est normativement et institutionnellement centralisée. Sur le plan normatif, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples constitue la convention-mère ; la norme de référence au fondement du contrôle des violations des droits de l'homme. Il est vrai que le Protocole de Maputo relatif aux droits des femmes, adopté le 11 juillet 2003, complète la protection holistique par une protection catégorielle des droits de l'homme. Toutefois, il s'agit d'un acte additionnel à la Charte africaine qui revendique une solidarité normative avec celle-ci à rebours de la Charte africaine des droits et du bien-être des enfants du 11 juillet 1990 qui n'est pas rattaché au droit commun de la protection des droits de l'homme. Sur le plan institutionnel, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour africaine sont les principaux organes au sein desquels s'organise une justiciabilité des droits de l'homme au niveau continental. Principal destinataire des droits proclamés, l'individu, titulaire de la personnalité juridique active, peut naturellement, mais sous certaines conditions procédurales, saisir ces organes afin de contester une violation supposée d'un droit fondamental par une autorité nationale²⁶. La notion même de personnalité juridique internationale transporte l'idée d'une protection effective et non incantatoire des droits de l'homme²⁷. L'appropriation étatique des droits de l'homme apparaît ainsi comme le marqueur de la mutation de la société internationale.

Toutefois, les mécanismes internationaux de protection des droits demeurent subsidiaires ! D'une part, la règle signifie que celui qui allègue la violation d'un droit doit, en principe, préalablement porter sa réclamation devant l'organe étatique et y épuiser l'ensemble des recours utiles organisés par le système national avant d'en référer à l'organe international. La règle de l'épuisement des voies de recours internes est généralement exigée en droit positif sous peine d'irrecevabilité de l'action contentieuse internationale²⁸. En revanche, cette

26. Quelques exemples peuvent être cités : CADHP, 18 novembre 2016, *Action pour la protection des droits de l'homme c. République de Côte-d'Ivoire* ; CADHP, 27 novembre 2020, *XYZ c. République du Bénin*.

27. P. DAILLIER, M. FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8e édition, 2009, pp. 716 et s.

28. CIJ, 21 mars 1959, *Suisse c. États-Unis*, Rec. 1959, p. 27 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, 29 juillet 1988, *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, arrêt sur le fond, Série C n° 4.

exigence ne trouve pas à s'appliquer devant la Cour de justice de la Communauté Economique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO). D'autre part, au titre des droits internationalement garantis, les individus peuvent avoir recours à la protection juridictionnelle interne, et plus spécifiquement, le droit à un recours effectif. Il s'agit, pour les individus ayant-droits, de « *pouvoir bénéficier d'un recours effectif pour se plaindre de la violation des droits garantis par les conventions des droits de l'homme, voire la constitution et la loi interne. Il constitue (...) une règle d'habilitation des systèmes juridiques nationaux à protéger les droits de la personne* »²⁹.

Ce faisant, tout État est internationalement tenu d'organiser, à la disposition des bénéficiaires des droits sous sa juridiction, des recours destinés à assurer, contre l'autorité publique débitrice, la sanction des violations. Globalement, la protection juridictionnelle interne des droits de l'homme a ceci de qualitativement particulier pour les victimes qu'elle permet de faire l'économie d'une procédure internationale. Celle-ci est une source de difficultés supplémentaires en raison de l'éloignement du juge, de l'absence de volonté politique étatique dans l'exécution de la décision juridictionnelle supranationale et des risques de divergences de jurisprudences etc.

La protection nationale des droits de l'homme exige l'invocabilité des droits sur le plan interne. Cette exigibilité participe de la réalisation de l'État de justice, composante essentielle de l'État de droit. L'existence de ces mécanismes institutionnels ou juridictionnels de réalisation des droits de l'homme confirme, s'il en était besoin, l'inscription de ceux-ci dans la hiérarchie des normes. Cette « positivation » pose néanmoins des difficultés en raison de la coexistence, dans le même espace juridique africain, d'une normativité institutionnelle – la hiérarchie des normes – et d'une forme de normativité sociale déduite des règles religieuses ou culturelles. Un conflit entre normes et valeurs pourrait contribuer à l'ineffectivité des droits de l'homme en Afrique. En effet, les droits de l'homme poursuivent des finalités difficilement conciliables. D'une part, ils véhiculent un idéal civilisationnel et aspire, conformément à la philosophie de l'individu des *Lumières*, à imposer un projet épistémique universel. D'autre part, la sociologie et l'anthropologie ne sauraient être expurgées de la notion des droits de l'homme qui, éloigné de la mystique de l'universalité, postulent une ambition culturaliste et

29. L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA, *Traité de Droit international des droits de l'homme*, op. cit., p. 1294.

localiste. Un « code culturel » viendrait situer la notion même de droits de l'homme³⁰.

De façon empirique, l'opposabilité des droits de l'homme aux autorités nationales découle soit de la domestication de la norme internationale ratifiée soit des engagements internationaux « self-executing », c'est à dire d'application directe dans l'ordonnement juridique interne. Dans le premier cas, il s'agit pour l'autorité publique nationale de convertir en normes internes l'accord international relatif aux droits de l'homme. Dans le second cas, la jurisprudence suggère que la norme internationale puisse avoir pour objet « *l'adoption (...) de règles déterminées créant des droits et des obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux* »³¹.

La condition de « l'invocabilité » des droits de l'homme dans l'ordre interne satisfaite, les individus et entités privées peuvent légalement alléguer les violations constatées et, par conséquent, exercer tout recours utile devant les organes nationaux contre l'autorité publique. Celle-ci, dans son sens large, correspond à tout organe de l'État ; qu'il relève du pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire. Dans la configuration politique, administrative et juridictionnelle de la plupart des États de l'Afrique noire francophone, l'autorité publique, sujet passif de la protection nationale des droits de l'homme, peut-être l'État lui-même, personne morale de droit public, ou l'un de ses démembrements à l'instar des collectivités territoriales ou des établissements ou entreprises publiques jouissant d'une autonomie juridique distincte de l'État central. Cependant, quand bien même serait-elle prise au sens large, la notion d'autorité publique, en matière de protection nationale des droits de l'homme, ne se confond pas toujours avec celle admise devant les organes internationaux, qui assimilent parfois des acteurs non-étatiques à l'État, dès lors que ceux-là ont agi en collaboration ou sous le « contrôle global » ou « effectif »³² de celui-ci. Ainsi, il semble superfétatoire que des juges nationaux impriment à des acteurs non-étatiques la qualité d'autorité publique afin de faire droit aux réclamations en rapport avec des violations de droits de l'homme. Il n'en reste pas moins que la victime pourrait établir que les actes ou omissions constitutifs de

30. M. DELMAS MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, 2000, p. 754.

31. CPJI, avis du 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Série B n° 15.

32. CEDH, 8 juillet 2004, *Ilascu c. Russie*, paragraphe 394.

violations – même émanant matériellement d'acteurs privés – sont en réalité imputables à l'entité publique. Ce qui constituerait, dès lors, à la charge de l'État, au sens du droit interne, une illégalité, un fait dommageable, une faute de service ou toute autre faute opposable à l'administration.

Les recours en protection interne des droits sont éclectiques. Et leur mise en œuvre reste tributaire de la configuration politique, administrative ou juridictionnelle de l'État en question. D'une part, dans les États de tradition juridique romano-germanique, et c'est le cas des États africains d'expression française, les recours peuvent avoir pour objet de remettre en cause – annulation – l'acte générateur de la violation des droits de l'homme comme entaché d'illégalité. Le recours en inconstitutionnalité de lois et actes équivalents, ainsi que les recours au titre du contentieux de l'excès de pouvoir participent notamment de cette catégorie de recours internes. D'autre part, le recours contre l'autorité publique peut parfois solliciter de l'organe juridictionnel interne, allant au-delà de l'annulation, de prononcer des condamnations pécuniaires ou de substituer sa décision à l'acte déféré. C'est ainsi qu'opère le recours dit de pleine juridiction, terrain naturel d'expression de la subjectivation du contentieux administratif³³.

Parmi les recours internes en protection des droits de l'homme, les recours constitutionnels, notamment lorsque leur exercice est démocratique – ouverture aux individus – offrent une particularité qui les détache des recours ordinaires. En premier lieu, parce que les constitutions internalisent généralement les instruments internationaux et les droits internationalement garantis, le contentieux constitutionnel apparaît comme le terreau fertile de la protection des droits de l'homme. En second lieu, l'organe juridictionnel en charge du contentieux constitutionnel est généralement, à tout le moins dans la plupart des États de tradition juridique française, situé en dehors de l'appareil judiciaire³⁴. Cet atypisme organique rend le contentieux susdit peu ordinaire en ce qu'il ne relève pas des attributions usuelles des juridictions de l'État. À l'opposé, les contentieux de l'excès de pouvoir et de pleine juridiction, lorsqu'il y a violations des droits de l'homme, relèvent de l'office

33. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome I, Paris, Montchrestien, 13e édition, 1999, p. 754.

34. Il s'agit généralement des juridictions constitutionnelles régies par des lois organiques et jouissant d'un statut privilégié, c'est-à-dire placées au-dessus de celui des juridictions composant l'appareil judiciaire du pays.

quotidien et ordinaire de la justice classique³⁵. Les différents types de contentieux en matière de protection des droits fondamentaux justifie l'examen des recours constitutionnels et des recours non-constitutionnels ou ordinaires.

SECTION 1 : LES RECOURS CONSTITUTIONNELS

La protection et la sanction internes des droits de l'homme transparaissent davantage en matière constitutionnelle qu'elles ne le sont dans les autres branches du droit interne. Ce tropisme constitutionnel de la protection s'explique par les mutations normatives qui ont traversé les droits de l'homme. La fondamentalisation, opération de « positivation » constitutionnelle des règles relatives aux droits de l'homme, opère un recentrement du contentieux autour de l'office du juge constitutionnel.

D'abord, dans les préambules des constitutions nationales – qui ont la même autorité juridique que le corps de la loi fondamentale – les États déclarent adhérer à la Charte internationale des droits de l'homme³⁶, consacrant ainsi l'ensemble des droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et les deux Pactes onusiens de 1966. D'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 enrichissent l'architecture normative constitutionnelle³⁷. On y retrouve, de surcroît, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Ensuite, le corpus des constitutions des États réservent toujours une partie relative aux droits, libertés et devoirs. Ces prérogatives coïncident avec les droits et libertés internationalement garantis.

35. D. LOCHAK, « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, pp. 43 et s.

36. L'expression « Charte internationale des droits de l'homme » est généralement employée par la doctrine pour désigner la DUDH du 10 décembre 1948, les deux Pactes internationaux de 1966 et l'ensemble des protocoles s'y rapportant. V., E. DECAUX et N. BIENVENU, *Les grands textes internationaux des droits de l'homme*, Paris, La documentation Française, 2016, p. 3.

37. Le Sénégal, le Togo, le Bénin, le Burkina Faso, la Guinée, le Niger, la Côte d'Ivoire ont opté pour une large constitutionnalisation des instruments de protection des droits de l'homme dans le préambule de leur Constitution.

Enfin, l'évolution des recours constitutionnels incite de plus en plus le juge constitutionnel à utiliser, comme référent normatif, outre la constitution, le bloc de constitutionnalité dans son entièreté. Par bloc de constitutionnalité, l'on désigne l'ensemble des textes et principes à valeur constitutionnelle utilisés comme normes de référence en matière de contrôle de constitutionnalité des lois³⁸. L'observation de la jurisprudence interne fondée sur le bloc de constitutionnalité montre que celui-ci sert de cadre juridique au contrôle de constitutionnalité pour assurer la protection des droits fondamentaux.

Toutefois, la protection des droits par le juge constitutionnel s'effectue, en pratique, à travers une dualité de contrôles. Le premier vise à s'assurer que l'acte de l'autorité publique nationale est conforme aux droits de l'homme. Il s'agit du contrôle de conformité dont la pratique sera évaluée sous l'angle du contrôle de constitutionnalité. La seconde recherche si une décision, prise contre un individu ou entité désignée, viole les droits et libertés garantis. Cette hypothèse concerne plutôt le contentieux constitutionnel de la votation.

Paragraphe 1 : Le contrôle de conformité

Il est un truisme de constater, dans les systèmes juridiques nationaux de « civil law » et de « common law », que les individus peuvent, directement ou indirectement, dénoncer la violation d'une disposition constitutionnelle ; la dénonciation incidente consistant au soulèvement de l'inconstitutionnalité de la norme querellée à l'occasion d'un procès³⁹. L'exercice de ce droit permet aux plaideurs, *in fine*, de faire sanctionner, contre l'autorité publique nationale, les violations des droits de l'homme. Et, sans prétendre à l'exhaustivité, on peut noter que les requêtes et exceptions individuelles pour violation des droits, dans le cadre des recours constitutionnels, se rapportent diversement à la violation de l'ensemble des droits fondamentaux. Il peut s'agir du principe d'égalité, du droit à la non-discrimination, de droits civils et politiques et même de droits économiques, sociaux et culturels. Cependant, la mise en œuvre du recours varie d'un État à un autre ou plus globalement selon

38. R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Lexis Nexis, 2012, p. 63.

39. A. K. DIOP, « La particularité de l'exception d'inconstitutionnalité sénégalaise : une analyse à la lumière du contentieux de l'exception d'inconstitutionnalité en Afrique francophone », *Annales Africaines*, Nouvelles Série, vol. 2, n° 13, 2020, pp. 61-94.

les singularités processuelles propres à chaque système juridique. Deux considérations juridiques permettent de saisir les linéaments du recours susvisé : la mise en œuvre de celui-ci et les effets du contrôle.

A. La mise en œuvre du recours

L'organisation des recours constitutionnels de conformité pour violation des droits de l'homme n'est pas homogène. Elle varie selon les États en fonction du système juridique qui fonde l'ordonnement interne : « civil law » ou « common law ». En fonction du modèle-type institutionnel de justice constitutionnelle adopté par l'État en présence, le plaignant qui allègue la violation de ses droits fondamentaux par une norme non conforme à la constitution, peut porter sa réclamation en justice, soit à titre principal, soit de façon incidente. Toutefois, l'exercice individuel du recours en inconstitutionnalité présente plusieurs figures : démocratique dans certains ordonnancements internes, il reste élitiste dans d'autres⁴⁰.

La saisine des juridictions compétentes en matière de constitutionnalité est particulièrement ouverte dans les États ouest-africains anglophones, aussi bien par voie d'action qu'incidemment, même si parfois la loi exige que le requérant rapporte la preuve qu'il est « *directement touché par la violation présumée* » ou qu'il y va suffisamment de son intérêt. C'est le cas du Ghana, du Nigéria et au Libéria⁴¹.

En revanche, le droit de saisine est moins généreux dans la plupart des États francophones de la même sous-région. Le droit de saisir directement l'organe compétent en charge du contrôle de constitutionnalité à l'égard des lois ou actes équivalents adoptés mais non encore promulgués appartient, en principe, à certaines autorités publiques. L'hypothèse est vérifiée au Sénégal ou en Côte d'Ivoire. En effet, la faculté de saisir, par voie d'action, le Conseil constitutionnel en inconstitutionnalité contre des lois ordinaires non encore promulguées n'est reconnue qu'au président de la République, au président de l'Assemblée nationale et à 1/10^e des parlementaires. À rebours, au Burkina Faso, la

40. Le caractère élitiste du recours en inconstitutionnalité vaut surtout pour le contrôle par voie d'action dans la plupart des États de l'Afrique noire francophone où le recours, fermé aux individus, n'est ouvert qu'à certaines personnalités publiques.

41. B. KANTÉ et H. KWASI PREMPEH, « La saisine des juridictions compétentes en matière de contrôle de constitutionnalité », in *Les juridictions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest, Analyse comparée*, Institut international pour la démocratie et l'assistance électorale, 2016, pp. 127-133.

saisine est plutôt ouverte et démocratique⁴². Le cas du Bénin, dans l'espace étatique francophone, est également particulièrement atypique. Tout individu est en droit de solliciter directement du juge constitutionnel qu'il contrôle la conformité d'une norme même réglementaire à la constitution en matière d'atteinte aux droits fondamentaux⁴³.

Par ailleurs, les systèmes constitutionnels des États francophones connaissent la technique de l'exception d'inconstitutionnalité qui permet à tout plaideur de soulever incidemment l'inconstitutionnalité d'une loi en vigueur à même de lui être appliquée au cours d'un procès. La juridiction devant laquelle le moyen est soulevé est tenue de surseoir à statuer sur le litige dont elle est saisie au principal jusqu'à ce que la question de constitutionnalité soit vidée. À cette aune, les ordonnancements juridiques des États ouest-africains anglophones, plus enclins à la saisine directe du juge constitutionnel par les individus, offrent plus d'opportunités de discuter les violations des droits de l'homme en justice. Ce faisant, ces systèmes s'inscrivent davantage dans la dynamique d'une protection de ces droits fondamentaux. Dans ces États, l'exercice d'un recours *a posteriori*, conjointement au recours *a priori*, est perçu comme un foyer d'élargissement des possibilités de sanctionner les violations ignorées par le contrôle *a priori*.

En outre, la mise en œuvre des recours en inconstitutionnalité questionne la détermination de la juridiction compétente. La réalisation de l'État de justice, adjuvante de l'État de droit, reste encore tributaire du modèle de contrôle choisi ; la connaissance de ce contentieux étant

42. Au Sénégal, le droit de saisine directe du Conseil constitutionnel contre les lois ordinaires avant leur promulgation est reconnu au président de la République et aux députés représentant 1/10^è des membres de l'Assemblée nationale. Au Burkina-Faso, alors même que les termes de l'article 157 (2) de la Constitution sont suffisamment clairs et favorables à un recours direct des particuliers « (...) *En outre, tout citoyen peut saisir le Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel qui doit intervenir dans un délai maximum de trente jours à compter de sa saisine* ». Le Conseil constitutionnel décide régulièrement que les citoyens ne peuvent le saisir par voie d'action. V. CC. décision n° 2019-017/CC du 08 août 2019 ; CC. décision n° 2020- 024/CC du 16 octobre 2020.

43. V. les articles 117, 120 et 122 de la Constitution béninoise qui consacrent ce droit de saisine directe de la Cour constitutionnelle en faveur des citoyens. Le juge constitutionnel burkinabé ne cesse d'appliquer ces dispositions. V. décision n° DCC 12-005 du 17 janvier 2012 ; décision n° DCC 12-081 du 3 avril 2012.

répartie entre les États au système de contrôle diffus ou décentralisé et ceux qui relèvent du modèle centralisé.

Dans le premier cas, toutes les juridictions, même ordinaires, au-dessus desquelles se situe une juridiction suprême sont habilitées à contrôler la constitutionnalité des normes. C'est l'exemple de la plupart des États ouest-africains anglophones. Ce système est notamment en vigueur au Nigéria. Dans cet État, les tribunaux de grande instance ont compétence pour connaître en premier ressort des questions relatives aux droits fondamentaux et celles en rapport avec l'application et l'interprétation de la Constitution; la Cour d'appel et la Cour suprême n'intervenant en la matière que comme juges d'appel. Il en va de même du Libéria où les « claims court », tribunaux de première instance, ont le pouvoir d'examiner en premier ressort, à charge d'appel à la Cour suprême, les litiges relatifs aux droits fondamentaux et autres droits et libertés constitutionnels. Par conséquent, la victime d'une violation des droits peut saisir successivement toutes les juridictions composant l'ordre judiciaire de l'État, du premier degré au sommet de la hiérarchie judiciaire. La jurisprudence de la Cour suprême du Libéria va dans ce sens. Ce modèle est pensé à l'avantage de l'individu qui, concrètement, dispose de plusieurs voies de recours pour assurer la garantie des droits fondamentaux.

Dans le second cas, le modèle centralisé, généralement en vigueur dans les États de tradition *civil law*, confie l'examen de tous les recours constitutionnels à une seule juridiction dotée d'une compétence exclusive et statuant en premier et dernier ressort. Pratiqué dans la plupart des États francophones de l'Afrique de l'Ouest, ce modèle repose sur l'existence d'une Cour constitutionnelle au Bénin, en Guinée, au Mali, au Niger et au Togo et sur un Conseil constitutionnel au Burkina-Faso, en Côte d'Ivoire, en Mauritanie et au Sénégal. Il s'agira ici de concentrer le contrôle de la violation des droits fondamentaux devant une juridiction constitutionnelle dotée de compétences uniques et exclusives. Les illustrations prétoriennes en rapport avec les recours individuels en inconstitutionnalité pour violation des droits fondamentaux dans ces États foisonnent⁴⁴.

44. Au Sénégal, décisions n° 3/C/96 et n° 4/C/96 du 3 juin 1996 (A propos du droit à la propriété privée et ses possibles limitations). En Côte d'Ivoire, CC. décision n° CI-2019-007/DCC/05-12/CC/SG du 5 décembre 2019 (À propos de la présomption d'innocence en faveur d'un inculpé en phase d'information judiciaire). Au Bénin, CC. décision n° DCC 96-025 des 25, 26 et 2 mai 1996 (Sur les principes d'égalité et de non-discrimination).

La norme, source de la violation des droits et objet du recours constitutionnel, peut naturellement être organique ou ordinaire. Au surplus, le recours constitutionnel pour violation des droits humains peut, même si les exemples sont marginaux dans les États francophones, être licitement dirigé aussi contre un acte réglementaire. L'article 22 de la loi organique relative à la Cour constitutionnelle du Bénin dispose à cet effet que « *les actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques, et en général, sur la violation des droits de la personne humaine sont transmis à la Cour constitutionnelle* ». Et sur le fondement de cette disposition constitutionnelle, le juge béninois, saisi de la requête d'un individu en situation de handicap – non-voyante –, annula un acte administratif réglementaire contenant une discrimination à son égard relativement au déroulement du concours de la magistrature⁴⁵. Cependant, ce recours pour violation des droits fondamentaux par un acte réglementaire n'est pas ouvert aux citoyens dans plusieurs États, dont notamment la Côte d'Ivoire, où à peine d'irrecevabilité, le Conseil constitutionnel exige qu'il s'agisse d'un acte législatif⁴⁶. Cette solution contraste avec celle en vigueur dans les États ouest-africains anglophones qui connaissent une multiplicité d'actes attaquables devant le juge du contrôle de constitutionnalité. Cette hétérogénéité des actes contestables renforce la compétence matérielle du juge. Par ricochet, elle densifie, en faveur des citoyens, la protection des droits dans la mesure où la violation, quelle que puisse être son origine législative ou réglementaire, demeure objet de censure. Cet esprit de protection traverse l'autorité des décisions des organes juridictionnels internes assurant le contrôle de conformité des normes étatiques aux lois fondamentales.

B. L'autorité de la décision issue du recours en inconstitutionnalité

L'utilité pratique des décisions rendues en réponse aux recours constitutionnels pour violation des droits de l'homme est tributaire des effets et de l'autorité des sentences rendues. La question de l'autorité des décisions prononcées par le juge constitutionnel interroge, en creux, la place de l'organe chargé du recours dans la hiérarchie judiciaire nationale⁴⁷.

45. CC. décision n° DCC 2012-05 du 3 mai 2012.

46. CC. décision n° CI- 2019- 005/DCC/ 05-08/CC/ SG du 5 août 2019.

47. A. ISSOUFOU, « L'autorité des avis du juge constitutionnel en Afrique francophone », *Afrilex*, 2020, pp. 1-39.

Dans les ordres juridiques internes en Afrique, les juges constitutionnels sont pourvus d'une triptyque d'options. D'abord, s'ils estiment le recours mal fondé, celui-ci fait l'objet d'un rejet. Ensuite, ils déclarent la norme attaquée inconstitutionnelle en ce qu'elle est attentatoire aux droits fondamentaux. Enfin, il est possible de déclarer la norme conforme à la Constitution mais sous réserves⁴⁸.

Si les décisions d'inconstitutionnalité et de constitutionnalité sous réserve peuvent cristalliser les attentions en matière de droits fondamentaux des individus, le rejet d'un recours n'en laisse pas moins subsister l'opportunité d'une protection. En effet, dans les systèmes de contrôle diffus ou décentralisé, le requérant dispose de voies de recours devant l'instance juridictionnelle suprême. Ce droit de recourir à l'organe supérieur est en lui-même une exigence fondamentale; le requérant disposant ainsi d'une opportunité de discuter judiciairement la violation alléguée de ses droits. Pareillement, même en présence d'une juridiction constitutionnelle pourvue d'une compétence exclusive, dans le système de contrôle centralisé, le rejet du recours n'empêche pas que la norme querellée soit attaquée incidemment au cours d'un procès quelconque.

En règle générale, les décisions d'inconstitutionnalité opèrent sans effet rétroactif. Ce qui, respectant les droits acquis et l'impératif de sécurité juridique, est de nature à favoriser la garantie des droits fondamentaux et des libertés publiques. Cet effet dans le temps des décisions, commun aux États ouest-africains de tradition juridique francophone et anglophone, est plus accentué dans les juridictions de « common law ». En vertu de la règle du précédent, ces juridictions restent, en principe, tenues d'appliquer la même solution à tout autre litige survenu ultérieurement et présentant des caractéristiques similaires.

Par ailleurs, le lien entre les décisions constitutionnelles et la protection interne des droits de l'homme transparait au niveau de leur autorité. Sur ce point, les décisions d'inconstitutionnalité sont obligatoirement revêtues de l'autorité de la chose jugée et sont opposables *erga omnes*. Elles s'appliquent en faveur tant des parties requérantes que de toutes autres personnes auxquelles la norme source de la violation aurait vocation à s'appliquer. De surcroît, les décisions s'imposent à

48. A.A.D. KÉBÉ, « Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence constitutionnelle des États de l'Afrique noire francophone », *Annales Africaines*, vol. 1, 2015, p. 263. V. aussi, S. A. NDIAYE, « Les techniques de contrôle du juge constitutionnel en Afrique : l'exemple de l'injonction », *RIDC*, 2020, n° 2, pp. 365-386.

toutes les autorités de l'État. Elles lient ainsi les autorités administratives, c'est-à-dire au premier rang le gouvernement ou le pouvoir exécutif et tous les agents de la nomenclature administrative. Elles s'imposent aussi aux autorités politiques, militaires et même judiciaires⁴⁹.

Ces solutions, validées par la plupart des constitutions en Afrique noire francophone et anglophone, ont une double signification. D'une part, les normes déclarées inconstitutionnelles ne doivent plus recevoir application ou servir de fondement à des décisions ultérieures sous peine d'illégalité absolue⁵⁰. D'autre part, les autorités publiques doivent se conformer aux termes de la décision. Elles ne sauraient légalement s'y soustraire. La désobéissance aux décisions d'inconstitutionnalité est particulièrement sanctionnée dans les législations de l'Afrique noire anglophone. Il en va notamment ainsi de la Gambie, du Ghana et de la Sierra dont les lois fondamentales incriminent comme infraction qualifiée de crime le fait pour tout individu de ne pas se conformer à une décision d'inconstitutionnalité portant sur une loi, un acte ou une omission. Si l'inexécution est le fait du président ou du vice-président, elle constitue virtuellement un manquement grave pouvant justifier leur destitution.

En tout état de cause, les recours constitutionnels pour violation des droits fondamentaux apparaissent comme une garantie contre l'arbitraire de l'autorité publique. Les juridictions constitutionnelles n'en ont pas moins d'autres compétences qui assurent la protection des fondamentaux des individus. Il en est ainsi de leurs attributions en matière de contentieux électoral. Les litiges subséquents sont résolus par des recours individuels introduits en matière de votation.

Paragraphe 2 : Les recours en matière de votation

Si les recours individuels en inconstitutionnalité donnent souvent l'occasion de sanctionner les violations des droits de l'homme, le contentieux constitutionnel en rapport avec les élections reste le siège privilégié des réclamations relatives aux droits fondamentaux. En effet, les élections mettent en jeu les droits et libertés politiques qui organisent les rapports individu-pouvoir. Et comme toujours, ainsi que

49. V. article 92 de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001.

50. Le terme illégalité est pris, ici, dans son acception la plus large de tout ce qui est contraire au droit.

le rappela MOURGEON, « *les hommes réclament le pouvoir (...)* », « *sans doute, (...) tous les droits de l'homme sont politiques (...)* »⁵¹.

Au titre des droits politiques internationalement garantis, le contentieux des élections politiques traite des droits électoraux et de participation aux affaires publiques. Ces droits et libertés sont consacrés notamment par la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, et généralement « constitutionnalisés » dans les Etats⁵². Ils renferment le droit de vote, le droit de se porter candidat et le droit d'être effectivement élu. Les violations des droits de l'homme, en ce domaine, sont récurrentes non seulement en raison de la marge nationale d'appréciation à la disposition des autorités publiques⁵³ pour leur mise en œuvre mais aussi, et surtout, parce que, pour ce qui est de l'Afrique, les élections sont souvent essaimées de violences⁵⁴. Les cas de violation des droits de l'homme sont perceptibles à toutes les étapes de l'élection. Toutefois, les législations nationales sont favorables à une vulgarisation du traitement juridictionnel du contentieux électoral. Par la souplesse des conditions d'accès au prétoire du juge électoral qu'elles posent⁵⁵, les lois étatiques stimulent la tentation contentieuse des individus pour faire garantir leurs droits fondamentaux. Dans cette logique, sont discutés au contentieux le cadre électoral, le processus et les résultats ; notamment lorsqu'ils violent le principe d'égalité, le droit à la non-discrimination, la proportionnalité et bien d'autres droits⁵⁶.

51. L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA, *Traité de Droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 1083.

52. A. SALL, « Instruments internationaux intégrés dans le préambule constitutionnel », *op. cit.*, p. 123.

53. M. DELMAS MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *op. cit.*, p. 753-780.

54. D. FRANCISCO MELEDJE, « Le contentieux électoral en Afrique » *Pouvoirs*, n° 129, 2009/2, p. 143.

55. Le juge électoral est ainsi plus accessible que celui en charge du contrôle de constitutionnalité des lois dont on a déjà précisé que l'accès à son prétoire est plus moins fermé selon les systèmes nationaux.

56. CC. du Bénin, décision n° DCC 09-002 du 08 janvier 2009 ; CC. de la Côte d'Ivoire, décision n° CI--2021-EL-141/25-03/CC/SG du 25 mars 2021.

Tout compte fait, les recours constitutionnels en matière électorale inclinent à considérer une forme de banalisation en Afrique tant il est vrai qu'ils sont récurrents et intériorisés dans l'espace public. Ces recours offrent potentiellement une meilleure protection. Pour autant, l'effectivité de cette protection reste mitigée.

A. Une protection optimale par la banalisation des recours électoraux

Pour le professeur Jean GICQUEL, l'élection apparaît comme « *consubstantielle à la démocratie* »⁵⁷. Par conséquent, la vérification constitutionnelle des opérations électorales est une condition de la bonne gouvernance, de la légitimité et de la légalité des modes d'acquisition ou de transmission du pouvoir. Le juge électoral est fondamentalement chargé de vérifier la régularité de l'ensemble des actes du processus électoral, y compris la validité des résultats des élections.

De plus, le règlement juridictionnel constitue un moyen efficace de protection des droits politiques ; les individus ou partis politiques, candidats ou électeurs sont censés y trouver les ressorts nécessaires aux réclamations relatives à la méconnaissance de leurs droits électoraux.

Pourtant, le contentieux électoral, au sens du règlement des différends en matière électorale par des organes juridictionnels indépendants, est d'apparition récente en Afrique. Il a surtout émergé à la faveur du mouvement de démocratisation intervenu sur le continent à partir des années 1990. En effet, pendant la temporalité des partis uniques, le contrôle de la régularité et de la sincérité du scrutin n'était assuré que par des formations de jugement au sein des Cours suprêmes composées de juges dont l'indépendance institutionnelle fut compromise par les nombreux régimes présidentielistes et absolutistes d'antan. Il a fallu attendre la démocratisation sus-évoquée des systèmes politiques africains et le constitutionnalisme triomphant pour constater la concrétisation des réformes institutionnelles. Ce qui a, progressivement, engendré l'émergence d'un véritable contentieux dans lequel les parties à une compétition électorale ont l'avantage de faire valoir leurs droits et solliciter la sanction de violations éventuelles.

Malgré des configurations disparates, le contentieux électoral est généralisé en Afrique francophone, anglophone et lusophone. Les

57. J. GICQUEL, « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/4 n° 41, pp. 191 et s.

aménagements institutionnels mis en place dans la plupart des États partagent le contentieux, en fonction de la nature de l'élection considérée, entre les juridictions constitutionnelles et les juridictions ordinaires. Par exemple, en Côte d'Ivoire et au Sénégal, le contentieux de l'élection présidentielle et parlementaire ressortit à la compétence du Conseil constitutionnel ; tandis que le juge de l'administration a compétence pour connaître du contentieux des élections locales. Il en va de même pour ce qui est de la Guinée où ces contentieux relèvent de la compétence de la Cour suprême et du Togo dotée d'une Cour constitutionnelle. Et dans l'ensemble de ces États, le contentieux de l'inscription sur les listes électorales incombe aux tribunaux judiciaires, à l'exception du Bénin dont la législation confie le contentieux en rapport avec l'entièreté du processus électoral – inscription, résultat – au juge constitutionnel. Au Ghana, en Sierra Leone, au Nigeria, le contentieux de l'élection présidentielle revient à la Cour suprême. Cependant, au Nigéria, la Cour d'appel fédérale statue sur ces questions à charge de recours, ultimement, devant la Cour suprême. Dans ces mêmes États, les litiges relatifs aux élections parlementaires sont de la compétence de la Cour d'appel en dernier ressort. Au Libéria, il revient à la Commission électorale de traiter le contentieux des élections présidentielles avant tout recours en appel devant la Cour suprême. La solution est différente en Gambie où la Cour suprême a reçu compétence exclusive pour le contentieux des élections présidentielles et législatives. Cette compétence exclusive est élargie pour la Cour constitutionnelle du Cap vert qui connaît des contentieux relatifs aux élections présidentielles, législatives et locales.

La vulgarisation ou banalisation sus-décrite des recours juridictionnels en matière électorale sur le continent est pensée en faveur d'une meilleure protection des droits de l'homme contre l'autorité publique nationale. Elle donne la possibilité aux individus dont les droits sont violés de porter des réclamations. Il s'agit surtout d'un droit d'accès au prétoire avec la possibilité d'exercer des voies de recours, assurant ainsi la « justiciabilité » des droits. Dire qu'il y a un véritable contentieux des droits de l'homme en Afrique relève du lieu commun tant il est vrai que le règlement des litiges électoraux devant le juge interne assure une sauvegarde, au moins formellement, des droits politiques. Cette prémisse théorique n'occulte pas une réalité empirique plus neutre. L'effectivité de la protection des droits fondamentaux reste mitigée.

B. Une effectivité mitigée de la protection des droits fondamentaux

La multiplication des recours juridictionnels relativement aux compétitions électorales induit l'idée d'une démocratie électorale dans la plupart des pays africains. Partant, elle renforce la justiciabilité des droits de l'homme en ce que les recours sont protecteurs des droits historiques dits de première génération. Il n'en demeure pas moins que l'examen de la pratique démontre que cette protection est souvent formelle et discursive ; l'effectivité apparaît bien souvent comme une vue de l'esprit qui traduit le décalage entre la norme et la pratique. La tendance empirique révèle plutôt une atteinte des droits. Ce constat se vérifie aussi bien dans le contentieux au sein des États africains francophones et anglophones.

Au Niger, le juge électoral se singularisa par son courage lorsque le président Mamadou Tandja, souhaitant se présenter à nouveau aux élections présidentielles, avait sollicité l'avis de la Cour constitutionnelle pour neutraliser la limitation des mandats. La haute Cour rendit un avis défavorable au motif que le projet du chef de l'État était entaché d'inconstitutionnalité⁵⁸. Pour contourner le verrou constitutionnel, le Président édicta un décret portant convocation du corps électoral pour faire adopter une nouvelle Constitution par le biais d'un référendum constituant. En l'espèce, le juge constitutionnel annula ledit décret pour excès de pouvoir au motif que « *le décret convoquant le corps électoral pour le référendum sur la Constitution de la VI^e République a été pris en violation des dispositions des articles 49 et 135 de la Constitution* »⁵⁹.

Au Mali, à l'instar de la hardiesse du juge nigérien, le juge électoral avait courageusement déclaré contraire à la Constitution et à l'exercice des droits des citoyens la disposition de la loi qui exigeait la signature d'un certain nombre d'élus locaux comme condition pour se présenter à l'élection au motif que « *la mise en œuvre des droits politiques d'un citoyen n'est pas fonction et ne saurait être fonction de son adhésion à un parti (...) les partis ne peuvent être les seuls à concourir à l'expression du suffrage* »⁶⁰.

Au Bénin, le juge électoral s'inscrit dans cette dynamique de lutte contre l'abus de l'autorité publique. En 2005, la Cour constitutionnelle,

58. CC. avis n° 02/CC du 25 mai 2009.

59. CC. décision n° 04/ CC ME du 12 juin 2009.

60. CC. décision n° 96-003 du 25 octobre 1996.

approuvant la création d'une Commission nationale autonome indépendante du gouvernement et du pouvoir législatif pour organiser les élections, déclara inconstitutionnelle des dispositions de la loi admettant l'immixtion du ministre de l'intérieur dans la fixation du budget de ladite Commission comme contraire au principe d'indépendance qui est censé caractériser cette autorité administrative indépendante⁶¹. Le juge béninois adopta la même position dans plusieurs espèces relatives à la régularité et à la sincérité des différents processus électoraux⁶².

En dehors de l'Afrique francophone, d'autres exemples de traitement du contentieux électoral méritent d'être relevés. C'est le cas en Afrique du Sud et en Egypte. Le juge constitutionnel électoral sud-africain a, à l'occasion de deux affaires, affirmé la protection des principes d'égalité et d'universalité du suffrage, d'une part, et de ceux du droit de vote, d'autre part. D'autres décisions du juge sud-africain mettent en lumière la protection du droit de tout citoyen de candidater à une élection et de faire librement campagne sans subir de violence.

L'attitude, ci-dessus décrite, de quelques juges africains tranche avec les solutions de la majorité des juges électoraux sur le continent ; empêchant une jouissance effective des droits politiques. Plusieurs explications à cette incomplétude peuvent être données : instabilité chronique, crise permanente, clientélisme, corruption généralisé dans le milieu politique etc. L'absence d'indépendance déterminerait en particulier les juges électoraux à ne pas faire preuve d'audace pour exploiter au mieux leur pouvoir d'appréciation. Le contentieux des candidatures et celui de l'annulation illustrent cette tendance. Le juge constitutionnel ivoirien qui, statuant en matière électorale, déclara le candidat Alassane Ouattara inéligible en 2000⁶³ faute d'être pleinement ivoirien d'origine. Le même juge inversa les résultats de la présidentielle de 2011⁶⁴ contre le même opposant en faveur du président sortant Laurent Gbagbo. Dans le contentieux électoral togolais et camerounais, l'inéligibilité d'opposants politiques fut retenue pour des motifs peu pertinents. Le

61. CC. décision n° DCC 05-056 du 21 juin 2005.

62. S. DAKO, « Le contentieux électoral dans la jurisprudence de la CC. du Bénin », *Annuaire béninois de justice constitutionnelle. Dossier spécial, 21 ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin (1991-2012)*, Abomey-Calavi, 2014, pp. 625 et s.

63. CC. décision n° E001- 2000 du 6 octobre 2000.

64. V., CC. décision n° CI- 2010- EP-03/34- 12/CC/SG du 3 décembre 2010 et CC. décision n° 2011- EP-036/04/05/CC/SG du 04 mai 2011.

même constat du parti pris subjectif des juges électoraux africains transparaît dans le contentieux nigérian avec l'annulation de l'élection d'un candidat de l'opposition au motif que le scrutin s'était déroulé dans la violence. Pourtant, pour les mêmes faits, il s'est gardé de prononcer l'annulation de l'élection d'un candidat proche du pouvoir. Les exemples sont légions. Toutes ces espèces ont ceci de particulier qu'elles entraînent directement ou indirectement la négation des droits électoraux d'individus comme la remise en cause de l'éligibilité de certains candidats. De ce fait, il y a non seulement violation du droit de vote mais également du droit de prétendre à la direction des affaires publiques⁶⁵. Les injustices électorales touchent également le droit à la non-discrimination.

A l'analyse, les recours constitutionnels, qu'il s'agisse des recours en inconstitutionnalité et des recours électoraux, même pourvus d'une incidence différente, constituent des voies de droit pour la protection des droits de l'homme contre l'autorité publique. Cet État de droit formel ne rencontre toutefois pas nécessairement un État de droit substantiel. Celui-ci est davantage réalisé, en terme quantitatif, lorsqu'il s'agit des recours juridictionnels non constitutionnels à la disposition des individus. En d'autres termes, les recours ordinaires s'avèrent plus efficaces en raison de la proximité entre le juge et les justiciables.

SECTION 2 : LES RECOURS ORDINAIRES

La terminologie « recours ordinaires » permet de marquer la différence avec les recours constitutionnels en protection des droits de l'homme. L'expression signifie surtout que ces recours sont à la disposition courante des plaideurs pour faire valoir leurs droits en justice. Et, à l'occasion de l'exercice de ces recours, les réclamations aux fins de protection des droits contre l'autorité publique nationale peuvent être utilement portées.

65. Ces droits sont consacrés à l'article 25 du PIDCP : « *Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées l'article 2 et sans discriminations déraisonnables : a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ; b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs ; c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays* ».

À l'instar des recours constitutionnels, les actions pour violations des droits de l'homme devant les juges ordinaires profitent de la *constitutionnalisation* des droits de l'homme et de l'*internalisation* des instruments pertinents en la matière. La plupart des États, sujets à l'examen périodique universel du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies (EPU), assurent généralement la conformité des législations nationales aux instruments des droits de l'homme pour ne pas encourir le grief d'États violateurs des droits de l'homme.

Les recours ordinaires sont protéiformes. Ils ne présentent pas les mêmes figures selon qu'il s'agisse d'États de tradition juridique germanique ou anglo-saxonne.

En réalité, en dépit de l'essor constaté d'un certain « administrative law » dans les États anglo-saxons, le droit régissant les activités ou faits de l'autorité publique n'a fondamentalement rien de commun avec le droit administratif substantiel et processuel tel que connu dans le système français qui a inspiré les États africains francophones. Précisément, puisque la protection des droits fondamentaux contre l'autorité publique nationale dans le cadre de recours ordinaires repose sur un contentieux administratif, il sera question exclusivement des recours ordinaires en protection des droits fondamentaux pratiqués dans les États de tradition juridique française. Les actions ayant une incidence directe sur la protection des droits fondamentaux des individus sont constituées par le recours pour excès de pouvoir et celui de pleine juridiction.

Paragraphe 1 : Le recours pour excès de pouvoir

Parmi les recours juridictionnels contre l'autorité publique, l'administration en l'occurrence, le recours pour excès de pouvoir est le plus emblématique⁶⁶. On a notamment dit de ce recours qu'il traduit au mieux les efforts des pouvoirs publics à se soumettre à la règle de droit. Le recours pour excès de pouvoir concrétise l'État de droit⁶⁷.

66. Le recours pour excès de pouvoir, au Sénégal, est prévu par la loi organique n° 2017-09 du 17 janvier 2017 abrogeant et remplaçant la loi organique n° 2008-35 du 08 août 2008 sur la Cour suprême. V., S. FALL, « Le juge administratif sénégalais et la protection des droits et libertés », in A.-B. FALL et D. SY (dir.), *Les nouvelles tendances du droit administratif en Afrique*, Presses UT1, 2018, pp. 86 et s.

67. P. WEIL, *Le Droit administratif*, Que sais-Je ?, P.U.F, 6e édition, 1975, pp. 3-5.

De fait, si le recours pour excès de pouvoir vise, pour l'administré, à obtenir l'annulation d'une décision administrative, c'est à dire d'un acte d'autorité. Il a pu être de « miracle ». Lequel justifie le caractère exorbitant du droit administratif⁶⁸. Dans ce contentieux, le juge de l'administration a le pouvoir de prononcer l'annulation – la suppression pour le passé et pour l'avenir – des actes de cette autorité administrative.

La règle est maintenant acquise, depuis l'arrêt *Dame Lamotte c. Ministre de l'agriculture*, que le recours pour excès de pouvoir « est ouvert, même sans texte, contre tout acte administratif et (...) a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du Droit, le respect de la légalité »⁶⁹.

L'exercice du recours pour excès de pouvoir s'analyse comme une voie de droit favorable à la protection des droits fondamentaux contre l'autorité publique nationale en ce que les juges nationaux, statuant généralement *ex nihilo* – mais parfois aussi avec l'aide du législateur – s'emploient, de plus en plus, à étendre les moyens d'annulation ou cas d'ouverture susceptibles d'être utilisés par les requérants. Cette administration de la justice, baromètre de l'évolution de l'office du juge de l'excès de pouvoir, s'accompagne d'autres techniques de contrôle – notamment le contrôle de « conventionnalité » – qui permettent aux juges de sanctionner la violation des droits de l'homme par l'autorité administrative.

L'incidence du recours pour excès de pouvoir sur la protection interne des droits de l'homme peut être appréhendée par l'exercice du recours lui-même et par les effets de la décision juridictionnelle subséquente.

A. L'exercice du recours pour excès de pouvoir

L'exercice du recours pour excès de pouvoir renvoie à deux préoccupations : les diligences qui incombent aux réclamants et l'office du juge de l'administration, en l'occurrence les pouvoirs dont il dispose afin de sanctionner les violations.

En premier lieu, tenant à son exercice, la mise en œuvre du recours pour excès de pouvoir peut être plus ou moins facilitée dans les

68. La doctrine a tout de même théorisé le déclin de l'exorbitance du droit administratif. V., A. A. D. KÉBÉ, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *AFRILEX*, 2015, pp. 28 et s.

69. CE. Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte c. Ministre de l'agriculture*, Lebon, p. 110.

législations nationales selon l'introduction obligatoire ou facultative de recours administratifs dans des délais impératifs⁷⁰. Qu'il soit obligatoire et préalable à l'exercice du recours juridictionnel, le recours administratif est porté par l'administré devant une autorité administrative. Il débouche sur une décision administrative investie de l'autorité de la chose décidée. Et au contraire du recours contentieux, le recours administratif est généralement souple et, sous réserve des législations nationales contraires, son exercice est facultatif et moins formaliste. C'est notamment le cas en France et au Sénégal⁷¹. Ce qui est de nature à déterminer les individus à y recourir pour solliciter la protection de leurs droits par l'autorité publique même lorsque ces recours sont laissés à leur discrétion.

L'avantage des recours administratifs tient également au fait que le requérant peut faire valoir devant l'autorité administrative, à l'appui de son recours, tout argument. Il peut s'agir de moyens de droit tirés de l'opportunité, du bon sens ou fondés sur des considérations d'ordre humanitaire au sujet d'une situation individuelle. Le recours débouche sur une décision administrative qui, revêtue de l'autorité de la chose décidée, est susceptible d'être remise en question devant le juge. Cela accroît les chances de l'administré de porter sa réclamation en justice dans le cas où la solution de l'administration ne lui paraît pas satisfaisante. En revanche, l'administration n'est pas obligée de répondre ou de donner suite au recours, tout comme elle peut aller au-delà de ce qui lui est demandé. Ce qui peut lui donner l'occasion de régler tous les aspects de la situation individuelle du requérant, notamment par la reconsidération de sa décision contestée. Par exemple, l'administration peut reconstituer la carrière de l'agent ou réparer intégralement le préjudice subi.

Le recours administratif peut emprunter plusieurs formes. Il peut s'agir d'un « recours gracieux » destiné à porter une réclamation devant l'autorité administrative auteur de la décision contestée ou un « recours hiérarchique » consistant à en appeler à l'autorité hiérarchiquement supérieure à l'auteur de l'acte. Il peut encore s'agir d'un recours de tutelle. Celui-ci intervient dans le cadre d'une administration décentralisée et permet à l'administré d'une collectivité décentralisée – région, département, commune etc. – de demander à l'autorité de tutelle d'annuler

70. D. SY, *Droit administratif*, L'Harmattan, 2014, pp. 102 et s.

71. *Ibid.*, pp. 113 et s.

la décision d'une collectivité ou de se substituer à elle parce qu'elle serait défailante.

Lorsque l'administré n'a pu obtenir satisfaction, en tout ou partie, par le procédé du recours administratif, il peut introduire un recours contentieux. Ce recours n'est pas dirigé contre l'administration comme défenderesse à l'action. Le réclamant intente plutôt un « *procès à un acte administratif* ». Il lui fait grief d'avoir enfreint la légalité⁷². À cette occasion, il est possible d'alléguer la violation des droits fondamentaux. Au demeurant, le lien entre le recours pour excès de pouvoir et la protection interne des droits de l'homme est consolidé dans le contexte de l'internalisation des conventions internationales des droits de l'homme et du contrôle de conventionalité effectué par les juges internes.

Contrairement au recours administratif, le demandeur du recours pour excès de pouvoir doit agir dans un délai impératif – deux mois –, avoir intérêt à la cause et faire valoir des cas d'ouverture ou moyens d'annulation au soutien de sa demande. Ces moyens d'annulation, tendant à établir l'illégalité de la décision administrative attaquée, ne sont pas rigoureusement définis. La loi se contente de prescrire que le recours pour excès de pouvoir « *a pour objet l'annulation d'un acte administratif en raison de son illégalité* ». Dans un droit essentiellement jurisprudentiel comme le droit administratif, même si les dynamiques de codification atténuent ce postulat originaire, il est apparu évident que les moyens d'annulation contentieuse des décisions administratives pour excès de pouvoir puissent être d'origine prétorienne. Ainsi, il est généralement exigé du plaideur de fonder son recours en constatation de l'illégalité sur quatre moyens : l'incompétence, le vice de forme, le détournement de pouvoir et la violation de la loi.

En second lieu, le juge de l'administration déploie, en la matière, des pouvoirs plus ou moins importants selon la marge de manœuvre légalement reconnue à l'administration pour édicter l'acte contesté. C'est le juge lui-même qui s'est reconnu ces pouvoirs en distinguant deux types de contrôle qu'il est amené à mettre en œuvre. Si en règle générale, le contrôle est normal et concerne tous les cas d'ouverture, y

72. L'acte doit faire grief pour être susceptible de faire l'objet de recours pour excès de pouvoir. En effet, il doit modifier l'ordonnancement juridique. V. CS, 18 juillet 1962, *Amadou Alpha Kane c. Ministre des postes et télécommunications*, RLJ, 1er semestre 1962, p. 73 ; CE du Sénégal, 25 août 1993, *Pr Iba Der Thiam c. État du Sénégal*, in D. SY (dir.), *Répertoire de jurisprudence, droit administratif*, CREDILA, Dakar, 1993, 1994, 1995, p. 36.

compris la qualification juridique des faits, le juge dit exercer un contrôle minimum qui exclut la qualification juridique lorsque l'auteur de l'acte déferé a agi dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire⁷³. Cette démarche n'induit pas que les droits fondamentaux soient moins protégés lorsque l'organe juridictionnel interne opère un contrôle minimum. Au contraire, une jurisprudence, visiblement motivée par des considérations d'équité et consolidée, recourt à la notion « d'erreur manifeste d'appréciation » pour annuler l'acte attaqué⁷⁴. Il en va notamment ainsi dans le contentieux disciplinaire quand la sanction infligée à l'agent, disproportionnée, est sans commune mesure avec la gravité de faute qui lui est reprochée⁷⁵. L'office du juge de l'excès de pouvoir est encore en faveur de la protection des droits de l'homme dans la mesure où il a lui-même élargi l'assiette des actes susceptibles d'être discutés au contentieux. Ce qui permet un accès plus large des justiciables au prétoire du juge pour la protection de leurs droits.

Par ailleurs, le contrôle de « conventionalité » des normes permet la confrontation directe des droits internationalement garantis avec les actes de l'autorité publique nationale. Les actes de droit interne non conformes aux droits fondamentaux pourraient être annulés ou écartés au profit de la protection des droits violés. La méthode, acquise en France depuis la jurisprudence *Nicolo*⁷⁶, offre l'avantage de s'assurer que l'acte de l'autorité nationale ne viole pas une convention internationale et, par ricochet, des droits fondamentaux. Toutefois, le contrôle de conventionalité des actes internes suppose que le juge national soit enclin à considérer le droit international comme partie intégrante de

73. D. COULIBALEY, « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique noire francophone ? », *Afrilex*, 2013, p. 27.

74. V., M. DIAGNE, « La justice administrative en Afrique est-elle efficace ? », in A.B. FALL et D. SY (dir.), *La justice administrative en Afrique*, Presses UT1, 2017, pp. 180 et s. Pour la jurisprudence sur l'erreur manifeste d'appréciation, v., Sur l'erreur manifeste d'appréciation : CE, Sénégal, arrêt n° 19/1995, 26 avril 1995, *Cheikh Diane et al. C. État du Sénégal*, Répertoire, p. 219. Dans le domaine des autorisations administratives de licenciement et dans le contentieux de la fonction publique en général, v., CE, Sénégal, 27 octobre 1993, Comité international de la Croix-Rouge, *EDJA*, n° 41, pp 41-42 ; CE, Sénégal, 30 août 1995, Senghane Ndiaye, *Bulletin des arrêts du Conseil d'État*, n° 1, p. 102 ; CS, Sénégal, 2 mars 2010, Ibrahima Diagne Abdoul Ameth Gueye c. État du Sénégal.

75. CS, Côte d'Ivoire, 15 mars 1989, arrêt n° 06, *Nea Gahou Maurice c. Ministère de la fonction publique*.

76. CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*.

l'ordre juridique interne. En tout état de cause, la protection des droits de l'homme dans le cadre du recours pour excès de pouvoir transparait au niveau des effets de la décision juridictionnelle subséquente.

B. Les effets de la décision juridictionnelle

La décision juridictionnelle prise à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir peut consister en un rejet de la demande du requérant ou une annulation de l'acte déféré.

Si le juge estime, en effet, le recours bien-fondé, il assurera la sanction de la violation alléguée des droits de l'homme par l'annulation de la décision. En principe, l'annulation porte sur la décision entière. Il n'en reste pas moins que le juge peut décider une annulation partielle si la violation ou l'illégalité constatée entache une partie seulement de l'acte.

L'annulation a un effet particulièrement protecteur en faveur de la victime. Elle emporte une disparition *ab initio* de l'acte qui sera censé n'avoir jamais existé. Ce qui permet le rétablissement de la situation antérieure à la violation critiquée en justice. Une jurisprudence constructiviste s'emploie, en tenant compte des circonstances de la cause – intérêt général et sécurité juridique –, à moduler les effets de l'annulation dans le temps⁷⁷. Loin d'être une limite aux effets sus-décrits de l'annulation, la modulation permet au juge de l'administration de prendre en considération la situation des parties afin de prononcer une décision plus équitable et dont les effets ne seraient pas manifestement plus graves que l'annulation radicale, c'est-à-dire nécessairement rétroactive⁷⁸. La situation n'est tout de même pas encore généralisée en Afrique ; l'office du juge de l'excès de pouvoir étant enserré dans la binarité rejet-annulation. L'exemple particulier du juge de l'administration au Sénégalais mérite d'être souligné : la Cour suprême du Sénégal considère, depuis l'arrêt *Cheikh Tidiane c. État du Sénégal*, du 26 septembre 2013, que « *s'il apparaît que l'effet rétroactif de l'annulation est de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives en raison des effets que l'acte a produits et de l'intérêt général pouvant s'attacher à son maintien, il appartient au juge (...)*

77. Cs., Sénégal, arrêt n° 50 du 26 septembre 2013, *Cheikh Tidiane Sy et al. c. État du Sénégal*. V., en France, CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC et autres*, AJDA, 2004, p. 1183.

78. C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, 6e édition, LGDJ, 2018-2019, p. 278.

de prendre en considération les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence »⁷⁹.

Ce faisant, le juge de l'administration au Sénégal subjectivise un recours pourtant objectif par nature⁸⁰.

Outre l'effet rétroactif, l'annulation d'une décision administrative à la suite d'un recours pour excès de pouvoir opère *erga omnes*, c'est-à-dire que la disparition de l'acte est absolue, produisant des effets à l'égard de tous. Ce qui, tranchant avec la traditionnelle relativité de la chose jugée, rend la décision opposable à toute autorité publique. En conséquence, nulle autre autorité administrative ne saurait légalement appliquer la décision annulée. C'est dire que l'effet absolu qui s'attache à la décision d'annulation est un moyen efficace pour éviter la répétition de la violation judiciairement sanctionnée. La protection des droits fondamentaux s'en trouve, dans ces conditions, garantie à l'avenir.

Un autre effet positif de la décision juridictionnelle d'annulation rendue au soutien d'un recours pour excès de pouvoir tient dans les réformes législatives intervenues, ces dernières années, dans les Etats africains pour assurer l'exécution de la chose jugée. Á l'image du législateur français du 8 février 1995⁸¹, les législateurs en Afrique reconnaissent progressivement au juge de l'administration un pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration. C'est notamment le cas de la Côte d'Ivoire⁸². Ce pouvoir autorise le juge à déterminer dans ses décisions les mesures concrètes à prendre par l'autorité, dans un délai bien déterminé, et au besoin sous astreinte. Le pouvoir d'injonction, visiblement destiné à vaincre la résistance de l'autorité administrative dans l'exécution de la chose jugée, témoigne d'une évolution de l'office du juge de la légalité⁸³. Son office s'étend désormais plus loin

79. Cs. Sénégal, arrêt n° 50 du 26 septembre 2013, *Cheikh Tidiane Sy et al. c. État du Sénégal*.

80. J. SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, p. 529.

81. V. loi n° 95-125 du 8 février 1995, *J.O* du 9 février 1995. Pour la doctrine, F. BLANCO « L'injonction avant l'injonction ? L'histoire des techniques juridictionnelles apparentées à l'injonction », in *Le pouvoir d'injonction du juge administratif. La loi du 8 février 1995, vingt ans après*, *RFDA* n° 3, 2015, p. 449.

82. V. loi organique du 17 décembre 2020.

83. B. SEILLER, « L'illégalité sans annulation », *AJDA*, 2004, p. 963.

que la simple annulation de l'acte par l'édiction obligatoire de mesures pour le rétablissement des droits subjectifs violés.

La même garantie existe, dans des proportions plus élevées, en faveur de l'individu qui saisit la justice étatique dans le cadre d'un recours de pleine juridiction.

Paragraphe 2 : Le recours de pleine juridiction

À l'instar du recours pour excès de pouvoir, le recours de pleine juridiction apparaît comme une voie appropriée et efficace de protection des droits de l'homme contre l'autorité publique nationale⁸⁴. Contrairement au contentieux de l'annulation, articulé autour d'un acte administratif, le contentieux de pleine juridiction met directement en cause l'administration au sens de l'État et ses démembrements. Véritables défenderesses à l'action, les personnes publiques attirées devant les tribunaux internes dans le cadre de ce recours peuvent faire valoir tous moyens pour être mise hors de cause.

L'appellation « recours de pleine juridiction » rend surtout compte des pouvoirs plus étendus du juge saisi qui, à l'opposé de celui de l'excès, peut aller au-delà de l'annulation pour prononcer des condamnations pécuniaires ou substituer sa décision à celle de l'autorité administrative. On comprend également qu'il soit appelé contentieux subjectif ou contentieux des droits puisque les recours introduits visent la reconnaissance de droits subjectifs. Ce droit subjectif peut résulter du contrat des parties ou de la réparation d'un dommage subi⁸⁵. Relèvent ainsi du contentieux de pleine juridiction, les recours en indemnité, les contentieux contractuels, les recours en matière fiscale, les recours des édifices menaçant ruine formés par les propriétaires, les recours en matière d'établissement dangereux in-commodés et insalubres. De cette assiette élargie de recours, le plein contentieux constitue un cadre propice, plus que le recours en annulation, à la protection des droits de l'homme aussi bien à travers l'exercice du recours que par rapport à ses effets.

84. I. SALAMI, « L'efficacité du contentieux de pleine juridiction en droit administratif béninois et camerounais », *Afrilex*, 2016, pp. 23 et s. V. aussi, D. LOCHAK, « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *op. cit.*, pp. 43 et s.

85. D. SY, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 131 et s.

A. L'exercice du recours

Le contentieux de pleine juridiction s'exerce contre l'administration défenderesse à l'action. L'administré, qui fait valoir qu'un de ses droits a été méconnu, formule, devant le juge, des prétentions visant à la reconnaissance des droits. Toutefois, l'exercice du recours reste subordonné au respect de la règle de la décision préalable. La règle signifie que l'action n'est recevable que si elle est dirigée contre une décision prise par l'administration. Cela ne suppose pas que le recours soit nécessairement dirigé contre un acte administratif, au sens du recours pour excès de pouvoir, contentieux éminemment objectif. L'idée doit plutôt s'entendre de ce que celui qui désire former un recours juridictionnel doit préalablement « provoquer l'administration » et l'amener ainsi à prendre une décision expresse ou implicite. Ce n'est, *in fine*, que prétextant de cette décision préalable qu'il sera possible d'introduire le recours contre l'administration. La règle prend tout son sens dans le recours de pleine juridiction fondé sur un fait juridique. La victime du fait est tenue de solliciter préalablement réparation à l'administration et ce n'est qu'en cas d'insatisfaction de sa réclamation qu'elle pourra la porter devant le juge. À peine d'irrecevabilité de son recours juridictionnel, le réclamant doit provoquer une décision préalable et, par ricochet, permettre la liaison du contentieux. Et même lorsque le litige est lié, il arrive que des textes imposent l'exercice d'un recours administratif. Ce type de recours, qui vient s'ajouter à l'exigence de décision préalable, est fréquent dans le contentieux des marchés publics et les recours de pleine juridiction contre les collectivités décentralisées. La règle de la décision préalable suivie ou non d'un recours présente l'avantage d'élargir les chances de protection des droits du réclamant ; l'administration pouvant traiter sa requête en amont et éviter un procès. Et à défaut de traitement satisfaisant de la réclamation, le droit de l'administré d'en appeler à l'organe juridictionnel reste intact.

Lorsque l'obstacle de la recevabilité est franchi, le juge devra examiner la demande au fond. Sur ce point, l'on doit faire observer que le caractère élargi et densifié des pouvoirs du juge de pleine juridiction fait de lui un organe privilégié de la protection des droits de l'homme. Cette protection pourra prendre la forme d'une condamnation à des dommages et intérêts à des fins indemnitaires. Le juge peut également faire échec à la décision administrative, source de la violation alléguée, en la remplaçant par la sienne. En tout état de cause, le juge de pleine juridiction n'est pas légalement fondé à statuer au-delà

de la demande. Ce qui devrait déterminer l'administré à davantage de précisions dans l'identification de la violation et la formulation de la demande.

Les effets de la décision juridictionnelle dans le plein contentieux poursuivent le même objectif de protection des droits du demandeur.

B. Les effets de la décision juridictionnelle

La décision judiciaire rendue dans le cadre du contentieux de pleine juridiction jouit de la même autorité que toute décision juridictionnelle. Cette force contraignante n'est pas automatique en ce qu'elle opère lorsque la décision est passée en force de chose jugée.

Or, contrairement au juge de l'excès de pouvoir qui statue en premier et dernier ressort⁹¹, et dont les décisions revêtent automatiquement, sinon plus rapidement, la force exécutoire, la décision du juge de pleine juridiction rendue à charge d'appel et (ou) de pourvoi de cassation, n'a pas le même régime. C'est dire que si une partie interjette appel ou se pourvoit en cassation, ces voies de recours étant suspensifs, il n'y aura pas de chose jugée à exécuter tant que ces recours n'auront pas été vidés. Cette attribut du recours est favorable à l'administré puisqu'il lui permet de voir sa cause examinée successivement à plusieurs niveaux de la hiérarchie juridictionnelle.

Passée en force de chose jugée, la décision rendue dans le plein contentieux oblige les parties, et en particulier l'administration, qui devra l'exécuter. En revanche, contrairement à la décision d'annulation à la suite d'un recours pour excès de pouvoir, opposable *erga omnes*, la décision en présence ne jouit que d'un effet relatif ne liant que les parties au procès, à savoir l'administration et l'administré. Au-delà, le juge dispose du même pouvoir d'injonction sus-décrié à l'égard de l'administration. En ce sens, saisi de conclusions le lui demandant, il est loisible au juge de l'administration de déterminer les mesures concrètes d'exécution.

En somme, les justiciables, dans les ordres juridiques internes des Etats, victimes de violations des droits de l'homme, disposent de voies de recours contre l'autorité publique. De nombreux recours sont ainsi consacrés par les législations nationales pour assurer la sanction des violations et partant la protection des droits fondamentaux.

Cependant, la configuration des recours et leur portée, en lien avec la protection des droits, ne sont pas homogènes. Ils varient selon les rapports étroits ou distendus entretenus entre l'Etat et les normes

internationales, régionales ou sous régionales relatives aux droits de l'homme. L'enjeu est manifestement celui d'une concrétisation de l'Etat de droit.

Pour le cas particulier des États africains – francophones ou anglophones –, s'il est aisé de constater que le contrôle de constitutionnalité et les recours juridictionnels ordinaires sont favorables à la protection des droits de l'homme, il convient de relativiser les effets qualitatifs du contentieux de la votation qui met en jeu les droits politiques, et l'acquisition ou la transmission du pouvoir politique. En effet, les juges nationaux affichent moins de circonspection à la protection des droits dans ce domaine au cœur de la souveraineté des États. L'indépendance de la justice à l'égard des gouvernements reste, dans ce contexte, un défi majeur à relever pour que les États africains s'acquittent efficacement des obligations contractées afin de protéger, dans les ordres juridiques internes, les droits et libertés internationalement garantis.

CHAPITRE 3 : LA PROTECTION DES CITOYENS CONTRE LE LÉGISLATIF

« *La garantie de la Constitution n'est pas seulement nécessaire pour assurer la cohérence et la validité du système normatif. Elle vise aussi à protéger les droits et libertés des individus contre les atteintes du législateur* »⁸⁶. Pourtant, la conception classique faisait de la loi une norme qui ne pouvait mal faire, ni être oppressive, puisqu'étant l'œuvre des élus du peuple. De ce point de vue, « *la loi porte la marque indélébile de la souveraineté* »⁸⁷, l'*expression de la volonté générale*. Cette époque qui reflétait celle du légicentrisme semble maintenant bien datée. Dépouillés alors de tous moyens matériels de contrainte pour menacer les libertés, les Parlements⁸⁸ à l'époque contemporaine

86. A. ROUX, « Contrôle de constitutionnalité. Organisations juridictionnelles », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome III, Paris, Dalloz, 2012, p. 108.

87. J. et J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 247.

88. K. SOMALI, *Le Parlement dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Essai d'analyse comparée à partir des exemples du Bénin, du Burkina Faso et du Togo*, Thèse de Doctorat, Université Lille II, 2008.

sont de plus en plus contrôlés par des majorités homogènes⁸⁹, stables et disciplinées. Il reste vrai que « *si la loi, expression d'une volonté générale irréprochable, a longtemps été considérée comme devant être exemptée de tout contrôle de constitutionnalité, il est apparu que la loi, en tant qu'expression de la volonté du pouvoir politique majoritaire, pouvait présenter une menace pour les droits fondamentaux* »⁹⁰.

La protection des libertés contre les atteintes éventuelles du législateur devient dès lors une nécessité pour les juges en particulier. Les constituants ont eu la sagesse de considérer que « *le droit au juge* »⁹¹, c'est à dire la possibilité de le saisir⁹², relevait certes d'une bonne administration de la justice, mais constitue aussi le point de départ de la production foisonnante des travaux sur le contentieux constitutionnel. Ailleurs comme dans le continent africain⁹³, les « excès » du Législatif devraient être contenus par un juge. Que l'on songe aux propos de M. Isaac FOSTER, alors Premier Président de la Cour suprême : « *Je le déclare avec ferme déférence à Messieurs les Députés du Sénégal : chaque fois que vous aurez à voter une loi, prenez garde*

89. Il n'empêche que certains règnes autoritaires l'ont été au moyen de cette configuration. Les lois d'apartheid en Afrique du Sud, le règne de HITLER, de MUSSOLINI (...) sont bâtis sur un pouvoir autoritaire qui instrumentalisait la loi.

90. A. ROUX, « Contrôle de constitutionnalité. Organisations juridictionnelles », *op. cit.*, p. 108.

91. G. COHN-BENDIT, « Le droit au juge », in *Liber amicorum Jean WALINE, Gouverner, administrer, juger*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 471-504.

92. Pour L. SINDJOUN, « *la saisine d'une juridiction constitutionnelle comme recours est un indice de confiance* ». V. *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 586. À propos du succès incontestable du modèle béninois de justice constitutionnelle, le Doyen F. J. AÏVO révèle que « *la facilité de la saisine garantit son succès* ». Cf. « Radioscopie sommaire de la justice constitutionnelle au Bénin », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 47, 2015, p. 103 ; G. AÏVO, « Les recours individuels devant le juge constitutionnel béninois », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 535-565 ; M. NGUELE ABADA, « Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel », in O. NAREY (dir.), *La justice constitutionnelle, Actes du Colloque international de l'ANDC*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 331-353.

93. M. N. SAMBA-VOUKA, « La saisine des juridictions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique : les cas du Bénin et du Congo », *Annales de l'Université Marien NGOUABI*, 2015-2017, pp. 54-71 ; D. SY, « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », in O. NAREY (dir.), *La justice constitutionnelle, op. cit.*, pp. 43-64.

que celle-ci respecte la Constitution ; sinon la Cour suprême, saisie, la déclarera inconstitutionnelle et elle ne sera pas promulguée »⁹⁴. La principale technique de protection est donc le contrôle de la constitutionnalité⁹⁵ des lois votées par le Parlement. Pour J. CHEVALLIER, « le contrôle de constitutionnalité des lois est (...) la condition essentielle de l'État de droit puisqu'il garantit la suprématie effective de la Constitution, acte juridique suprême sur lequel s'appuie l'ordre juridique tout entier »⁹⁶. Le contrôle de la constitutionnalité se conçoit comme « un contrôle destiné à préserver la suprématie de la Constitution, par un examen de conformité des actes juridiques de rang inférieur, notamment les lois »⁹⁷. Mais, il faut préciser en outre que l'opération peut pareillement porter sur d'autres actes juridiques, tels qu'un engagement international, des conflits de compétences entre l'Exécutif et le Législatif, tel qu'en dispose la loi organique sur le Conseil constitutionnel⁹⁸.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois sanctionne la suprématie de la Constitution dans la hiérarchie des normes juridiques. Il rend ainsi plus effective la reconnaissance des droits et libertés que le constituant reconnaît aux citoyens. À cet égard, pour mesurer ce processus de vérification des lois⁹⁹, il sera question d'examiner le contrôle par

94. Cité par G. D'ARBOUSIER, *Communication au Congrès de Lagos, janvier 1961*, p. 10. Cf. E. H. DIOP, *La justice constitutionnelle au Sénégal. Essai sur l'évolution, les enjeux et les réformes d'un contre-pouvoir juridictionnel*, Dakar, CREDILA, 2013, p. 1.

95. Sous l'empire de la Constitution de 1959 (loi n° 59-003 du 24-01-1959), l'article 44 disposait que « Les trois sections de la Cour Fédérale, prévues par l'article 49 de la Constitution du Mali, ont compétence pour exercer le contrôle constitutionnel, administratif et financier » ; la Constitution de 1960 (loi n° 60-045 A.N. du 26 août 1960) reconnaît en son article 62 (1) disposait que « La Cour suprême de la République connaît notamment, saisie par le Président de la République, de la constitutionnalité des lois ainsi que des engagements internationaux ».

96. *L'État de droit*, Paris, 5e édition, Montchrestien, 2010, p. 77.

97. S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 276.

98. Article 1^{er} de la loi organique n° 2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel. Celui-ci « se prononce sur la constitutionnalité des lois, sur le caractère réglementaire des dispositions de forme législative, -sur la recevabilité des propositions de -loi et amendements d'origine parlementaire, sur la constitutionnalité des engagements internationaux, sur les exceptions d'inconstitutionnalité soulevées devant la Cour d'Appel ou la Cour suprême, sur les conflits de compétence entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif ».

99. O. DIA, *Le contrôle de constitutionnalité des lois au Sénégal : analyse jurisprudentielle du processus de vérification des lois à la Constitution*, Thèse de doctorat, Université Gaston Berger de Saint-Louis, 2011.

voie d'exception qui coexiste avec le contrôle par voie d'action qui existait déjà.

SECTION 1 : LE CONTROLE PAR VOIE D'ACTION

Il s'agit d'un contrôle offensif visant à anéantir les effets d'une loi (en gestation) avant son entrée en vigueur. Le contrôle par voie d'action intervient après l'adoption de la loi, mais avant sa promulgation. C'est pour cette raison qu'on l'appelle, contrôle *a priori*¹⁰⁰. Selon un principe traditionnel de droit public français (aujourd'hui dépassé), une fois promulguée, la loi est incontestable et irréprochable¹⁰¹. Le contrôle par voie d'action faisait déjà partie du paysage constitutionnel sénégalais. Il a été consacré par l'article 74 de la Constitution de 2001. L'examen des modalités de saisine et les effets du recours permettront de mieux circonscrire de mécanisme.

Paragraphe 1 : Les modalités de saisine

La justice constitutionnelle, on le sait, doit son prestige à son accessibilité. Toutefois, si l'« accès »¹⁰² et la « saisine » son proches, ils ne se confondent pas entièrement. L'idée d'accès transcrit une conception plus holistique dans laquelle des voies directes ou indirectes

100. Il est à préciser que le contrôle par voie d'exception peut également s'exercer *a posteriori*, dans certains systèmes juridiques européens en particulier. C'est pour cette raison que le contrôle par voie d'action ne s'épuise pas dans le contrôle *a priori*, alors que le contrôle par voie d'exception s'opère bien naturellement *a posteriori*, une fois la loi en vigueur.

101. Bien que le contrôle d'une loi promulguée soit né officiellement en 1992, le juge constitutionnel n'en était pas à sa première expérience. En effet, douze années auparavant, la Cour suprême dans l'affaire « *ONCAD* », en date du 23 août 1980, avait non seulement accueilli un recours portant sur une loi promulguée, mais s'était même prononcée dans le fond en anéantissant la loi en cause, alors qu'elle ne tenait cette compétence d'aucun texte. Jusqu'à la mise en place du mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité, cette solution jurisprudentielle n'avait pas, à notre connaissance, connu une confirmation. Ce qui amène à penser que le juge y a eu recours juste pour corriger un dysfonctionnement imputable à l'Exécutif.

102. M. N. WADE, *Accès au juge constitutionnel et constitutionnalisation du droit. Approche comparée avec l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne*, Thèse de doctorat, Université d'Aix-Marseille, 2015 ; P. JAN, « L'accès au juge constitutionnel : modalités et procédures », *Rapport pour le deuxième Congrès de l'A.C.C.P.U.F.*, 2000.

sont tracées pour arriver au prétoire du juge constitutionnel. Garantir un « accès » au citoyen, viserait alors à définir des moyens directs ou même indirects propres à faire valoir sa cause devant le juge constitutionnel, tandis que la saisine correspond à un droit effectif que le titulaire peut, s'il l'estime nécessaire, mettre en œuvre. C'est donc convenir que la saisine est davantage *intuitus personae*, elle relève de la qualité du plaignant (individus, gouvernants, etc.) qui dispose du titre juridique de saisir valablement le juge. Au Sénégal, ce pouvoir de saisine a été classiquement reconnu exclusivement au Président de la République avant qu'elle ne fût élargie aux députés.

A. L'option initiale d'un pouvoir de saisine exclusif au Président

Dans la trajectoire juridique et politique sénégalaise, la faculté de saisir le juge constitutionnel n'a jamais été un privilège ouvert à tous. Dès le début, l'opportunité de s'en remettre à la Cour suprême¹⁰³, dépositaire du contrôle de la constitutionnalité des normes, dans sa formation la plus solennelle, était exclusivement dévolue au Président de la République. En effet, d'après l'article 62 (1) de la Constitution de 1960¹⁰⁴, « *La Cour suprême de la République connaît notamment, saisie par le Président de la République, de la constitutionnalité des lois ainsi que des engagements internationaux* ». Cette compétence a été également reconduite dans la Constitution du 7 mars 1963 (loi n° 63-22), en son article 82 : « *La Cour suprême connaît de la constitutionnalité des lois et des engagements internationaux, ainsi que des conflits de compétence entre l'exécutif et le législatif* »¹⁰⁵.

Sans doute justifiée par la nécessité de garder stables les fondations de la frêle République, l'option d'une saisine exclusive semblait alors procéder d'une démarche circonspecte qui ne provoquait pas trop sou-

103. Aux termes de l'article 20 de l'ordonnance du 3 septembre 1960, les formations sont au nombre de 3 : les Sections, l'assemblée générale consultative et les Sections réunies (instance la plus solennelle) qui d'après l'article 21 de l'ordonnance visée comprend les hauts magistrats qui dirigent les formations « *Les sections réunies comprennent sous la présidence du premier Président ou en cas d'absence ou d'empêchement du premier président sous la présidence du plus ancien Président de section et les quatre conseillers* ». Les Sections réunies siègent obligatoirement en nombre impair.

104. Loi n° 60-045 A.N. du 26 août 1960.

105. A. A. D. KÉBÉ et al., *Textes fondamentaux de la République du Sénégal*, op. cit., pp. 28 et s.

vent les « sections réunies ». Ainsi, d'après l'article 30 de l'ordonnance n° 60-17 du 3 septembre 1960 : « *Les recours tendant à faire constater l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un engagement international, sont présentés par le Président de la République* ». Seulement, l'exercice de ce pouvoir de saisine a coïncidé avec un contexte d'instabilité institutionnelle qui amenait dès fois au changement de régime politique ou au changement de gouvernement. Dans ces conditions, il n'est point surprenant, à l'époque, que le juge fût porté à voir son office se déployer largement sur les questions de « répartition des compétences » entre l'Exécutif et le Législatif. Il s'y ajoute que le contrôle obligatoire constitutionnalité à laquelle était soumise la loi organique, autorisait par conséquent, un recours fréquent à l'office du juge constitutionnel. À titre illustratif, la sanction juridictionnelle de « *l'incompétence négative* », objet de sa décision 1/C/2019, du 25 février 2019, *Entente CADA-K-CAR*, a fait l'objet de plusieurs arrêts de l'ancienne Cour suprême, passée spécialiste dans la « répartition des compétences »¹⁰⁶. Saisie par le Président de la République, la Cour a soutenu dans l'affaire *Ordre des médecins et pharmaciens*, Sections réunies, 25 novembre 1961, que « *Attendu que la loi fixant, d'une manière générale, les règles concernant la création de catégories d'établissements publics n'étant pas intervenue, le législateur ne peut être réputé avoir délégué au pouvoir réglementaire (...) les prérogatives qu'il tient de la Constitution* ». Cette position a été réitérée dans l'affaire *Commissariat à l'urbanisme et à l'habitat*¹⁰⁷. De même le mécanisme de « délégalisation »¹⁰⁸ a été souvent mis en œuvre par la Cour à travers l'affaire *Statut de la Coopération dans les territoires relevant du Ministre français d'Outre-mer*¹⁰⁹.

À propos des libertés individuelles et collectives, la Cour suprême a développé une conduite visiblement protectrice. À l'examen de l'arrêt

106. J.-M. NZOUANKEU, « Les domaines respectifs de la loi et du règlement en droit sénégalais », *op.cit.*, pp. 47-505 ; V. aussi, A. A. D. KÉBÉ, *La répartition des compétences entre la loi et le règlement en droit fiscal sénégalais*, *op. cit.*

107. CS, Sections réunies, 5 mars 1963.

108. Aujourd'hui, ce concept trouve son siège normatif à l'article 76 (2) de la Constitution sénégalaise de 2001 : « *Les textes de formes législatives intervenus [dans le domaine réglementaire] peuvent être modifiés par décret si le Conseil constitutionnel, à la demande du Président de la République, a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent* ».

109. CS, Sections réunies, 25 mai 1965.

de la Cour suprême, en date du 29 mai 1965, *Statut de la coopération dans les territoires relevant du Ministère de la France d'Outre-Mer*. Dans cette espèce, l'un des rares arrêts portant sur l'exercice d'une liberté collective, le juge constitutionnel a décidé que « *les dispositions subordonnant l'existence d'un type de société à un agrément de l'autorité publique, affectent les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice de la liberté de s'associer reconnue à l'article 9 de la Constitution* ». Il s'agit incontestablement d'une garantie juridictionnelle de la *liberté d'association*, bien avant la décision historique du Conseil constitutionnel français, *Liberté d'association*, en date du 16 juillet 1971.

À travers ces différentes affaires, la saisine du Chef de l'État aura été déterminante. Bien des années plus tard, cette faculté de s'en remettre au juge constitutionnel dans le cadre du contrôle par voie d'action bénéficiait aux représentants du peuple.

B. L'élargissement progressif de la saisine aux députés

Dans le but de décentrer le pouvoir de saisine juridictionnelle, le législateur sénégalais avait entendu mettre à contribution les députés. Avec l'adoption de la réforme constitutionnelle du 28 décembre 1978 en effet, le législateur a élargi le pouvoir de saisine aux parlementaires. Cette réforme était d'inspiration française. En effet, la réforme française de 1974 a permis d'ouvrir la saisine du juge aux députés, sénateurs, et aux deux Présidents des deux chambres parlementaires. Ce qui a eu pour conséquence de stimuler le volume du contentieux, grâce à la multiplication des titulaires du pouvoir de saisine. En effet,

« jusqu'aux élections législatives de février 1978, le Président et la totalité des députés appartenaient au même parti. Sauf dans l'hypothèse d'une crise dans ce parti, la probabilité était mince de voir une saisine intervenir, les éventuelles difficultés étant aplanies, avant même le vote de la loi, dans l'une des instances du parti »¹¹⁰.

110. S. SYLLA et S. DIOP, « Les compétences de la Cour suprême du Sénégal en matière constitutionnelle », in G. CONAC (dir.), *Les Cours Suprêmes en Afrique*, tome I, Paris, Economica, 1987, p. 330.

Par conséquent, il fallut successivement attendre l'entrée de l'opposition au Parlement et la révision constitutionnelle 1978¹¹¹ accordant le droit de saisine du juge constitutionnel à quinze (15) députés au moins, pour voir se développer le contentieux de la constitutionnalité, qui était exclusivement « *le fait de l'opposition parlementaire, c'est-à-dire du Parti Démocratique Sénégalais* »¹¹². L'effet recherché à travers l'ouverture de la saisine aux parlementaires semble avoir été comblé par la multiplicité des saisines du juge constitutionnel. À cet égard, dans son arrêt *ONCAD*¹¹³, les députés du PDS intentaient un recours devant la Cour suprême tendant à déclarer l'article 3 (2) de loi portant dissolution de l'Office National de Coopération et d'Assistance pour le Développement (ONCAD), qui venait d'être adoptée par l'Assemblée nationale. La Cour suprême ne fit pas droit à l'action intentée contre les députés.

Conformément à l'article 74 de la Constitution :

« Le Conseil constitutionnel peut être saisi d'un recours visant à faire déclarer une loi inconstitutionnelle :

- *Par le Président de la République dans les six jours francs qui suivent la transmission à lui faite de la loi définitivement adoptée ;*
- *Par un nombre de députés au moins égal au dixième des membres de l'Assemblée nationale, dans les six jours francs qui suivent son adoption définitive ».*

Dans tous les cas la saisine intervient dans les six (6) jours qui suivent la transmission au Président de la République de la loi définitivement adoptée, ou bien s'agissant des députés dans les six (6) jours qui suivent son adoption.

Quels sont les effets attachés à ce type de recours ?

111. Cf. loi 78-60 du 28 décembre 1978 modifiant la Constitution. L'article 63 réécrit était ainsi libellé : « *Dans le délai fixé pour la promulgation, le Président de la République ou quinze députés peuvent saisir la Cour Suprême d'un recours visant à déclarer la loi inconstitutionnelle* ». I. M. FALL, *Textes constitutionnels du Sénégal du 24 janvier 1959 au 15 mai 2007*, Dakar, CREDILA, 2007, p. 100.

112. S. SYLLA et S. DIOP, « Les compétences de la Cour suprême du Sénégal en matière constitutionnelle », *op.cit.*, p. 330.

113. Arrêt n° 2-C-80 du 8 octobre 1980.

Paragraphe 2 : Les effets du recours

Suivant le modèle en vigueur de contrôle de constitutionnalité par voie d'action, la saisine du juge constitutionnel suspend le processus qui devrait conduire à la promulgation de la loi en devenir. Conformément au délai¹¹⁴ prévu à cet effet, le juge constitutionnel se donne les moyens de statuer sur le recours dont il est saisi. Le sort de la loi est alors suspendu au verdict issu de l'examen de constitutionnalité. Deux solutions sont alors possibles : le texte litigieux peut être déclaré conforme à la Constitution ou non conforme à cette dernière.

A. La constitutionnalité du texte

À l'issue du délai légal, le juge constitutionnel se prononce sur le recours dont il a été saisi. Dans l'hypothèse où il ne décèle aucune contrariété avec les normes de référence qui structurent le bloc de constitutionnalité¹¹⁵ ou les principes et valeurs constitutionnels non écrits¹¹⁶ qu'il découvre au fil de sa jurisprudence, il conclut à une déclaration de conformité. Celle-ci établit la conformité entre la norme querellée et les composantes du bloc de constitutionnalité. Le juge en arrive à considérer que les allégations suscitées explicitement ou implicitement n'étaient point avérées. Cette délivrance du « brevet de constitutionnalité » donne le point de départ de la production des effets de droit à la norme, une fois promulguée et publiée.

La conséquence juridique la plus importante en droit sénégalais, c'est que l'intervention de la décision de conformité met fin à la suspension du délai de promulgation de la loi, sauf si le Président de

114. D'après l'article 17 de la loi organique 2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel : « *Le Conseil constitutionnel se prononce dans le délai d'un mois à compter du dépôt du recours. Ce délai est ramené à huit jours francs quand le Gouvernement en déclare l'urgence* ».

115. Notamment, les articles de la Constitution, le préambule de la Constitution, la DDHC de 1789, les instruments internationaux adoptés par l'ONU et l'Organisation de l'Unité africaine, notamment la DUDH du 10 décembre 1948, la CEDEF du 18 décembre 1979, la CIDE du 20 novembre 1989 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981.

116. Il en est ainsi des « *objectifs de valeur constitutionnelle* » de « *la sécurité juridique* » et de « *la stabilité des institutions* » (considérant 25 de la décision 1/C/2016 du 12 février 2016), « *des principes généraux du droit à la pratique, à l'équité et à toute autre règle compatible avec la sauvegarde de l'état de droit et avec l'intérêt commun* » (décision n° 5/93 du 2 mars 1993).

la République demande à l'Assemblée nationale de réexaminer la loi dans le cadre d'une seconde lecture. Il faut à ce propos, noter aux termes de l'article 75 de la Constitution que : « *Le délai de promulgation est suspendu jusqu'à l'issue de la seconde délibération de l'Assemblée nationale ou de la décision du Conseil constitutionnel déclarant la loi conforme à la Constitution* ».

On le voit, la déclaration de conformité n'est point génératrice de conséquences juridiques particulières. Tout le contraire de l'hypothèse inverse.

B. L'inconstitutionnalité du texte.

Du point de vue des conséquences juridiques, l'hypothèse de la déclaration de non-conformité semble plus intéressante. En effet, l'invalidation constitutionnelle d'une norme est toujours un acte grave en soi, en ce qu'il revient à un collège de juges habilités certes, mais non élus, à anéantir la volonté des élus du peuple. Face à cela, il ne paraît pas étonnant de voir le juge recourir à des techniques particulières pour « sauver » la norme de la censure. Il en est ainsi du recours aux déclarations sous réserve ou réserves d'interprétation¹¹⁷. Le Conseil constitutionnel sénégalais en recourt de plus en plus, tel qu'il ressort de sa décision N° 1/C/2017 du 9 janvier 2017, « *LO sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil Supérieur de la Magistrature* »¹¹⁸.

En tout état de cause, lorsque le juge prononce l'inconstitutionnalité des disposition d'une loi en devenir, deux (2) situations sont envisageables :

Soit la disposition déclarée inconstitutionnelle est inséparable de l'ensemble de la loi : celle-ci ne pourra pas alors être promulguée. Cette solution juridictionnelle amène à considérer que c'est la partie substantielle

117. A.A.D. KÉBÉ, « Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence constitutionnelle des Etats de l'Afrique noire francophone », *Mélanges en l'honneur de Babacar Kanté, op. cit.*, pp. 425 et s.

118. Le Conseil a fait usage d'une réserve au « *Considérant 12* » lorsqu'il déclare que « *le renvoi à un décret pour la détermination des modalités de fonctionnement du Conseil Supérieur de la Magistrature ne saurait, sans violer l'article 90 de la Constitution, viser d'autres règles que celles ayant pour objet de fixer les modalités techniques de fonctionnement relatives, notamment, à l'élection des membres, à la proclamation des résultats des élections, à la convocation des réunions ou à la tenue des procès-verbaux des délibérations* ». Et que « *Sous la réserve énoncée au Considérant 12, les dispositions de la loi organique (...) sont déclarées conforme à la Constitution* ».

de la norme en question qui a été affectée par l'inconstitutionnalité. Dans ce cas de figure, les initiateurs de la loi sont contraints à s'en défaire définitivement, puisque c'est le « cœur » de la loi qui a subi la gangrène, les dispositions « périphériques » ne pouvant « survivre » à cette invalidation. En pareil cas, toutes les traces de la loi disparaissent, à l'image d'une censure totale. À ce propos, l'article 19 de la loi organique n° 2016-23 du 14 juillet 2016 sur le Conseil constitutionnel est sans équivoque : « *Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution inséparable de l'ensemble de cette loi, celle-ci ne peut être promulguée* ».

Soit la disposition déclarée inconstitutionnelle est séparable de l'ensemble du texte. Dans ce cas, il reste possible de promulguer la partie substantielle du texte, à moins qu'une nouvelle lecture n'en soit demandée par le Président de la république. C'est ce que prévoit l'article 20¹¹⁹ de la loi organique n° 2016-23 du 14 juillet 2016 sur le Conseil constitutionnel. En la matière, le juge constitutionnel se prononce sur la séparabilité des dispositions déclarées inconstitutionnelles. Dans sa décision n° 2/C/2016 du 11 juillet 2016, le Conseil constitutionnel déclarait que « *la loi organique n° 14/2016 relative au Conseil constitutionnel, adoptée par l'Assemblée nationale en sa séance du 28 juin 2016 peut être promulguée à l'exception du dernier point de l'article 4 qui n'est pas inséparable de l'ensemble de ladite loi organique* ». Il en est de même de la décision n° 3/C/2016 rendue le même jour, par laquelle le Conseil précise que « *l'article 11 de la loi n° 15/16 adoptée par l'Assemblée nationale en sa séance du 28 juin 2016 est déclarée non conforme à la Constitution ; il n'est cependant pas inséparable de l'ensemble de la loi organique soumise au Conseil constitutionnel* ».

Depuis toujours, le juge constitutionnel a souvent mis en œuvre la technique de la « séparabilité » pour ôter de la loi querellée, les dispositions réputées non conformes à la Constitution. Dans l'arrêt n° 2-C-62, en date du 3 mai 1962, portant sur le contrôle de la loi organique relative à la loi de finances, la Cour suprême Section réunies, a bien mis en œuvre la technique de la « séparabilité », lorsqu'elle déclare : « *la loi organique relative aux lois de finances conforme à la Consti-*

119. Article 20 : « *Dans le cas où le Conseil Constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de cette loi, la loi peut être promulguée à l'exception de cette disposition, à moins qu'une nouvelle lecture n'en soit demandée* ».

tution à l'exception des dispositions ci-après : article 37, 2 ; article 38 ». Le juge suprême distrait du texte les dispositions supputées contraires à la Constitution. Cette même conduite a été décelée dans le dispositif de la décision n° 15/94 du 27 juillet 1994, d'après lequel : « *L'article 4 de la loi organique modifiant l'article 69 de la loi organique n° 92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats est déclaré non conforme à la Constitution. Les autres dispositions de la loi organique soumise au Conseil sont déclarées conformes à la Constitution* ». Cette technique a aussi été mobilisée sous la décision n° 2/C2017 du 9 janvier 2017, « LO Statut des Magistrats », qu'« *à l'exception de l'article 90, la loi organique portant statut des magistrats (...) est conforme à la Constitution* ».

L'autorité des décisions rendues en matière de contrôle par voie d'action, ne manque pas de sens. En effet, la loi organique sur le Conseil constitutionnel précisant à propos de la disposition déclarée non conforme à la Constitution, qu'il « *ne peut plus en être fait application* ». Dans l'exercice du contrôle par voie d'action, la censure du juge constitutionnel anéantit donc tout le processus ayant conduit à la transmission de la loi au Président de la République pour promulgation. La sanction juridictionnelle fait disparaître toutes les « traces » de la loi querellée.

Outre ce dispositif proactif de protection du citoyen, il subsiste un autre qui opère à l'occasion d'une instance, le contrôle par voie d'exception.

SECTION 2 : LE CONTRÔLE PAR VOIE D'EXCEPTION

Si les fonctions proactives reconnues au contrôle avant promulgation, ne se révèlent pas efficaces, la loi n'échappera pas *ad vitam aeternam* à la censure juridictionnelle. En effet, grâce au mécanisme du contrôle par voie d'exception, il reste possible de « rattraper » les dispositions frappées d'inconstitutionnalité, au moment de la production de leurs effets. C'est un contrôle exercé sur une loi promulguée, une loi qui régit des situations juridiques. Cette modalité de contrôle continue à porter exclusivement toute la réputation de la Cour suprême des États-Unis ou celle du Brésil.

L'exception d'inconstitutionnalité est définie comme « *un moyen de défense pris de la non-conformité d'un texte légal à la Constitution et aux exigences constitutionnelles* »¹²⁰. Cette définition dissimule la

120. S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 470.

part de complexité du mécanisme, ce qui oblige à déterminer les contours du contrôle avant d'apprécier la mise en œuvre du contrôle.

Paragraphe 1 : Les contours du contrôle

Les pays de tradition anglo-saxonne sont acquis à cette forme de contrôle de constitutionnalité qui perturbe une loi qui produisait ses effets, jusqu'alors. Dans les États de type romano-germanique, ce mécanisme de contrôle a connu une adaptation progressive. L'examen des contours du mécanisme nous amène à nous intéresser à son origine avant de faire état de sa réception dans le dispositif juridique sénégalais.

A. L'origine du mécanisme

L'exception d'inconstitutionnalité renferme des origines anglo-saxonnes. Cela ne saurait surprendre, car la « case method »¹²¹ est développée à partir du droit « prononcé » par le juge, à l'épreuve de la production des effets de la loi. Ce contrôle par voie d'exception conduit le juge à se prononcer sur une norme qui est en vigueur. C'est un contrôle de la loi promulguée.

Né aux États-Unis, de manière prétorienne, à travers la fameuse affaire *Marbury c. Madison* (1803)¹²², le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception aura largement configuré la justice constitutionnelle.

121. Introduite à HAVARD en 1870 par le Doyen LANDGELL, cette méthode se fondait sur l'analyse des arrêts pertinents de manière à identifier les principes de *commun law* en vigueur. L'orientation casuistique, qui marque la culture juridique américaine, s'appuie largement sur une croyance selon laquelle l'interprétation de la Constitution ne trouverait sa force que dans « *la langue du peuple* », le common sense et éviter soigneusement le raisonnement purement théorique. V. D. CHAGNOLLAUD et M. TROPER (dir.), *Traité international de Droit constitutionnel*, op. cit., p. 77.

122. Avec l'élection du Président T. JEFFERSON en 1800, les actes de nomination des juges en instance, dont celui du juge W. MARBURY ont été gelés par la nouvelle administration. Ce gel a été confirmé par la Cour suprême, alors qu'une loi judiciaire de 1789 autorisait la Cour suprême à contraindre l'administration à installer les juges dans leurs fonctions. C'est d'ailleurs la déclaration de non-conformité de cette loi à la Constitution américaine de 1787 qui confère à l'arrêt *Marbury c. Madison*, une postérité rayonnante. V. à ce propos, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 10e édition, 2013, p. 14.

Décrite incontestablement comme un « *chef-d'œuvre d'habileté judiciaire* »¹²³, la technique qui a consisté à soumettre le contrôle de la conformité d'une loi en vigueur à la Constitution, vaut au Chief Justice J. MARSHALL, tous les superlatifs. Pour A. de TOCQUEVILLE, en reconnaissant au juge américain le pouvoir de fonder sa décision sur la Constitution plutôt que sur la loi, il hérite de la faculté de contrôler la constitutionnalité des lois, ce qui allait constituer « *l'une des barrières les plus puissantes jamais érigées contre la tyrannie des assemblées politiques* »¹²⁴.

En tout état de cause, le mécanisme ne tardera pas à s'exporter vers d'autres contrées, pour davantage assurer aux droits et libertés, meilleure protection juridictionnelle.

Au Sénégal, sous l'empire de la Constitution de 1963 jusqu'en 1992, le juge se bornait à rappeler la formule « *en l'état actuel du droit sénégalais qui ignore le contrôle de la constitutionnalité des lois promulguées* »¹²⁵. Il s'agissait d'une citadelle en principe infranchissable en matière de contrôle de la constitutionnalité.

Ainsi, si le mécanisme est né des décennies après l'Indépendance, il n'en reste pas moins que le juge constitutionnel s'était déjà prêté à l'exercice d'une loi promulguée.

En effet, dans une L'organisation du contrôle mérite une brève attention. Pour autant, la Cour suprême s'est risquée à l'exercice, en accueillant une requête portant sur la constitutionnalité d'une loi publiée, dans son arrêt *ONCAD*, en date du 23 août 1980¹²⁶.

Repris dans de nombreux États, le contrôle a été pour la première fois mis en place par la réforme judiciaire de 1992. Il ne pouvait alors être soulevé que devant l'ancienne Cour de cassation et l'ancien Conseil d'État fusionnés depuis 2008 en Cour suprême.

123. E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 1^e édition, 2010, p. 13.

124. A. TOCQUEVILLE, *La Démocratie en Amérique*, Madrid, vol. 1, 1^e édition, dans « *El Libro de Bolsillo* », Alianza Editorial, 1989, en particulier pp. 92-97.

125. Arrêt du 13 mars 1978, *Abdoulaye Wade c. Elections présidentielle*. Cf. S. SYLLA et S. DIOP, « Les compétences de la Cour suprême du Sénégal en matière constitutionnelle », *op. cit.*, pp. 313-350.

126. L'autorité avait raccourci le délai de promulgation pour couper court à la possibilité pour les parlementaires de l'opposition de saisir le juge. Celui-ci en accueillant ce recours, cherchera donc à corriger ce malaise.

B. La réception du mécanisme

La voie dite de l'exception d'inconstitutionnalité trouve aujourd'hui sa source dans l'article 92 de la Constitution de 2001. Elle s'inscrit dans la mouvance de la réforme d'ensemble des institutions judiciaires afin de mieux garantir l'exercice effectif des droits et libertés inscrits dans la Constitution. Elle permet aux citoyens d'obtenir l'application des garanties fondamentales reconnues par la constitution, même lorsqu'une loi devant s'opposer à l'application de ces garanties.

La doctrine s'est essayée à l'examen de la particularité du modèle sénégalais d'exception d'inconstitutionnalité¹²⁷, à l'effet d'en faire ressortir quelques traits identitaires spécifiques. Le mécanisme du contrôle par voie d'exception a été reçu au Sénégal grâce à la loi du 30 mai 1992. Dans l'exposé des motifs de la loi, il a été clairement posé par le législateur que « *c'est une innovation majeure puisque l'exception d'inconstitutionnalité, lorsqu'elle est soulevée devant le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation [réunis dans la Cour suprême depuis 2008], impose à la haute juridiction saisie, si la solution du litige dépend de l'appréciation de la conformité à la Constitution d'une disposition d'un accord international ou d'une loi, de saisir le Conseil constitutionnel et de surseoir à statuer jusqu'à ce que celui-ci se soit prononcé* ».

Cette perception, qui reprend à son compte le dispositif qui organise l'exception d'inconstitutionnalité¹²⁸, en décrit clairement l'opérationnalité.

Sur le plan technique, ce type de recours se décrit non pas comme une exception de procédure, mais une voie de recours, un moyen de fond qui appelle l'arbitrage du juge habilité à en connaître. À ce propos, la chambre administrative de la Cour suprême s'est essayée à la

127. Cf. A. K. DIOP, « La particularité de l'exception d'inconstitutionnalité sénégalaise : une analyse à la lumière du contentieux de l'exception d'inconstitutionnalité en Afrique francophone », *op. cit.*, pp. 61-94 ; A. NDIAYE, « L'accès individuel au juge constitutionnel en Afrique. Essai d'analyse à la lumière de l'exception d'inconstitutionnalité », *RAMReS*, n° 2, 2021, pp. 308-348.

128. Article 22 : « *Lorsque la solution d'un litige porté devant la Cour d'Appel ou la Cour suprême est subordonnée à l'appréciation de la conformité des dispositions d'une loi ou des stipulations d'un accord international à la Constitution, la juridiction saisit obligatoirement le Conseil constitutionnel de l'exception d'inconstitutionnalité ainsi soulevée et sursoit à statuer jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel se soit prononcé* ».

clarification conceptuelle lorsqu'elle soutient, dans son arrêt n° 50 du 26 septembre 2013, *Cheikh Tidiane Sy et al. c. État du Sénégal*, que « l'exception d'inconstitutionnalité n'est pas une exception de procédure mais un moyen de fond visant à établir le défaut de base légale de l'acte attaqué qui se fonde sur un texte de loi dont la constitutionnalité est contestée ».

Au fond, il est souvent à l'initiative des parties au procès, car si l'une d'entre elles relève une contrariété entre la loi (qu'on lui applique, ou qui est appliquée par la partie adverse) et la Constitution, elle la signifie au juge d'instance (Cour suprême ou Cour d'appel), qui en apprécie le bien-fondé (décision n° 16/95 du 13 février 1995, Renvoi à la Cour de cassation d'une exception d'inconstitutionnalité : « *CONSIDÉRANT, en effet, que la Cour de Cassation doit se prononcer avant toute saisine du conseil constitutionnel, sur sa compétence et sur la recevabilité du pourvoi ou la déchéance, tout examen de la "solution du litige" leur étant subordonné; qu'un pourvoi, non purgé de toutes fins de non-recevoir ou simplement fantaisiste, ne saurait servir de prétexte pour saisir le Conseil constitutionnel d'une exception d'inconstitutionnalité qui, si elle devait être reçue et examinée par le Conseil, constituerait un véritable détournement de procédure* », avant que celle-ci ne saisisse à son tour, le juge constitutionnel, par un renvoi préjudiciel ou question préjudicielle, pour y statuer.

Par ailleurs, il ne serait pas inutile d'étudier la mise en œuvre du contrôle.

Paragraphe 2 : La mise en œuvre du contrôle

C'est à l'aune de la pratique que l'on peut mesurer l'efficacité d'un mécanisme de contrôle juridictionnel. Dès son intégration dans le système juridique sénégalais en 1992, le contrôle par voie d'exception a suscité l'attention des parties au procès, bien que l'initiative fût restreinte aux instances en cours devant le Conseil d'État et la Cour de cassation d'alors, fusionnés en Cour suprême, depuis 2008. Pour autant, elle s'est révélée être pour les citoyens une voie d'accès au prétoire du juge constitutionnel, provoquant ainsi l'extension des occasions pour le juge de dire le droit. Dès lors, ne paraîtrait-il pas incongru de s'intéresser d'une part aux effets juridiques de la décision d'inconstitutionnalité par voie d'exception, à la suite de quoi le bilan du mécanisme pourrait être tenté.

A. Les effets de la décision d'inconstitutionnalité

L'usage de ce mécanisme de contrôle de constitutionnalité n'est pas opératoire devant toutes les juridictions. En vue de garantir la stabilité des situations juridiques nées de la volonté du législateur, l'article 92 de la Constitution limite cette faculté aux procès portés devant la Cour suprême ou la Cour d'appel. On ne peut la soulever devant les autres ordres de juridiction. Le contrôle par voie d'exception renforce ainsi l'autorité de la Constitution qui, placée au sommet de la hiérarchie des normes juridiques, voit son respect s'imposer aux normes qui dérivent d'elle.

Concrètement, saisi valablement d'un recours portant sur une exception d'inconstitutionnalité, le juge voit sa décision revêtir une double orientation de ses effets : *inter partès* (entre les parties) qu'*erga omnes* (à l'égard de tous).

Les effets *inter partès* résultant de la décision d'inconstitutionnalité ne sauraient surprendre. Il faut rappeler que c'est à l'occasion d'une instance que le contrôle a été suscité par une partie au procès afin de s'opposer à une disposition législative litigieuse.

Une fois rendue, l'exception est programmée pour s'appliquer au litige encore pendant. L'objectif de l'exercice conduit donc à la « neutralisation » des dispositions querellées. Les effets *inter partès* traduisent les implications immédiates de la décision entre les parties au procès. Elles sont en réalité les premières concernées. D'ailleurs, leur impact est encore plus net dans les systèmes juridiques anglosaxons. Aux États-Unis, dans la mesure où le « juge du fond » est aussi « juge de l'exception », il tire alors directement les conséquences de l'interprétation faite de la loi querellée et les applique aux parties en instance. Dans le modèle européen, tel que répliqué au Sénégal, la décision d'inconstitutionnalité doit être portée à la connaissance du juge au principal afin d'en tirer les effets de droit sur le procès non encore vidé. Il doit lui être réservé un accueil hospitalier et non hostile.

Le résultat de l'expertise technique de la juridiction constitutionnelle a vocation à être pris en considération par la Cour (suprême ou d'appel), en ce que « *l'appréciation de la conformité à la loi échappe totalement à l'emprise de la Cour suprême ; qu'en effet, cette mission est expressément et exclusivement dévolue au Conseil constitutionnel* »¹²⁹.

129. Affaire n° 1/C/2014 du 3 mars 2014, *Karim Meïssa Wade*.

Il faut donc s'accorder à reconnaître que cet aménagement des compétences juridictionnelles suggère une collaboration harmonieuse entre les juges, sous peine de voir les dysfonctionnements desservir la cause du requérant. D'ailleurs, le souci d'une collaboration harmonieuse a été rappelé par le juge constitutionnel à l'occasion de certaines affaires. Dans la décision *Demba Mbaye*¹³⁰, le Conseil estime que : « *Considérant que la seule préoccupation du Conseil constitutionnel demeure le fonctionnement harmonieux et complémentaire des juridictions, qui commande au juge de corriger les imperfections de la loi, de combler ses lacunes par des constructions jurisprudentielles réfléchies, patientes et parfois audacieuses* ». Pour cette raison sans doute, le Conseil constitutionnel, a jugé utile d'accueillir un recours en exception d'inconstitutionnalité, en dépit des confusions entretenues par le juge du fond dans son recours. Il a considéré dans l'Affaire *Moussa Ouattara et al.*¹³¹ qu'« *il est utile de relever que lorsque le CE mentionne dans le dispositif de l'arrêt visé : "déclare recevable l'exception d'inconstitutionnalité soulevée", il doit être entendu que cela signifie que le litige qui lui est soumis est susceptible d'être transmis au Conseil constitutionnel, conformément aux dispositions de l'article 56 de la LO sur le CE et non point que l'exception elle-même est recevable* ».

Une telle conduite est de nature à préserver les droits des requérants, sans toutefois enfreindre les digues qui déterminent l'office du juge.

Quant aux effets *erga omnes* attachés à la décision d'inconstitutionnalité par voie d'exception, ils témoignent d'une certaine optique de « toilettage » de la pyramide normative, infiltrée par certaines normes contraires, de temps à autres. En droit sénégalais, les conséquences de la décision du juge constitutionnel débordent la relation *inter partes* pour valoir à l'égard de tous. Pour s'en convaincre, il faut remonter aux fondements juridiques de ce dispositif. L'article 92 (3) de la Constitution de 2001 est sans équivoque lorsqu'il énonce : « *Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucune voie de recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». S'agissant de la loi organique sur le Conseil constitutionnel, son article 24 semble définitivement unifier le régime de la délibération du Conseil en soutenant

130. Affaire n° 3/C/95 du 19 juin 1995.

131. N° 2/C/95 du 13 février 1995.

que : « *Le Conseil constitutionnel rend, en toute matière, des décisions motivées* », bien qu'il puisse être saisi par le Président de la République pour avis¹³². Dans l'Affaire *Rabat*¹³³, le Conseil constitutionnel rappelle que

*« la règle de la non-rétroactivité des lois n'a de valeur constitutionnelle qu'en matière pénale »*¹³⁴, a décidé que : « *L'alinéa 2 de l'article 33 de la loi organique 92-25 du 30 mai 1992, sur la Cour de cassation, n'est pas conforme à la Constitution* ». « *Il ne peut plus être fait application de cette disposition, conformément à l'article 20 de la loi organique 92-23 du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel* ».

Le juge par cette disposition, ne se borne pas à établir la contrariété de la norme en cause, il confère une portée abrogative et immédiate à la disposition litigieuse. Et cette décision vaudra à l'égard de tous.

S'il estime que la loi n'est pas conforme à la Constitution, il ne peut plus en être fait application. Cette disposition aux allures d'une interdiction formelle ne préconise pas l'annulation de la loi, elle proclame le « gel » définitif des dispositions frappées d'inconstitutionnalité. La neutralisation juridictionnelle des dispositions inconstitutionnelles ne garantit pas toujours tout risque d'application ultérieure, surtout lorsque les citoyens et les acteurs potentiellement impliqués dans un jeu relationnel qui implique l'application de ces normes, ne sont pas toujours à ce niveau d'information.

La disposition frappée d'inconstitutionnalité n'est pas formellement annulée. Elle subsiste dans l'ordonnancement juridique mais ne peut plus être appliquée.

Comment alors apprécier ce mécanisme ?

132. Article 92 (2) de loi organique sur le Conseil constitutionnel.

133. Arrêt n° 2/C/93 du 23 juin 1993.

134. Conformément à l'article 6 de la Constitution de 1963 : « *La personne humaine est sacrée. L'État a l'obligation de la respecter et de la protéger. La liberté de la personne humaine est inviolable. Nul ne peut être condamné si ce n'est en vertu d'une loi entrée en vigueur avant l'acte commis* », mais aussi, l'article 8 de la DDHC de 1789, et 11.2 de la DUDH de 1948. Cf. E. H. MBODJ, « La mise à mort du rabat d'arrêt ? Observations sous Conseil constitutionnel, 23 juin 1993 », *op. cit.*, pp. 76-86.

B. Le bilan de l'exception d'inconstitutionnalité

Instituée depuis 1992, l'exception d'inconstitutionnalité ne saurait échapper à un bilan d'étape dont le but serait d'apprécier dans quelle mesure les droits des citoyens sont protégés contre les « excès » du législatif. En la matière, le pari ici sera de faire ressortir les défaillances du dispositif. Bien qu'il soit réformé en 2016, le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité souffre encore de nombreuses imperfections. La réforme ne semble point achevée eu égard aux dynamiques africaines et même mondiales de la justice constitutionnelle.

Une *première limite* résulte de l'insuffisant quantitative et qualitative du recours au mécanisme. La faiblesse quantitative des décisions issues de la mise en application de l'exception d'inconstitutionnalité¹³⁵ étonne, puisque vingt-neuf (29) ans après son institution, seules quelques onze (11) décisions ont atterri devant le Conseil constitutionnel.

Qualitativement, le bilan jurisprudentiel de la protection des droits des citoyens reste bien maigre. Les décisions recensées n'ont pas souvent établi de réelles velléités de protection des droits et libertés, individuellement ou collectivement.

S'agissant des libertés individuelles, dans l'affaire *Karim Meïssa Wade*¹³⁶, les griefs relatifs à la rupture d'égalité (Considérant 12), à l'absence de garanties des droits de la défense, du délai raisonnable (Considérant 13), à la discrimination (Considérant 25), au renversement du fardeau de la preuve et de la présomption d'innocence (Considérant 27), n'ont en aucun moment prospéré devant le prétoire du juge constitutionnel, alors que le bien fondé de certains d'entre eux, était sans équivoque. Dans le même sillage, le droit de propriété et ses limitations, ont été en cause dans les Affaires n° 3/C/96 et 4/C/95 du 19 juin 1996, *Moussa Ouattara et al. et Djim Momar Kébé et al.* En cause, le respect de la procédure d'expropriation, de l'intérêt général, de l'utilité publique et de la nécessité publique de la procédure d'expropriation. Le juge conclut qu'« *Aucun des moyens soulevés à l'appui de l'inconstitutionnalité (...) n'est fondé* ».

135. Ce décompte ne tient pas compte des exceptions infructueuses soulevées par les Cours d'Appel, depuis la réforme de 2016. V. B. BA, « Présentation de l'exception d'inconstitutionnalité : le dénouement », in *Communication au Séminaire du Conseil constitutionnel sur l'exception d'inconstitutionnalité, 4 et 5 décembre 2020, Dakar, Sénégal*.

136. N° 1/C/2014 du 3 mars 2014.

S'agissant des *libertés collectives*, les affaires *Ndiaga Soumaré* et *Pape Djidiam Diop* trahissent toute espérance dans le sens d'élargir des droits spécifiques à certains corps de l'administration publique. En effet, si le « feuilleton » *Ndiaga Soumaré*¹³⁷ portant sur l'ouverture du droit de grève au corps des Douanes, a été perdu par le jeu des renvois et interprétations divergentes entre la Cour suprême et le Conseil constitutionnel, l'affaire *Pape Djidiam Diop*¹³⁸ a débouché sur une décision du Conseil constitutionnel. Celui-ci estime que

« la liberté syndicale permet au travailleur de défendre ses intérêts professionnels ; que le droit de grève constitue le moyen ultime du travailleur dans l'exercice de ses droits syndicaux » (Considérant 8), *« Que toutefois, ni la liberté syndicale, ni le droit de grève ne sont absolus »* (Considérant 9).

Une deuxième limite est liée à l'exigence d'atteindre la Cour d'appel au moins pour susciter l'exception, alors que les leçons du droit comparé africain s'accordent à l'aménager à tous les niveaux de l'instance juridictionnelle. Il en est ainsi au Niger¹³⁹, au Burkina Faso¹⁴⁰,

137. CC., ch. adm., 26 juillet 2012, *Ndiaga Soumaré c. État du Sénégal* ; Affaire N° 2/C/2012 du 6 décembre 2012 ; Ch. adm., 31 janvier 2013, *Ndiaga Soumaré c. État du Sénégal* ; ch. adm., 8 août 2013, *Ndiaga Soumaré c. État du Sénégal* arrêt n° ECW/CCJ/JUD/11/19, en date du 27 février 2019, la Cour de justice de la CEDEAO, *Ndiaga Soumaré c. État du Sénégal*. La Cour a décidé qu'« *en l'espèce, en soutenant que son droit à un procès équitable a été violé, NDIAGA SOUMARÉ veut amener la Cour de céans à faire une analyse critique des décisions de la Cour Suprême et du Conseil Constitutionnel du Sénégal alors que la Cour de céans, comme elle l'a toujours rappelé dans sa jurisprudence, n'est ni une juridiction d'appel ni une juridiction de cassation des décisions des juridictions nationales* ».

138. N° 2/C/2013 du 18 juillet 2013.

139. Article 132 de la Constitution du 25 novembre 2010 : « *Toute personne partie à un procès peut soulever l'inconstitutionnalité d'une loi devant toute juridiction, par voie d'exception. Celle-ci doit surseoir à statuer jusqu'à la décision de la Cour constitutionnelle, qui doit intervenir dans un délai de trente (30) jours* ».

140. Article 157 (2) de la Constitution du 2 juin 1991 : « *En outre, tout citoyen peut saisir le Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel qui doit intervenir dans un délai maximum de trente jours à compter de sa saisine* ».

au Bénin¹⁴¹. Il semble toujours curieux au Sénégal, de réserver l'usage de cet instrument aux seules affaires pendantes devant la Cour d'appel et la Cour suprême, au détriment des autres échelons judiciaires. Et d'ailleurs, l'érection de la Cour d'appel comme instance où il peut être possible de soulever l'exception n'a pas encore, à notre connaissance, produit le moindre renvoi préjudiciel vers le Conseil constitutionnel. A l'image de l'affaire alors pendante devant la Cour d'appel de Dakar, celle-ci n'avait pas donné de suite au recours en inconstitutionnalité, estimant *in fine*, dans son arrêt, chambre d'accusation, en date du 16 mai 2017, *Khalifa Ababacar SALL* : « *Qu'il échet en conséquence de dire n'y avoir lieu à saisir le Conseil Constitutionnel de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée par Khalifa Ababacar SALL* ».

Une troisième limite tient au fait que le mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité semble instaurer un difficile « *dialogue* »¹⁴² des juges. Il est à cet égard remarquable, à l'épreuve de la pratique, les « malentendus » qui ont émaillé par « jurisprudences interposées », les relations entre la Cour suprême et le Conseil constitutionnel, à travers l'affaire *Ndiaga Soumaré*. Dans ce « feuilleton », la chambre administrative de la Cour suprême a semblé vouloir réfuter systématiquement toute idée de « suprématie » supposée ou réelle du juge constitutionnel. Dans l'arrêt rendu le 31 janvier 2013, *Ndiaga Soumaré c. État du Sénégal*, la juridiction administrative, réagissant en l'espèce au reproche d'une précédente décision du Conseil constitutionnel¹⁴³, pour ne s'être prononcé « *ni sur sa compétence ni sur la recevabilité du recours porté devant lui* », ripostera en ces termes : « *cette exigence du Conseil constitutionnel n'a aucun fondement juridique, d'autant que les arrêts de la Cour suprême ne peuvent être censurés par aucune autre juridiction ; (...) que la loi fondamentale et la loi organique sur le Conseil constitutionnel ne mettent à la charge de la Cour suprême, que la seule obligation de saisir le Conseil constitutionnel de l'exception d'incons-*

141. Article 122 de la Constitution du 11 décembre 1990 : « *Tout citoyen peut saisir la Cour Constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision de la Cour Constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours* ».

142. Cf. *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009.

143. Arrêt n° 2/C/2012 du 6 décembre 2012, Exception d'inconstitutionnalité *Ndiaga Soumaré*.

titutionnalité des dispositions d'une loi ou des stipulations d'un accord international, soulevée par une partie à l'occasion d'un litige porté devant elle, dont la solution dépend de l'appréciation de cette exception ; (...) Qu'il y a lieu en conséquence de saisir à nouveau le Conseil constitutionnel de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée et de surseoir à statuer sur le recours de Ndiaga Soumaré ». Par décision n° 01 du 2 mars 2015, le Conseil constitutionnel a considéré que « la Cour suprême qui ne peut ni apprécier, ni censurer la décision du Conseil constitutionnel, ne saurait lui renvoyer à nouveau l'exception d'inconstitutionnalité, encore moins examiner le moyen qui se borne à critiquer les motifs de la décision ».

Une *dernière limite* qui mérite d'être recensée, c'est qu'avec le dispositif d'aménagement de l'exception posé en 2016, certains ont cherché à savoir s'il fallait passer par la Cour suprême pour relayer auprès du Conseil constitutionnel, une exception soulevée devant la Cour d'appel. D'autres étaient d'avis que la Cour d'appel était dispensée d'un tel détour, il fallait, tout au plus, après avoir vérifié les conditions de recevabilité, saisir le Conseil constitutionnel. Cette controverse, met à nu les limites de la réforme constitutionnelle de 2016, surtout que la loi organique sur le Conseil constitutionnel paraît muette sur la « procédure » qu'entreprendrait l'exception soulevée devant la Cour d'appel. Autant d'imperfections qui appellent la réaction du législateur, en vue d'une meilleure protection des droits humains.

TITRE II : LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE RÉGIONALE DES DROITS DE L'HOMME EN AFRIQUE

La protection juridictionnelle des droits de l'homme sur le continent africain constitue un fait relativement récent. Si l'on s'en tient à la trajectoire de l'organisation panafricaine – Organisation de l'Unité africaine, créée en 1963-, force est d'admettre que rien, dans sa charte constitutive, ne concerne directement les droits de l'homme. Créée essentiellement dans le dessein purement politique d'assurer la décolonisation et l'unité des États africains, l'OUA n'avait pas inscrit la promotion et la protection des droits de l'homme dans l'agenda de ses priorités. À sa décharge, certes, on pourrait avancer que la dernière thématique des droits de l'homme n'était pas encore dans l'air du temps, comme elle a pu l'être à la fin des années 80 et, plus nettement encore, à la fin du millénaire.

Ce n'est en effet qu'à la faveur de la substitution de l'Union africaine à l'OUA, en 2000 précisément, que le thème des droits de l'homme entre de façon franche dans l'objet de l'organisation panafricaine. Les objectifs de la nouvelle organisation sont plus larges que ceux de l'OUA, la décolonisation du continent est achevée et deux nouvelles préoccupations sont désormais intégrées dans les objectifs de l'Union : la paix et la sécurité continentales d'une part, et les droits de l'homme d'autre part, les deux thèmes entretenant au demeurant des rapports assez étroits.

Diverses dispositions de l'Acte constitutif de l'UA en attestent. Le Préambule évoque la nécessité de « *promouvoir et protéger les droits de l'homme et des peuples (...), la bonne gouvernance et l'Etat de droit* », visée reprise à l'article 3 g) et h), à l'article 4 m), alors que l'article 3 e) se réfère explicitement à la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 4 l) au principe d'égalité entre les hommes et les femmes. Il convient d'y ajouter tout l'arsenal normatif relatif aux changements anticonstitutionnels de gouvernement, que l'UA entend désormais combattre. Les normes qui s'imposent à cet égard figurent aussi bien dans le Traité institutif de l'UA que dans d'autres conventions, comme le Protocole relatif à la création du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine¹⁴⁴ ou la Charte de la démocratie, des élections et de la gouvernance¹⁴⁵.

Cette évolution est également observable si l'on se penche sur les transformations récentes des organisations sous-régionales d'intégration, labellisées sous l'appellation de Communautés économiques régionales (CER). Là également, la concomitance et la profondeur des mutations institutionnelles est remarquable¹⁴⁶. De même que pour l'organisation continentale, le domaine de la paix et de la sécurité d'une part, et celui

144. Protocole adopté le 9 juillet 2002 à Durban.

145. Charte adoptée le 30 janvier 2007.

146. Toutes les organisations sous-régionales qui nous intéressent ici ont été créées après 1990, dans une perspective clairement supranationale, c'est-à-dire de renforcement desdites organisations et de dépossession corrélative des Etats : Communauté du Développement en Afrique australe (SADC selon le sigle anglais, 1992), Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO, dont le Traité a été substantiellement modifié en 1993), la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC, 1994), le Marché Commun pour l'Afrique de l'Est et du Sud (COMESA, 1994) et la Communauté d'Afrique de l'Est (1999). Seule la Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale (CEEAC), créée en 1983, n'a pas connu de changement à cet égard.

des droits de l'homme d'autre part, ont fait leur apparition dans les objectifs des « nouvelles » organisations.

Ainsi, la CEDEAO a non seulement mentionné les droits de l'homme dans son Traité révisé, mais elle a adopté une Déclaration de principes politiques (1991), un protocole relatif au Mécanisme de prévention, de gestion et de règlement des conflits, de maintien de la paix (1999) et surtout un autre protocole relatif à la démocratie et à la bonne gouvernance (2001), ces actes faisant systématiquement référence à la défense des droits de l'homme.

La Communauté de Développement de l'Afrique Australe (SADC) a, sur la base de l'article 4 de son Traité constitutif, mis en place un organe politique de défense et de sécurité dont l'un des objectifs est le renforcement de la préservation des droits de l'homme et des institutions démocratiques. Une Charte sous-régionale des droits fondamentaux a même été adoptée en 2003, sans compter la mise en place d'un « Human Rights Sector » dont la mission est de développer des actions régionales de promotion et de défense des droits de l'homme.

La Communauté d'Afrique de l'Est (CAE) évoque certes les droits de l'homme dans son acte fondateur, mais dans une perspective quelque peu futuriste puisqu'il est question d'établir ultérieurement des compétences juridictionnelles afférentes à ce domaine. On verra cependant qu'en dépit de ce « report », l'organe judiciaire de l'organisation s'est déclarée apte à connaître de violations de droits de l'homme, ce qui n'a pas manqué de poser des problèmes.

Enfin, la Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale (CEEAC), bien que n'ayant pas intégré spécifiquement dans son objet les droits de l'homme - le Traité date de 1983- , s'est néanmoins saisie de cette question à travers son insertion dans le programme du Comité consultatif de la Communauté et surtout l'adoption, en 1994, d'une Déclaration solennelle par laquelle les États membres se disent « *soucieux de renforcer la sécurité, la stabilité et le développement des pays de la sous-région en promouvant le respect des droits de l'homme et l'instauration de la démocratie* », le Comité consultatif précédemment cité se prononçant par ailleurs « *en faveur de la création, sous l'égide du Centre des Nations Unies pour les droits de l'homme, d'un Centre sous-régional des droits de l'homme à Yaoundé* »¹⁴⁷.

147. Déclaration adoptée à la 4^{ème} réunion ministérielle tenue à Yaoundé du 4 au 6 avril 1994.

D'autres organisations sous-régionales ont tout aussi clairement exprimé leur adhésion à la promotion et à la défense des droits de l'homme¹⁴⁸.

Il existe donc, incontestablement, une prise de conscience sur la nécessité de promouvoir et de sauvegarder les droits de l'homme sur le continent africain. Des développements qui précèdent, il est apparu qu'une telle préoccupation peut être étudiée aussi bien au niveau continental qu'à l'échelle des sous-régions de l'Afrique.

Deux précisions liminaires doivent, à ce stade, être faites.

Tout d'abord, n'est envisagée ici que la « protection juridictionnelle », ainsi que le titre de la présente contribution le laisse clairement apparaître. Ne seront donc étudiées que les juridictions ayant compétence ou s'étant penchées sur des allégations de violations de droits de l'homme, que cette compétence soit prévue par les textes ou qu'elle soit « proclamée » par le juge lui-même, qu'elle soit acceptée ou qu'elle soit contestée. Dans une telle optique, l'étude portera sur la protection des droits de l'homme au niveau continental – Commission et Cour africaines des droits de l'homme et des peuples - et devant trois juridictions sous-régionales : celles de la CEDEAO, de la CAE et de la SADC.

En second lieu, le cadre continental de protection des droits de l'homme sera privilégié, il occupera la plus grande partie de cette étude pour des raisons aisément défendables : lui seul en effet mérite d'être qualifié de « système », au sens où il s'articule autour de normes et d'institutions pensées à l'avance et entièrement dédiées à ce projet. La protection des droits de l'homme dans les sous-régions n'obéit pas à un schéma aussi systématique et « délibéré », les normes de protection (SADC, CAE) comme les juridictions qui les appliquent (CEDEAO, CAE, SADC) n'assumant leur mission que de façon « accidentelle » ou « incidente », la sauvegarde des droits de l'homme n'étant pour eux une fonction ni originelle ni exclusive.

148. On peut encore citer l'Intergovernmental Authority on Development (IGAD), créée en 1996 par des pays est-africains. Le Traité constitutif affirme son attachement à « la promotion et à la protection des droits de l'homme et des peuples conformément à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ». L'Union Économique et Monétaire Ouest africaine, dont l'objet était strictement économique au départ, a ouvert un « chantier paix et sécurité » dont l'une des implications est la préservation des droits de l'homme.

CHAPITRE 1 : LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES DROITS DE L'HOMME AU NIVEAU CONTINENTAL

Le système de protection continental des droits de l'homme peut être appréhendé à partir des normes auxquelles il se réfère et des organes qu'il mobilise.

SECTION 1 : LES NORMES DE RÉFÉRENCE

Il s'agit des normes à l'aune desquelles les organes juridictionnels ou semi-juridictionnels apprécient les violations prétendues des droits de l'homme. On aura donc compris que les demandes qui leur sont soumises doivent, en principe, clairement viser des dispositions des instruments juridiques en question. Une règle élémentaire du contentieux international des droits de l'homme est, en effet, que tout droit invoqué en justice par un plaideur doit figurer dans l'instrument international de référence. Ici, ces instruments pertinents peuvent être la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ou d'autres conventions.

Paragraphe 1 : La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

Ce Traité international, appelé « Charte » - car les États ont la liberté d'appeler les actes qu'ils concluent comme ils veulent - a été adopté à Nairobi en juin 1981 et est entré en vigueur en 1986.

D'un point de vue « philosophique », deux de ses caractéristiques méritent d'être soulignées. Tout d'abord, comme son nom l'indique, il s'agit d'une déclaration « *des droits de l'homme et des peuples* ». L'idée d'associer les peuples à cette proclamation tient bien entendu à la volonté des États africains de refléter leur propre histoire dans ce texte. Dominés et spoliés de leurs richesses - à travers l'esclavage, la colonisation -, ces États ont entendu affirmer leurs droits méconnus. La mention dépasse cependant la seule dimension symbolique. Elle porte une virtualité de revendication actuelle puisqu'elle pourrait fonder une prétention à une réparation des préjudices subis par ces États, que ces préjudices soient « consolidés » ou qu'ils soient « continus ». L'affirmation d'un droit comme celui de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles par exemple pourrait directement fonder un droit à la « réparation », même pour des lésions subies dans un passé assez

lointain, le qualificatif de « permanente » établissant précisément que le droit existait alors que les peuples africains étaient sous domination étrangère.

Les droits des peuples évoqués par la Charte africaine sont les suivants : droit à l'égalité¹⁴⁹, à l'autodétermination dans le cas d'une domination étrangère¹⁵⁰, droit de disposer de ses richesses et de ses ressources¹⁵¹, droit au développement¹⁵², droit à la paix et à la sécurité¹⁵³, droit à un environnement sain¹⁵⁴.

L'autre singularité philosophique du texte africain est l'affirmation de « devoirs » de l'homme. À vrai dire, il ne s'agit pas là d'un véritable précédent dans l'histoire juridique des droits de l'homme. Sous la Révolution française, la Constitution du 5 Fructidor an III (22 août 1795) renfermait un préambule consistant en une « Déclaration des droits et devoirs de l'homme » et, plus près de nous, la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, adoptée en 1948 dans le cadre de l'Organisation des États américains (OEA) comportait également une énumération des devoirs de l'homme. Il n'en demeure pas moins que l'évocation des devoirs à un sens important dans le contexte africain. Elle vient rappeler que les sociétés concernées fonctionnent, dans une large mesure, selon une logique communautariste – au sens propre du terme –, une logique solidariste et non une logique individualiste telle qu'une certaine conception des droits de l'homme pourrait le faire croire. Les devoirs en question sont les suivants : respect des autres, tolérance à leur égard, devoirs envers la famille, l'État, la Nation¹⁵⁵.

La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples consacre d'autre part des droits de la « première » - « droits-libertés » - et de la « deuxième génération » - « droits-créances ». Au titre des premiers, on peut citer le droit à l'égalité, le droit à l'intégrité physique et morale, droit à la dignité, à la justice et au procès équitable, droit à la liberté d'expression, dont l'expression religieuse, la liberté de mouvement, le droit d'association, le droit de participer à la gestion des affaires

149. Article 19 de la Charte africaine.

150. Article 20 (2) et 3 de la Charte africaine.

151. Article 21 de la Charte africaine.

152. Article 22 de la Charte africaine.

153. Article 22 de la Charte africaine.

154. Article 24 de la Charte africaine.

155. Articles 27 à 30.

publiques¹⁵⁶. Les droits de la « deuxième génération » consistent, plus succinctement, en un droit au travail, à l'éducation et à la protection de l'État¹⁵⁷.

Pour l'essentiel, c'est autour de cette Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qu'est organisée la défense des droits de l'homme au plan continental. En d'autres termes, ce texte constitue la norme de référence majeure, de très loin la plus importante, dans le contentieux de la violation des droits. C'est à elle que se réfèrent, par exemple, la Commission et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Mais elle n'est évidemment ni le seul instrument de protection des droits de l'homme en Afrique, ni même le seul susceptible d'être invoqué devant les deux organes cités. Il existe d'autres conventions internationales à côté de la Charte, susceptibles d'être brandis¹⁵⁸, mais on s'en tiendra ici aux seuls instruments conclus dans le cadre continental.

Paragraphe 2 : Les autres instruments juridiques internationaux

On en citera deux, non par ce qu'ils constituent les seuls instruments relatifs aux droits de l'homme en dehors de la Charte, mais parce que d'une part, il est impossible d'évoquer la totalité de ces instruments et d'autre part parce que les textes pertinents eux-mêmes leur accordent une place privilégiée. C'est à ces seuls traités que se réfère, par exemple, le Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme annexé au Protocole de Sharm el-Sheikh du 1^{er} juillet 2008¹⁵⁹ : il s'agit de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant et du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes (Protocole de Maputo de 2003).

La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant est un traité international adopté le 11 juillet 1990 dans le cadre de l'OUA, et entré en vigueur le 29 novembre 1999. Elle a été précédée d'une

156. Articles 6 à 14.

157. Articles 15 à 18.

158. L'article 3 (1) du Protocole de Ouagadougou créant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, dont il sera question plus loin, cite, à côté de la Charte africaine comme instrument de référence, « *tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les États concernés* ».

159. Les dispositions en cause sont les articles 28 et 30 du Statut.

Déclaration sur les droits et le bien-être de l'enfant africain, adopté en juillet 1979 par les chefs d'État et de gouvernement de l'OUA. La Charte est intervenue quelques mois après la convention de l'ONU sur les droits de l'enfant de 1989, et l'on sent bien, à la lecture du document africain, que celui-ci a été influencé par le Traité onusien. À l'instar de ce dernier, elle fait de l'« intérêt de l'enfant » une notion centrale. Au profit de l'enfant, sont énoncés le droit à la survie et au développement, le droit au nom et à la nationalité, la liberté d'expression et d'association, la liberté de conscience et de religion, le droit à l'éducation, à la protection de la vie privée, à la santé etc.¹⁶⁰.

Quant au Protocole de Maputo du 11 juillet 2003 relatif aux droits des femmes, son contenu peut être analysé à deux points de vue. Dans un premier temps, il apparaît clairement qu'à côté des différents droits énoncés, cet instrument juridique entend combattre des « stéréotypes », des modèles de représentation sociale. À ce titre, on peut citer l'article 2 paragraphe 2, qui indique que :

« les États s'engagent à modifier les schémas et modèles de comportement socioculturels de la femme et de l'homme par l'éducation du public par le biais des stratégies d'information, d'éducation et de communication, en vue de parvenir à l'élimination de toutes les pratiques culturelles et traditionnelles néfastes et de toutes les autres pratiques fondées sur l'idée d'infériorité ou de supériorité de l'un ou de l'autre sexe, ou sur les rôles stéréotypés de la femme et de l'homme ». Dans le même ordre d'idées, l'article 5 dispose que « les États interdisent et condamnent toutes les formes de pratiques néfastes qui affectent négativement les droits humains des femmes et qui sont contraires aux normes internationales ».

À un autre point de vue, on pourra relever que ce Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples reste remarquable par sa « modernité », renfermant non seulement des droits de la « première »¹⁶¹ et de la « deuxième générations »¹⁶², mais encore de la « troisième génération », comme le droit à la paix¹⁶³, le droit à un

160. Articles 5 à 14.

161. V. les articles 3 à 8.

162. Articles 13 à 16 puis 20 à 24.

163. Article 10.

environnement culturel positif, à un environnement sain et à un développement durable¹⁶⁴.

SECTION 2 : LES ORGANES DE PROTECTION

Le système de surveillance de la bonne application de tous ces instruments juridiques continentaux repose sur deux types d'organes : des organes semi-juridictionnels et un organe juridictionnel. Les premiers sont la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples d'une part et le Comité sur les droits et le bien-être des enfants d'autre part. L'organe juridictionnel quant à lui est la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

Paragraphe 1 : Les organes semi-juridictionnels : la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et le Comité sur les droits et le bien-être des enfants

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est un organe créé par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981. Elle se compose de onze (11) membres, « *choisis parmi les personnalités africaines jouissant de la plus haute considération, connues pour leur haute moralité, leur intégrité et leur impartialité, et possédant une compétence en matière de droits de l'homme et des peuples* »¹⁶⁵. Siégeant à titre personnel, c'est-à-dire indépendants des États, les membres de la Commission sont élus par la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'UA, pour une période de six (6) ans renouvelable une fois¹⁶⁶. Les moyens et le secrétariat de la Commission sont fournis par le président de la Commission de l'UA.

Cet organe peut sans doute être qualifié de « semi-juridictionnel », à l'instar des « comités conventionnels » des Nations Unies¹⁶⁷, dans la mesure où n'étant pas formellement une juridiction (elle n'est pas composée de « juges » et ne rend pas de décisions judiciaires ayant autorité de chose jugée), il n'en produit pas moins des rapports soli-

164. Articles 17, 18 et 19.

165. Article 31 de la Charte africaine.

166. Articles 34 et 36 de la Charte africaine.

167. Ces comités sont les organes chargés de veiller au respect, par les États parties, de leurs engagements. Ils sont quasi- systématiquement créés dans les conventions des Nations Unies relatives aux droits de l'homme.

dement étayés en droit, et établis sur la base des conventions en cause. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples exerce trois ordres de fonctions :

Une fonction de récepteur et d'examineur des rapports périodiques que les États parties à la Charte ont l'obligation de produire tous les deux (2) ans¹⁶⁸. Elle est donc un organe de surveillance de la bonne exécution de la Charte, à l'instar, là encore, des comités conventionnels des Nations Unies ;

Une fonction de promoteur des droits de l'homme. À ce titre, la Commission a pour mission de participer à la « culture » des droits de l'homme. Elle le fait à travers l'élaboration ou le soutien à des études et réflexions entrant dans ce champ, le renforcement des institutions nationales de protection des droits de l'homme, la coopération avec des organes internationaux s'intéressant à cette question¹⁶⁹ ;

Une fonction de « juge » de la Charte. Elle intervient alors comme interprète de celle-ci, « à la demande d'un État partie, d'une institution de l'UA ou d'une organisation africaine reconnue par l'UA »¹⁷⁰. En dehors de cette fonction consultative, la Commission exerce surtout une fonction contentieuse, dans la mesure où elle reçoit des « communications »¹⁷¹, soit d'un État partie, soit de personnes privées¹⁷². C'est sur cette compétence contentieuse qu'il convient de s'attarder.

Les communications ou plaintes émanant d'un État contre un autre sont prévues par l'article 47 de la Charte africaine. À vrai dire, la procédure prévue est dominée par son caractère « diplomatique » et par une sorte de souci d'évitement maximal de l'issue judiciaire, ce qui tendrait à prouver que sur ce chapitre aussi, les États africains semblent préférer les solutions « politiques », souples et respectueuses des souverainetés, aux options judiciaires réputées moins « maîtrisables ». En effet, l'État qui souhaite engager une « plainte » contre un autre doit d'abord « appeler l'attention de cet État sur cette question ». Il existe ainsi une sorte de préalable diplomatique. Non seulement la

168. Article 62 de la Charte africaine.

169. Article 45 de la Charte africaine.

170. Article 45 (3) de la Charte africaine.

171. Le mot est délibérément « euphémique », il est emprunté au contentieux onusien des droits de l'homme. Il s'agit en vérité de « plaintes » contre un État accusé de violer des droits de l'homme.

172. Articles 47 et 55 et s. de la Charte africaine.

solution judiciaire est repoussée dans un premier temps, mais il y a dans cette phase liminaire un présupposé optimiste : l'offense faite au droit pourrait n'avoir été que le fruit de l'inadvertance ou de l'erreur, et un simple « rappel » de la part de l'État plaignant pourrait bien suffire pour que l'autre se ravise et que tout rentre dans l'ordre. Il est vrai qu'une autre disposition de la Charte indique qu'un État peut « directement » saisir l'organe semi-juridictionnel¹⁷³, ce qui tend à montrer que le préalable amiable n'est pas une formalité substantielle.

La communication par laquelle un État se plaint des agissements d'un autre est transmise à la fois au président de la Commission de l'UA et au président de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Dans les trois (3) mois qui suivent la réception de celle-ci, l'État destinataire devra fournir des explications sur les faits litigieux.

Au-delà de ce délai de trois (3) mois, délibérément institué pour parvenir à un règlement diplomatique ou amiable – l'article 48 l'admet très clairement -, l'un des États pourra saisir la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Celle-ci examine alors l'affaire, en entendant les Parties mais en tentant également, à ce stade aussi, de trouver une solution amiable « par tous les moyens »¹⁷⁴. En cas d'échec, elle établit un rapport dans lequel elle donne son appréciation des faits et fait des recommandations. Ce rapport est transmis aux États en cause et à la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'UA. Il appartiendra à cet organe politique de décider si ledit rapport doit être publié¹⁷⁵, cette publication constituant alors la seule forme de sanction – sanction « morale » – pouvant s'appliquer à l'État « fautif ». Telle est la procédure aménagée pour les plaintes mettant en cause deux États.

Qu'en est-il des plaintes formulées par les personnes privées ?

À vrai dire – il faut commencer par le préciser-, l'idée que les individus, personnes physiques, pouvaient saisir la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples n'est nullement explicite dans la

173. Article 49 de la Charte africaine : « *Nonobstant les dispositions de l'article 47, si un État partie à la présente Charte estime qu'un autre État également partie à cette Charte a violé les dispositions de celle-ci, il peut saisir directement la Commission par une communication adressée à son président, au (président de la Commission de l'UA) et à l'État intéressé* ».

174. Article 52 de la Charte africaine.

175. Article 59 de la Charte africaine.

Charte. La disposition en cause n'évoque en effet que « *les communications autres que celles des États parties* », ce qui ne signifie nullement celles de personnes physiques¹⁷⁶ et aurait pu, par exemple, viser celles d'organisations intergouvernementales ou non gouvernementales. C'est par une interprétation libérale – et sans doute bienvenue – que la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a admis, sur cette base, des requêtes présentées par des personnes physiques.

Des conditions de recevabilité de telles plaintes sont établies par la Charte africaine. Elles sont au nombre de sept (7)¹⁷⁷. La plainte doit :

- Ne pas être anonyme, c'est-à-dire indiquer l'identité du requérant ;
- être compatible avec l'Acte constitutif de l'UA¹⁷⁸ et avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples elle-même ;
- Ne pas renfermer des termes offensants ou outrageants pour l'État incriminé ;
- Ne pas se limiter, s'agissant des faits et de leurs preuves, aux seules informations des médias de grand public ;
- Être introduite dans un délai raisonnable « *depuis l'épuisement des voies de recours internes ou depuis la date retenue par la Commission* » ;
- Ne pas concerner des litiges déjà réglés conformément aux principes de la Charte des Nations Unies, de l'Acte constitutif de l'UA et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

On conviendra que certaines de ces conditions manquent de précision – ainsi la deuxième ou la septième – et l'on observera qu'une règle assez classique du contentieux international des droits de l'homme comme l'évitement de toute litispendance fait ici défaut.

Il faut signaler une hypothèse particulière, évoquée par l'article 58 de la Charte africaine. Elle concerne le cas où la Commission relève un afflux de communications relatant « *des situations particulières qui semblent révéler l'existence d'un ensemble de violations graves ou massives des droits de l'homme* ». Dans ce cas, la Commission « attire l'attention » de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement sur la situation en cause, sachant que cet organe peut alors l'autoriser à enquêter sur le sujet et à lui rendre compte.

176. Article 55 de la Charte africaine.

177. Article 56 de la Charte africaine.

178. La Charte, établie en 1981, mentionnait « *la Charte de l'OUA* ».

Il convient, pour finir, de souligner que c'est la Commission des droits de l'homme et des peuples qui est également compétente pour veiller à l'application du Protocole de Maputo relatif aux droits des femmes – qui est bien un « Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », se rattachant donc explicitement à cette dernière -. À ce titre, elle exerce les deux missions que la Charte lui reconnaît relativement à elle-même : recevoir les rapports périodiques des États et arbitrer les litiges susceptibles de s'élever au sujet de l'interprétation ou de l'application du Protocole¹⁷⁹.

Le second organe semi juridictionnel envisagé ici est le Comité sur les droits et le bien-être des enfants, mis en place par la Charte sur les droits et le bien-être des enfants. Il est composé de onze (11) membres, élus par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'UA, pour cinq (5) ans non renouvelables, et sélectionnés sur la base de leur compétence en matière de droits de l'homme et de droits de l'enfant en particulier. Le Comité a quatre fonctions principales :

- Une fonction générale de promotion et de protection des droits énoncés par la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant et, à ce titre, la capacité d'en interpréter les dispositions ;
- la réception des rapports périodiques que les États parties doivent établir¹⁸⁰ ;
- le traitement des « communications » (plaintes) pour violation des droits énoncés, de la part de toute personne, groupe de personnes ou ONG reconnue par l'UA, l'ONU ou un État membre¹⁸¹ ;
- un pouvoir général d'investigation, pour mener des enquêtes « sur toute question relevant de la présente Charte »¹⁸².

Après l'exposé des missions des organes semi-juridictionnels, il importe de se pencher sur le bilan de leur action, d'en évoquer les forces et les faiblesses.

179. Articles 26 et 27 du Protocole de Maputo relatif aux droits des femmes.

180. Article 43 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.

181. Article 44 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant. Sur cette base, le Comité a examiné deux « communications », l'une portant sur la situation des enfants dans le conflit au nord de l'Ouganda et l'autre sur le droit à la nationalité au sujet des enfants descendants des nubiens du Kenya (action initiée par Open Society en 2011).

182. Article 45 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.

Au sujet de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, on se félicitera du fait que cet organe de surveillance a, dès l'origine, entendu sortir du carcan et des restrictions dans lesquels les textes entendaient parfois la maintenir. Trois éléments de son bilan peuvent, à cet égard, être considérés comme positifs :

La Commission a délibérément opté pour une libéralisation de l'accès à sa « juridiction ». En effet, l'article 55 de la Charte africaine des droits de l'homme évoque laconiquement, au sujet des plaintes que la Commission reçoit, les « *communications autres que celles des États Parties à la présente Charte* », sans aucune précision supplémentaire. Dès 1988 cependant, la Commission a admis les communications faites par des individus, puis celles portées par des ONG qui ne sont pas des victimes directes. Au demeurant, lesdites ONG peuvent non seulement défendre des particuliers, mais mener des actions au nom des peuples¹⁸³ ; de telles actions prouvant ainsi que les « peuples » sont bien pris en compte dans le contentieux.

La Commission a eu une interprétation « constructive » des textes, elle a fait preuve de discernement et d'application modulée des règles : ainsi, elle a exclu la condition d'épuisement des voies de recours internes pour une personne craignant pour sa vie¹⁸⁴, ou pour une personne dépourvue de moyens financiers¹⁸⁵ ou encore en cas de violations graves et massives, n'autorisant aucun espoir de solution judiciaire¹⁸⁶.

Elle a exploité certaines virtualités des textes pour assurer une meilleure protection des droits de l'homme. Ainsi, sur la base de l'article 46 de la Charte, la Commission a initié des pratiques non expressément visées par la Charte : désignation de rapporteurs sur des questions précises, comités et groupes de travail thématiques également. On a ainsi eu des « rapporteurs spéciaux » sur la liberté d'expression, sur les prisons et les conditions de détention, sur les réfugiés et demandeurs

183. D'autres systèmes de protection des droits de l'homme ont pu s'illustrer par leur politique restrictive à cet égard. À titre d'exemples : article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme : seule la victime directe de la violation peut introduire une action ; et l'article 44 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme vise toute personne ou groupe de personne, toute entité non gouvernementale légalement reconnue dans un ou plusieurs États membres de l'Organisation des États américains

184. Communication n° 215/98.

185. Communication n° 97/93.

186. Communication n° 71/92.

d'asile etc ; des « groupes de travail » sur les droits économiques, sociaux et culturels, sur la peine de mort et les exécutions sommaires. Dans le même sens, sa volonté de suivre l'exécution de ses rapports l'a amenée à rappeler aux États leur responsabilité, notamment en matière de paiement d'indemnités aux victimes.

À côté de ses sujets de satisfaction, il existe cependant des motifs d'inquiétude, parmi lesquels on citera deux en particulier : La place excessive de l'autorité politique – la Conférence des chefs d'État et de gouvernement – dans les procédures en vigueur devant la Commission. L'emprise exercée par le pouvoir politique sur le pouvoir judiciaire se manifeste de deux manières.

Il y a d'abord la nécessité de l'autorisation donnée par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de déclencher des actions, qu'il s'agisse de la publication de la procédure elle-même, qui est en principe confidentielle, ou du déclenchement d'enquêtes relatives à des violations massives des droits de l'homme. C'est bien l'efficacité de la protection des droits de l'homme qui en pâtit puisque ce pouvoir d'habilitation de la Conférence comporte l'aléa de la prise en considération d'éléments politiques dans la mise en mouvement des procédures d'enquête ou de sanction.

Il faut comprendre, au sujet de l'autorisation de publication délivrée par les chefs d'État et de gouvernement, que la confidentialité est le contraire d'un principe fondamental qui est la publicité de la justice. Elle traverse pourtant le fonctionnement du système africain de protection des droits de l'homme. L'article 59 de la Charte africaine énonce le principe de confidentialité dans les termes suivants :

« 1. Toutes les mesures prises dans le cadre du présent chapitre restent confidentielles jusqu'au moment où la Conférence des chefs d'État et de gouvernement en décidera autrement. 2. Toutefois ce rapport est publié par le président de la Commission sur décision de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement. 3. Le rapport d'activité de la Commission est publié par son président après son examen par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement ».

En second lieu, il y a le pouvoir d'autoriser la poursuite des violations graves ou massives des droits de l'homme, toujours détenu par les chefs d'État et de gouvernement. Selon l'article 58 de la Charte africaine,

« 1. Lorsqu'il apparaît à la suite d'une délibération de la Commission qu'une ou plusieurs communications relatent des situations particulières qui semblent révéler l'existence d'un ensemble de violations graves ou massives des droits de l'homme et des peuples, la Commission attire l'attention de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement sur ces situations. 2. La Conférence des chefs d'État et de gouvernement peut alors demander à la Commission de procéder sur ces situations, à une étude approfondie, et de lui rendre cpte dans un rapport circonstancié, accompagné de ses conclusions et recommandations. 3. En cas d'urgence dûment constatée par la Commission, celle-ci saisit le président de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement qui pourra demander une étude approfondie »

Le second motif d'inquiétude est la faiblesse des moyens alloués à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

Il peut d'abord s'agir de moyens matériels. Ainsi, à ce jour, la Commission n'a pas de siège spécifique, elle continue à tenir ses réunions dans des hôtels – de la capitale gambienne notamment – en dépit des promesses renouvelées de lui trouver un siège digne et fonctionnel. En 2015, son budget a été drastiquement réduit. Dans l'un de ses derniers rapports, la Commission abjurait la Commission de l'UA de finaliser le processus de recrutement des postes vacants à son secrétariat, notamment de juristes traducteurs arabophones et lusophones. D'autre part, la Commission recommandait la constitution d'un groupe de soutien à la République de Gambie en vue de la construction d'un siège abritant ses travaux¹⁸⁷.

La faiblesse des moyens est également d'ordre institutionnel. Certes, la Commission a mis en place des mécanismes pour assurer le suivi de ses rapports et recommandations, mais le manque de collaboration des États reste regrettable. Dans le rapport d'activités précité, seuls deux (2) États étaient à jour dans la présentation de leurs rapports périodiques, dix-huit (18) étaient en retard de plus de trois rapports, et six (6) États ne s'étaient jamais acquittés de cette obligation prévue à l'article 62 de la Charte africaine¹⁸⁸. La Commission est dépourvue de « moyens de pression » sur les États Parties. Sa seule

187. 47^{ème} Rapport d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, couvrant la période mai- novembre 2019, p. 26.

188. *Op. cit.*, pp. 5 et 6.

ressource consiste à évoquer ces défaillances dans le compte-rendu de ses activités.

S'agissant du Comité sur les droits et le bien-être des enfants, son bilan fait apparaître les atouts et les faiblesses suivants.

Au titre des points positifs, on doit souligner trois éléments :

- Une large ouverture de la « saisine » du Comité. Il n'est pas besoin d'avoir personnellement ou directement souffert d'un préjudice lié à une violation de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant. L'article 44 de celle-ci évoque à ce titre le droit de saisine de « tout individu, groupe ou ONG » reconnue par l'UA, un État membre ou l'ONU. Un tel libéralisme dans l'accès au Comité doit être salué ;
- L'existence, au profit du Comité, d'un pouvoir général d'investigation, puisqu'il peut enquêter sur « toute question relevant de la présente Charte »¹⁸⁹ ; on observera que le Comité des Nations Unies pour les droits de l'enfant, mis en place par la convention de 1989 relative aux droits des enfants, n'a pas de pouvoir équivalent ;
- Une certaine autonomie vis-à-vis du pouvoir politique. Ainsi, le Comité peut, de sa propre initiative, procéder à la publication des rapports qu'il établit, sans recevoir l'« imprimatur » de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement (ce qui n'est pas le cas, par exemple, de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, comme on l'a vu précédemment).

Au titre des faiblesses du Comité, on peut évoquer deux points :

- Il existe d'abord une faiblesse générale, ainsi qualifiée parce qu'elle existe dans la quasi-totalité des comités conventionnels de l'ONU. Les pouvoirs de tels organes sont très limités, et le résultat même de leurs travaux – les rapports qu'ils rendent dans un cadre contentieux – ne lient pas les États. C'est l'une des difficultés majeures de ce mécanisme de surveillance du respect des traités relatifs aux droits de l'homme. Il arrive que des États s'abritent ouvertement derrière le caractère non obligatoire des délibérations des comités – lequel caractère est, certes, difficilement

189. Article 45 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.

niable - pour se soustraire à toute exécution de leurs recommandations.

- Il existe en outre une limite spécifique du Comité africain dans la mesure où la Charte dont elle procède n'a aucun lien avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. En effet, cet instrument juridique n'est pas un « Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme », contrairement, par exemple, au Protocole de Maputo relatif aux droits des femmes. Les avantages d'une insertion organique ou institutionnelle à la Charte sont au nombre de deux.

D'une part, elle ferait apparaître la défense des droits de l'homme en Afrique dans une perspective d'ensemble, les conventions seraient rattachées à une certaine rationalité, à un système au sens fort du terme. Ce souci de centralisation a l'avantage d'assurer une cohérente des droits de l'homme, sur le plan philosophique (éventuelle conception « africaine » des droits de l'homme) et technique (élimination des risques de contrariétés ou de conflits entre traités ou entre les « jurisprudences » y afférentes).

D'autre part, en venant se rattacher à une sorte de convention-mère que serait la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, un traité relatif aux droits de l'homme en Afrique lui emprunterait ses mécanismes de surveillance et de sanction. En d'autres termes, la Commission et la Cour africaines des droits de l'homme et des peuples seraient d'office « utilisées » au profit des traités en cause, ceux-ci trouveraient déjà leur « bras séculier », ils se passeraient donc d'institutions de surveillance, semi-juridictionnelles ou juridictionnelles. Il s'opérerait alors une sorte d'économie des moyens, la création d'organes, postulée par ce genre de convention, ne serait plus nécessaire. On remarquera que c'est ce qui s'est exactement passé avec le Protocole de Maputo relatif aux droits des femmes. Les rapports périodiques exigés des États sont adressés à la Commission et les litiges se règlent devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁹⁰.

Après la présentation des organes semi-juridictionnels que sont la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et le comité des droits de l'enfant, il importe de se pencher sur l'organe juridictionnel du système continental de protection des droits de l'homme qu'est la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

190. Articles 26 et 27 du Protocole de Maputo relatif aux droits des femmes.

Paragraphe 2 : La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

La Cour a été créée par le Protocole de Ouagadougou du 10 juin 1998, entré en vigueur le 25 janvier 2004. Elle est devenue opérationnelle en 2006.

Elle est composée de onze (11) juges, ressortissants d'États membres de l'UA. Ces juges sont élus à titre personnel par le Conseil exécutif de l'UA mais nommés par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement, pour un mandat de six (6) ans renouvelable une fois¹⁹¹. Ce sont des « *juristes jouissant d'une très haute autorité morale, d'une compétence et expérience juridique, judiciaire ou académique reconnue dans le domaine des droits de l'homme et des peuples* »¹⁹². La représentation des deux sexes est assurée, ainsi qu'une répartition géographique équitable. En pratique, il a été institué un système de quotas par région : deux (2) juges pour l'Afrique de l'Est, deux (2) pour l'Afrique australe, trois (3) pour l'Afrique du Nord, deux (2) pour l'Afrique centrale et trois (3) pour l'Afrique de l'Ouest. La Cour siège à Arusha (Tanzanie) mais elle peut siéger sur le territoire de tout État membre sur décision de la majorité de ses membres avec l'accord de l'État concerné¹⁹³. La Cour exerce trois ordres de compétences :

- Selon l'article 3 du Protocole de Ouagadougou, elle peut « *connaître de toutes les affaires et de tous les différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la Charte, du présent Protocole et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les États concernés* »¹⁹⁴;
- Elle peut rendre des avis consultatifs à la requête d'un État membre de l'UA, de tout organe de l'UA ou d'une organisation africaine reconnue par l'UA « *sur toute question juridique concernant la Charte ou tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme, à condition que l'objet de l'avis consultatif ne se rapporte pas à une requête pendante devant la Commission* »¹⁹⁵ africaine des droits de l'homme et des peuples ;

191. Articles 14 et 15 du Protocole de Ouagadougou.

192. Article 11 du Protocole de Ouagadougou.

193. Article 17 du Protocole de Ouagadougou.

194. Article 3 (1) du Protocole de Ouagadougou.

195. Article 4 du Protocole de Ouagadougou.

- Elle peut connaître des requêtes dont elle est saisie par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, par l'État Partie dont le ressortissant est victime d'une violation des droits de l'homme ou par les organisations intergouvernementales africaines. Les ONG dotées d'un statut d'observateur auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et les individus peuvent saisir la Cour contre un État qui aurait reconnu sa juridiction à cette fin¹⁹⁶.

À l'heure actuelle, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples se trouve dans une étape cruciale de son histoire puisqu'elle a fait l'objet d'une série de réformes dont elle pourrait sortir transfigurée et qui la plongent dans une incertitude assez pesante. Ces vicissitudes sont les suivantes :

- En 2000, le projet d'UA est adopté, la nouvelle organisation doit se substituer à l'OUA. Elle a prévu parmi ses organes une Cour de justice, la Cour de justice de l'UA ;
- En 2003, est adopté le 11 juillet à Maputo le Protocole relatif à cette Cour ;
- En 2008, le Protocole de Sharm el-Sheik, adopté le 1^{er} juillet, décide que la Cour de justice de l'UA – qui ne fonctionne pas encore – et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples – fonctionnelle depuis 2006 – seront fusionnées, conformément à une décision adoptée par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement en ses troisième et cinquième sessions ordinaires de 2004 et 2005¹⁹⁷ ; cette nouvelle juridiction est dénommée « Cour africaine de justice et des droits de l'homme », son Statut est annexé au Protocole ;
- En 2014, le Protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, également appelé « Protocole de Malabo », est adopté. Non encore en vigueur, ce nouvel instrument juridique ajoute aux compétences de la Cour des attributions pénales, avec une Section de droit international pénal. L'article 28 du Protocole comporte désormais un article 28A qui se lit : « *Sous réserve du droit de faire appel, la Section du droit international pénal de la Cour a compétence*

196. Article 5 (3) et 34 (6) du Protocole de Ouagadougou.

197. V. le Préambule du Protocole du 1^{er} juillet 2008.

pour juger les crimes prévus ci-dessous : 1) Génocide ; 2) Crimes contre l'humanité ; 3) Crimes de guerre ; 4) Crime relatif au changement anti constitutionnel de gouvernement ; 5) Piraterie ; 6) Terrorisme ; 7) Mercenariat ; 8) Corruption ; 9) Blanchiment d'argent ; 10) Traite des personnes ; 11) Trafic illicite de stupéfiants ; 12) Trafic illicite de déchets dangereux ; 13) Exploitation illicite de ressources naturelles ; 14) Crime d'agression ».

Dans sa forme achevée, la Cour sera donc composée de trois (3) Sections : La section des affaires générales, la section des affaires relatives aux droits de l'homme et des peuples et la section de droit international pénal. Ces trois (3) Sections « reproduisent » la gamme de compétences de la Cour :

- Questions relatives au droit international général et au droit de l'UA (ancienne Cour de Justice de l'UA, qui n'a jamais existé concrètement)
- Questions relatives aux droits de l'homme et des peuples (actuelle Cour africaine des droits de l'homme et des peuples telle qu'organisée par le Protocole de Ouagadougou de 1998)
- Questions de droit international pénal (Protocole de Malabo de 2014, article 28 A).
- Tels sont les données, aujourd'hui, de la protection juridictionnelle continentale des droits de l'homme. *Quel bilan peut-on en tirer ?*

Au chapitre des aspects positifs, on soulignera les éléments suivants :

Le premier est la création même d'une Cour supranationale de protection des droits de l'homme. En d'autres termes, l'existence même de la Cour constitue une sorte de prouesse, dans un contexte que l'on s'est parfois plu à dépeindre sous les traits d'un microcosme rétif aux solutions de type juridique ou judiciaire, et plutôt conquis aux charmes du règlement politique informel et sensible aux impératifs de souveraineté. Il est vrai qu'une telle appréciation a été largement nourrie par la pratique même des États africains. Dans de telles conditions, la mise en place d'une institution judiciaire pouvait relever de la gageure. En créant un organe judiciaire fonctionnel, les États africains ont quelque peu démenti ce préjugé. Le Protocole de Ouagadougou de 1998 – et surtout son entrée en vigueur – prouvent qu'une justice endogène est possible, même si, bien entendu, le combat pour les

droits de l'homme reste - et doit rester - un défi de type universaliste dans son principe.

En second lieu, la Cour a développé une politique de promotion des droits de l'homme qu'une compréhension étriquée de sa mission n'aurait pas permise. Certes, la fonction première de cette instance n'est pas de type « militant », mais il convient de garder à l'esprit deux choses, pour approuver le parti qui a été pris. La première est que la création de la Cour s'insère dans un ensemble, avec la Charte et la Commission africaines des droits de l'homme et des peuples. Le préambule du Protocole de Ouagadougou énonce qu'il est question, « *en consultation avec la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples* », de procéder « *à l'examen des possibilités de renforcer l'efficacité de la Commission* » par le biais de la « *création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples* ». Les États restent « *convaincus que la réalisation des objectifs de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples nécessite la création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples pour compléter et renforcer la mission de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples* ». Il semble donc que la fonction assignée à la Cour s'insère dans un contexte précis, qui est certes celui de la sanction juridictionnelle ou semi-juridictionnelle des droits, mais qui est celui de la « promotion » ou du renforcement de la « culture » des droits de l'homme. Sous cet angle, il est logique que la Cour ne s'arrête pas à une vision purement technique de sa mission, et qu'elle mène, à sa fonction, une « diplomatie des droits de l'homme » dont quelques illustrations seront données plus loin.

Toutefois, la politique de promotion des droits de l'homme que mène la Cour peut aussi se recommander des nécessités d'une justice moderne. Une telle justice doit grandement se caractériser par le souci de communiquer et d'informer. Une justice moderne est une justice transparente et communicante. Cette exigence est d'autant plus forte dans l'ordre international, où le juge doit faire face au scepticisme des personnes et surtout aux rebuffades des États. Apparaître sur la scène, se faire voir de ses justiciables, dialoguer avec les États surtout sont assurément des gages d'une « acceptation » de la justice. Cela est important pour une juridiction comme la Cour africaine, confrontée, on le verra, à de très fortes résistances étatiques, ne serait-ce qu'au sujet de l'exécution des arrêts rendus.

Les illustrations de cette politique de la transparence et de la communication sont régulièrement évoquées dans les comptes – rendus

des activités de la juridiction sans, bien entendu, être nécessairement ou formellement rattachées à un tel dessein. Au titre des activités menées en 2020 par exemple, il est question de la participation de la Cour aux sommets de l'OUA, de visites de sensibilisation menées dans des États membres de l'UA, aux fins notamment de les amener à adhérer à des instruments juridiques liés à la défense des droits de l'homme, de participation au forum international sur les droits de l'homme, participation au « dialogue judiciaire africain », ou encore d'« activités de réseautage ».¹⁹⁸

Les sujets de préoccupation sur le fonctionnement et l'avenir de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples sont cependant plus nombreux que les motifs de réjouissance. Un sentiment d'inquiétude peut légitimement naître de données actuelles, qui sont autant de faiblesses de l'institution, et qui sont au nombre de trois.

Il y a d'abord le comportement des États eux-mêmes, qui tend à discréditer la justice internationale et à saper le règne du droit et le respect des engagements internationaux qu'ils ont souscrits. Les libertés que prennent les États prennent deux formes : le refus d'exécuter les décisions rendues par la juridiction et le retrait des déclarations d'acceptation de la compétence de la Cour s'agissant des personnes privées agissant contre leur État d'origine.

A. Le refus persistant d'exécuter les arrêts rendus par la Cour

Dans son rapport d'activités sur l'année 2019, la Cour note que dix – neuf (19) arrêts et dix – huit (18) ordonnances rendus n'avaient pas fait l'objet d'une exécution¹⁹⁹. Un tel taux d'exécution – ou d'inexécution – est bien entendu préoccupant, s'agissant d'une juridiction relativement jeune, dont l'avènement avait été salué comme ouvrant une nouvelle ère dans la protection des droits de l'homme sur le continent. Il ressort de l'analyse de la Cour elle-même qu'au moment où le rapport est établi, un seul État – le Burkina Faso – s'est correctement acquitté de son engagement à exécuter les décisions de la juridiction. Il est en outre indiqué que la République unie de Tanzanie s'est partiellement conformée à certains arrêts qui la concernent et que

198. *Rapport d'activités sur l'année 2019 de la Cour*, doc EX.CL 1204 (XXXVI), pp. 10 et s.

199. *Rapport d'activités de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, doc EX.CL/1204(XXXVI), p. 15.

la République de Côte d'Ivoire a déposé son rapport sur la mise en œuvre d'une décision. « *Les autres États ne s'y sont pas conformés du tout, certains indiquant ouvertement qu'ils n'exécuteront pas les ordonnances et les arrêts de la Cour* »²⁰⁰. Dans de telles conditions, on ne peut que souscrire au constat amer que fait la juridiction :

*« La Cour note que le succès ou l'échec de tout système de justice ou de protection des droits de l'homme est tributaire de l'appui et de la coopération qu'il reçoit des différentes parties prenantes qui ont recours à ce système. Le respect des décisions de justice est essentiel au succès de tout système de justice et à la bonne administration de la justice. Le non – respect porte atteinte non seulement à la raison – d'être d'un tribunal, mais sape la confiance du public dans le système de justice »*²⁰¹.

B. Le retrait des déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour

La déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour est prévue à l'article 34 paragraphe 6 du Protocole de Ouagadougou²⁰². Cette déclaration vaut acceptation, pour l'État, d'être attrait devant la Cour par des personnes privées. Aucun État partie ne peut faire l'objet d'une action en justice en l'absence de cet acquiescement formel. Au début de l'année 2020, sur les trente (30) États Parties au Protocole relatif à la Cour, neuf (9) seulement avaient fait une telle déclaration²⁰³. Au cours de l'année 2020, deux (2) de ces Parties ont retiré leurs déclarations, ramenant donc à sept (7) le nombre d'États justiciables. Avant les deux retraits récents – qui sont le fait de la Côte d'Ivoire et du Bénin –, le Rwanda avait, depuis 2016, retiré sa déclaration d'acceptation.

200. *Ibid.*

201. *Ibid.*

202. Article 34 (6) du Protocole de Ouagadougou : « *À tout moment à partir de la ratification du présent Protocole, l'État doit faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 5 (3) du présent Protocole. La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5 (3) intéressant un État Partie qui n'a pas fait une telle déclaration* ».

203. *Op. cit.*, pp. 3 et 4.

Le retour sur les circonstances dans lesquelles sont intervenus les retraits est riche d'enseignements. Il tend à montrer que les États sont particulièrement « susceptibles » sur le contentieux des droits de l'homme lorsque celui-ci touche la question électorale ou des enjeux de pouvoir. Dans les trois cas en effet, ce sont des libertés politiques ou des processus électoraux qui ont été en jeu.

S'agissant du Rwanda, c'est la lettre du 1^{er} mars 2016 adressée à la Cour, qui notifie le retrait de la déclaration. On y lit que « *la République du Rwanda demande qu'après le dépôt dudit instrument, la Cour suspende toutes les affaires concernant la République du Rwanda, jusqu'à la révision de la déclaration* ». Le conseiller juridique de l'UA avait fait savoir, par la suite, que ce retrait n'affectait pas les affaires pendantes, et il fut suivi par la Cour. Le 3 juin 2016, celle-ci a rendu un arrêt sur les effets du retrait de la déclaration, et indiqué que le retrait n'avait aucun effet sur la requête introduite par Victoire Ingabire Umuhoya, une célèbre opposante au régime de Kigali. La Cour estime qu'il faudrait un délai de préavis et que sa position se recommande du principe de la non rétroactivité, « *qui dispose que les nouvelles règles ne s'appliquent qu'aux situations futures* ». Elle rend d'autres ordonnances sur au moins trois affaires concernant le Rwanda, allant toutes dans le même sens.

Le retrait de la Côte d'Ivoire résulte quant à lui du communiqué gouvernemental du 29 avril 2020, rédigé par le ministre de la Communication et des médias, porte - parole du Gouvernement :

« Le gouvernement ivoirien a décidé, le mardi 28 avril 2020, de retirer sa déclaration de compétence prévue au Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, qu'il a émise le 19 juin 2013. Cette décision (...) fait suite aux graves et intolérables agissements que la Cour s'est autorisés, dans ses actions, et qui, non seulement portent atteinte à la souveraineté de l'État de Côte d'Ivoire, mais sont également de nature à entraîner une grave perturbation de l'ordre juridique interne des États et à saper les bases de l'État de droit, par l'instauration d'une véritable insécurité juridique ». Sont visés les arrêts rendus par la Cour en lien avec le processus électoral de 2020²⁰⁴.

204. Composition de la Commission électorale nationale, exclusion de la compétition de l'opposant Guillaume Soro et d'autres.

Pour ce qui concerne le Bénin, il faut se référer à la déclaration du Garde des Sceaux, faite le 28 avril 2020, évoquant le retrait de la déclaration d'acceptation en se fondant sur le fait que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est entrée dans le domaine de relations commerciales entre personnes privées alors qu'elle n'aurait jamais dû : « de toute évidence, les égarements de la Cour africaine sont devenus source d'une véritable insécurité juridique et judiciaire à laquelle il est de la responsabilité des gouvernants de porter remède ». Il faut préciser que la Cour avait été saisie par l'opposant Sébastien Ajavon, homme d'affaires exilé depuis, qui était arrivé troisième à l'élection présidentielle de 2016.

Il semble ainsi exister une sorte d'irritabilité des États dès lors que le contentieux des droits de l'homme concerne directement le pouvoir politique. Il va de soi qu'une telle réalité dessert clairement la protection des droits sur le continent. Le respect des arrêts rendus par la Cour fait donc cruellement défaut, à l'heure actuelle.

La deuxième faiblesse du système juridictionnel de protection des droits de l'homme touche les réformes successives qui l'affectent. L'on a vu plus haut que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a fait l'objet, à ce jour, de deux réformes substantielles, dont aucune n'est encore entrée en vigueur et qui tendent à altérer sa vocation initiale et exclusive de mécanisme de protection des droits de l'homme. C'est cette exclusivité qui est censée lui garantir une efficacité. Or, les réformes de 2008 (Protocole de Sharm el-Sheikh sur la fusion avec la Cour de justice de l'UA, qui n'a jamais réellement existé) et de 2014 (Protocole de Malabo conférant à la nouvelle Cour des compétences en matière pénale, non encore entré en vigueur non plus) opèrent une mutation de la nature même de l'organe juridictionnel.

L'impression qui se dégage d'une telle évolution est celle d'hésitations et d'incertitudes sur le projet même d'organe judiciaire préposé à la défense des droits de l'homme. Car les trois types de compétences relevés plus haut correspondent à des missions différentes, à des vocations différentes. À chaque bloc de compétences correspond un organe avec une physionomie et un mode de fonctionnement précis, qu'on ne peut pas mécaniquement additionner ou superposer au nom d'impératifs économiques – car c'est au nom de tels impératifs qu'on a justifié le Protocole de 2008 portant fusion des deux Cours –.

Il convient donc de souligner clairement qu'une juridiction chargée de veiller au respect des droits de l'homme ne perçoit pas nécessairement sa mission et sa vocation dans les mêmes termes qu'une Cour

pénale chargée de sanctionner des comportements criminels individuels. En superposant les compétences, en les additionnant simplement, le projet de Cour africaine semble procéder d'une espèce de vision comptaible de la fonction juridictionnelle, se traduisant par une logique de l'accumulation : accumulation des compétences, amoncellement des structures. Telle qu'elle ressort de la modification de 2014, la Cour africaine est transfigurée, au sens littéral du terme, puisqu'elle est désormais dotée d'un « Bureau du Procureur », un « Bureau de la défense », une « unité des victimes et des témoins », une « unité de gestion des détentions », ces deux dernières s'insérant dans un greffe qui semble n'avoir aucun lien avec le greffe de la Cour statuant en matière de droits de l'homme. Le moins que l'on puisse dire est que le Protocole de Malabo a été, de ce point de vue, générateur de bureaucratie.

La troisième et dernière faiblesse du système juridictionnel de protection des droits de l'homme sur le continent tient à la faiblesse de ses moyens. Il s'agit là, on l'a vu précédemment, d'une limite partagée avec l'organe semi-juridictionnel qu'est la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. La faiblesse des moyens de la Cour peut être envisagée de façon actuelle et dans une perspective futuriste, celle de l'exercice de ses compétences pénales telles qu'elles résultent du Protocole de Malabo de 2014.

À l'heure actuelle, la Cour ne dispose pas des moyens adéquats pour faire face à sa mission. Dans son rapport d'activités précité, elle le déclare très clairement : « *Sur le plan administratif, l'insuffisance des ressources humaines et financières a affecté le bon fonctionnement de la Cour. La pénurie de bureaux est une autre sérieuse difficulté à laquelle la Cour est actuellement confrontée* »²⁰⁵. Une année auparavant déjà, elle soulignait qu'elle restait confrontée au « *manque de bureaux. Les plans architecturaux pour la construction des locaux permanents de la Cour ont été soumis par le Gouvernement de l'État hôte à la Commission de l'UA en 2016 mais il n'y a eu aucun développement concret pour finaliser les conceptions et commencer la construction* »²⁰⁶.

D'autre part, l'ordre du jour des quatre (4) sessions ordinaires de la Cour annuelles de la Cour est de plus en plus chargé et le temps dévolu aux affaires strictement judiciaires reste notoirement insuffisant.

205. *Rapport 2019, op. cit.*, p. 16.

206. *Rapport d'activités de la Cour sur la période 1^{er} janvier – 31 décembre 2018*, doc EX.CL/1126(XXXIV), p. 7.

Le greffe de la juridiction pâtit considérablement de ces carences. L'insuffisance de ses ressources humaines notamment se traduit par le fait que sur les quatre langues officielles de la Cour, elle ne travaille que sur deux (français et anglais), les deux autres étant de fait délaissées (arabe et portugais).

Dans la perspective de l'accroissement des compétences de la Cour, notamment de sa transformation, entre autres, en juridiction pénale, la question des moyens pourrait se poser de façon inquiétante. Une Cour dotée d'attributions si nombreuses, chargée de poursuivre quatorze infractions, devrait bien entendu être dotée de moyens adéquats. Il se pourrait bien que cette difficulté déjà réelle à l'heure actuelle, se pose de nouveau dans le cadre d'une juridiction chargée d'enquêter sur un large spectre d'infractions et dont la dotation financière actuelle reste notoirement insuffisante. Selon le rapport de la Commission de l'UA sur les implications financières et structurelles d'un élargissement des compétences de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et des peuples aux crimes internationaux, un budget de près de 4.442.530 dollars au minimum devait être prévu pour la seule section de droit pénal de la Cour²⁰⁷. En comparaison, la Cour pénale internationale bénéficie en 2017 un budget de près de 144.587.300 euros. Mais il faut avoir à l'esprit que la CPI ne traite que de trois crimes principaux à l'heure actuelle, alors que la future Cour africaine aura compétence, on l'a vu, sur une quinzaine d'infractions. Il semble également, à l'analyse, que « *le coût d'une action contre un crime international pourrait bien dépasser l'ensemble du budget annuel de la Cour africaine* »²⁰⁸. Le dernier budget connu de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples s'élève à 13.992.891 dollars us²⁰⁹.

Au total, le bilan de la protection juridictionnelle et semi-juridictionnelle des droits de l'homme sur le continent africain reste plutôt mitigé. Les motifs de préoccupation tournent essentiellement autour de la volonté politique des États de réellement promouvoir une telle justice. La lenteur à ratifier les instruments juridiques pertinents

207. *Rapport de la Commission de l'UA sur les implications financières et structurelles d'un élargissement des compétences de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et des peuples aux crimes internationaux*, EX.CL/773(XXII).

208. A. ABASS, « Prosecuting international Crimes in Africa : Rationals, Prospects and Challenges », *The European Journal of International Law*, vol. 24, 2013, p. 944.

209. *Rapport d'activités précité pour l'année 2019*, p. 10.

ainsi qu'une certaine persistance à ne pas exécuter les décisions de justice sont les indices les plus remarquables de ce manque de volonté. Il faut espérer qu'avec le temps de telles préventions s'estompent.

Faut-il voir dans ces limites du système continental de protection des droits de l'homme la raison de la sécrétion ou des tentatives de sécrétion de mécanismes de protection à l'échelle des sous-régions ? Comme si, revenant de leur dépit « continentaliste », les États retournaient à des solidarités plus restreintes, à l'idée que ce qui peine à exister au niveau de toute l'Afrique pourrait être plus aisément réalisé à l'échelle plus réduite des sous-régions ? Toujours est-il que les années 90-2000 ont vu émerger des tentatives de protection juridictionnelle des droits de l'homme dans tous parties de l'Afrique, notamment en Afrique de l'ouest (dans le cadre de la CEDEAO), en Afrique de l'Est (dans le cadre de la Communauté d'Afrique de l'Est) et en Afrique australe (dans le cadre de la SADC).

CHAPITRE 2 : LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES DROITS DE L'HOMME AU NIVEAU SOUS-RÉGIONAL

Deux précisions liminaires doivent être faites. L'une est que toutes ces réalisations sous-régionales ne sont pas à placer sur le même pied. À vrai dire, seule une d'entre elles a été « assumée » et organisée, c'est celle qui a eu lieu dans le cadre de la CEDEAO. Les deux autres ont en réalité été des tentatives avortées, sans doute parce qu'elles reposaient sur des considérations juridiques plus discutables.

La seconde réflexion qu'il importe de faire est qu'en réalité, aucune de ces entreprises sous-contininentales ne mérite d'être qualifiée de « système » de protection. En effet, un tel concept suppose, de notre point de vue, quelques données minimales, notamment : un instrument juridique de référence – ou, à la rigueur, plusieurs – et un organe juridictionnel – ou, à la rigueur, semi-juridictionnel - exclusivement dédié à la sanction des violations des droits.

Or, ces conditions n'existent pas dans les cadres en question. Dans les trois cas, il n'existe pas d'instrument (s) juridique (s) spécifique (s) ou spécifié (s) renfermant les normes de références de la juridiction. Surtout, ces juridictions en cause n'ont eu de compétence en matière de droits de l'homme que de façon que l'on pourrait qualifier d'« accidentelle » ou d'« incidente ». Toutes ont été mises en place

pour faire respecter des normes de l'intégration économique, d'abord. La Cour de justice de la CEDEAO n'a acquis sa compétence en matière de droits de l'homme qu'à partir de 2005, sur la base d'une disposition extrêmement laconique d'un protocole additionnel²¹⁰, et les deux autres juridictions se sont en quelque sorte « arrogées » une telle attribution tant il est vrai que les bases sur lesquelles celle-ci a été justifiée restent plutôt « générales » et sans doute sujettes à caution. Sauf le respect dû à ces institutions judiciaires, force est donc d'admettre que l'affirmation de leur compétence nouvelle relève d'une espèce de « bricolage », de construction plus empirique et opportuniste que systématique et délibéré.

On comprendra dans ces conditions que les développements y afférents soient, quantitativement et qualitativement, moins importants que ceux qui touchent le système continental de protection des droits de l'homme. Au reste, on l'a insinué précédemment, deux des entreprises en cause ont été « avortées », n'ont pas connu de suite puisque l'autorité politique – toujours les chefs d'État et de gouvernement – s'est empressée de rappeler à ces organes judiciaires les limites de leurs compétences ; autrement dit, a exclu les droits de l'homme de ces compétences.

SECTION 1 : UNE PROTECTION ASSUMÉE ET ORGANISÉE : LA CEDEAO

Il convient de se pencher sur le processus de mise en place de la Cour et sur les éléments fondamentaux du contentieux des droits de l'homme devant la juridiction.

Paragraphe 1 : La mise en place de la Cour de justice

À l'origine, dans le Traité de 1975, il était prévu un « Tribunal de la Communauté » mais celui-ci ne verra jamais le jour. Les principaux jalons de la mise en place de la juridiction communautaire comme juge des droits de l'homme sont les suivants :

1991 : Adoption du Protocole qui met en place la « Cour de justice de la CEDEAO » ;

2001 : Mise en place de la juridiction. Mais elle n'est quasiment jamais saisie, elle traverse donc une période d'inactivité ;

210. Article 4 du Protocole additionnel du 19 janvier 2005 (A/SP.1/01/05), nouvel article 10 du Protocole du 6 juillet 1991, A/P1/7/91 relatif à la Cour de justice de la CEDEAO.

2005 : Les droits de l'homme sont intégrés dans les compétences de la Cour, alors qu'elle n'avait en charge, jusque – là, que l'application de normes afférentes à l'intégration économique, avec des compétences et recours calqués sur celles de la Cour de Justice de la Communauté /Union européenne : renvoi préjudiciel en interprétation, recours en manquement, en annulation, en responsabilité etc.

Aujourd'hui, le contentieux de la violation des droits de l'homme occupe la totalité de l'activité de la Cour.

Paragraphe 2 : Les éléments majeurs du contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour

A. Points saillants de ce contentieux

L'absence de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. C'est une singularité ouest – africaine dans le contentieux international des droits de l'homme, tous les systèmes de protection faisant de la saisine préalable du juge national une condition de recevabilité même de l'action entreprise devant l'instance internationale. Cette particularité a ses avantages, notamment pour le justiciable qui souhaite saisir assez vite le juge international. Mais elle a des inconvénients dans la mesure où elle n'exclut pas un examen concomitant d'une affaire par le juge national et par le juge de la CEDEAO. Il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école, mais d'une possibilité qui s'est déjà produite²¹¹.

Une interprétation large de la notion de « personne victime » de violation : la jurisprudence y inclut les groupes de personnes (pourvu que celui qui agit bénéficie d'un mandat) ou les personnes morales comme les associations ou les partis politiques.

Une interprétation libérale de la représentation devant la Cour : non seulement les avocats le peuvent, mais également les « agents ». Le mot, qui ne recouvre rien de précis et laisse les parties libres de choisir, par exemple, des experts en droits de l'homme ou des ONG pour les défendre devant la Cour, semble être un vestige de l'époque où la Cour ne pouvait être saisie par des individus (vocabulaire probablement importé du Statut de la CIJ).

211. Ainsi, la Cour de justice de la CEDEAO a rendu un arrêt « *Khalifa Sall c. État du Sénégal* » du 29 juin 2018, au moment même où la Cour d'appel examinait la même affaire.

Des normes de référence très nombreuses. Il suffit en effet de citer n'importe quel instrument liant l'État attrait devant la Cour.

B. Sujets d'inquiétude

À côté de ces facteurs positifs, il y a des sujets d'inquiétude : Le mode de réparation reste invariablement pécuniaire : on peut certes comprendre que la jeunesse de la mission de la Cour et les réticences des États puissent expliquer le recours systématique à la « facilité » que constitue la réparation en argent, mais la protection des droits de l'homme requiert le recours à d'autres modes de réparation, plus ambitieux et dont les effets sont plus « institutionnels » ou structurels, comme : la modification d'une législation, le recommencement d'un procès ou l'adoption de mesures de type symbolique par l'État condamné.

La question de l'exécution des arrêts se pose à plusieurs égards. D'une part, il n'existe pas de « dialogue » entre la Cour et l'État condamné, dialogue que la désignation d'une autorité nationale chargée de suivre l'exécution des arrêts était censée garantir. Cette obligation des États membres qui figure à l'article 6 du Protocole additionnel de 2005 – nouvel article 24 du Protocole relatif à la Cour, de 1991 - n'a été exécutée par quelques États. De surcroît, même à l'égard de ces derniers, des « échanges » n'ont jamais eu lieu. D'autre part, il est avéré que des États ont pu choisir, à l'occasion, d'« ignorer » complètement les décisions de la Cour. Ce qui a été vu au sujet de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples se retrouve donc à la Cour de justice de la CEDEAO. En dernière analyse, c'est la question de la volonté politique des États qui se trouve posée.

Mais quelles que soient les faiblesses de la protection des droits auprès de la Cour de justice de la CEDEAO, on admettra qu'au moins cette protection existe, qu'elle est, comme on l'a écrit, « assumée ». Dans les cas qui suivent, la tentative de mettre sur pied une sauvegarde juridictionnelle a été « stoppée net », elle a été « étouffée dans l'œuf ».

SECTION 2 : UNE PROTECTION AVORTÉE : LA COMMUNAUTÉ D'AFRIQUE DE L'EST ET LA COMMUNAUTE DE DÉVELOPPEMENT DE L'AFRIQUE AUSTRALE

Ces entreprises qui ont tourné court doivent être envisagées l'une après l'autre. La protection des droits de l'homme résulte alors d'une démarche judiciaire « spontanée », reposant souvent sur une

interprétation audacieuse et certainement discutable des dispositions conventionnelles.

Paragraphe 1 : Le cas de la Communauté d'Afrique de l'Est

Cette organisation d'intégration a été créée le 20 novembre 1999 par le Traité d'Arusha. Elle regroupe le Burundi, le Kenya, le Rwanda, la Tanzanie, l'Ouganda et le Soudan du Sud. L'objectif de l'organisation est la création d'une union douanière, d'un marché commun et d'une « communauté »²¹².

Parmi les organes mis en place, il y a une Cour de justice, composée de « quinze juges au maximum », nommés par le Sommet – qui réunit les chefs d'État et de gouvernement - sur recommandation des États membres²¹³. La Cour comprend une chambre de première instance et une chambre d'appel²¹⁴, elle peut être saisie par les États membres, le Secrétaire général ou par les personnes physiques et morales²¹⁵.

C'est l'article 27 du Traité qui évoque les compétences de la Cour. Elles touchent l'interprétation et l'application du Traité constitutif de la CAE, mais le paragraphe 2 ajoute que « *les autres compétences, en matière d'appel, de droits de l'homme etc sont décidées par le Conseil à une date ultérieure appropriée. À cette fin, les États membres doivent conclure un Protocole pour donner effet aux autres compétences* ».

C'est dans ces conditions que la Cour a rendu deux arrêts très controversés. Le premier est l'arrêt *James Katabazi c. Secretary general of the EAC* du 20 novembre 2007. La Cour y estime, en dépit de l'attribution expresse de compétence en matière de droits de l'homme, que l'une de ses missions est précisément d'« *interpréter le traité* »²¹⁶, lequel traité évoque, au titre des « *principes fondamentaux de la Communauté* »²¹⁷, « la bonne gouvernance, y compris l'adhésion aux principes de la démocratie, de la primauté du droit, de la responsabilité, de la transparence, de la justice sociale, de l'égalité des chances, de

212. Article 2 du Traité.

213. Article 24 du Traité.

214. Article 23 du Traité.

215. Articles 28 à 30 du Traité.

216. Article 27 du Traité.

217. Article 6 du Traité.

l'égalité des hommes et des femmes ainsi que la reconnaissance, la promotion et la protection des droits de l'homme et des peuples conformément aux dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ».

Le second arrêt est celui du 17 mai 2013, *Samuel Mukira Mohochic The Attorney General of the Republic of Uganda*. La Cour y admet qu'elle n'a certes pas de compétence en matière de droits de l'homme spécifiquement entendus. Mais elle estime qu'elle peut examiner une requête en violation de tels droits sur la base de l'article 6 du Traité – précité –, de l'article 7 paragraphe 2 de celui-ci, aux termes duquel « *les États membres s'engagent à respecter les principes de la bonne gouvernance y compris l'adhésion aux principes de la démocratie, de la règle de droit, de la justice sociale et de l'universalité acceptés comme normes de droits de l'homme* ». Enfin, la Cour se fonde sur l'article 104 du Traité, qui ne mentionne nullement les droits de l'homme mais qui porte sur la « portée de la coopération », celle-ci étant comprise comme englobant la liberté de circulation des personnes. Il convient de rappeler que l'espèce concernait une personne de nationalité kenyane interdite d'accès au territoire ougandais.

À la suite de ces deux décisions, très controversées, l'instance qui regroupe les chefs d'État et de gouvernement a décidé de « suspendre » la Cour.

Paragraphe 2 : Le cas de la Communauté de développement de l'Afrique australe

Cette organisation d'intégration a été créée par le Traité de Windhoek du 7 août 2000. Son article 9 met en place un organe judiciaire, la Cour de justice. Celle-ci est composée de dix juges, elle a commencé ses travaux en 2005. Sa compétence est de veiller au respect des normes de la SADC. Toutefois, l'article 4 du Traité cite parmi les « principes » de la Communauté le respect des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit. Elle a fonctionné de 2005 à 2012 et a rendu des arrêts controversés comme ceux qui sont relatifs à la politique de redistribution des terres au Zimbabwe²¹⁸. On sait que l'État défendeur – le Zimbabwe – a systématiquement refusé d'exécuter les arrêts qui ont été rendus.

218. Arrêt du 18 juillet 2008, *Mike Cambell (Pvt) Ltd et al. c. République du Zimbabwe*, arrêt du 16 juillet 2010, *Louis Karel Fick et al. c. République du Zimbabwe*.

Comme pour la Cour de justice d'Afrique de l'Est, le raisonnement des juges s'est donc fondé sur des dispositions relativement « générales » du Traité, tenant plus de « pétitions de principe » que d'une véritable attribution de juridiction. C'est ce qui explique sans doute qu'en réaction à la « témérité » des juges, les Chefs d'État et de gouvernement de l'organisation aient décidé de rappeler à la Cour les limites de sa compétence, c'est-à-dire d'exclure de celle-ci les droits de l'homme proprement dits. L'autorité politique a enjoint l'organe judiciaire de limiter sa juridiction à l'interprétation du Traité de la SADC et au Protocole relatif au règlement du contentieux entre États membres en attendant l'adoption d'un nouveau protocole sur la Cour. Le Sommet a demandé à la juridiction de ne plus traiter de nouveaux cas tant que cette clarification n'était pas faite. En outre, il a décidé de ne pas renouveler le mandat de la Cour qui a rendu ces décisions.

Cette véritable « mise au pas » de l'institution judiciaire a été déplorée beaucoup d'organisations de la « société civile ». Dans une Déclaration conjointe de la Commission internationale des juristes, de l'Association des barreaux de la SADC et du Centre pour la litigation en Afrique australe, faite à l'issue du 32^{ème} sommet de la SADC, ces organisations dénoncent la décision des chefs d'État et y voient à la fois

« une violation du droit des peuples de la SADC à l'accès à la justice et à obtenir réparation », « une violation des droits acquis des peuples de la SADC », « une violation de l'indépendance judiciaire », « une négation de la protection des droits de l'homme dans la région », « une décision illégale, arbitraire et déraisonnable » et « un recul pour l'intégration ».

L'étude de la protection juridictionnelle des droits de l'homme sur le continent africain met en évidence, on l'aura deviné, deux nécessités pour un renforcement de cette préservation.

L'une s'adresse aux États qui ont souverainement décidé de mettre en place ces mécanismes de protection. Il ressort clairement des développements précédents que leur volonté politique n'est pas à la hauteur de leur dessein de mettre en place une véritable protection juridictionnelle des droits de l'homme. Leur inertie à donner effet aux instruments qu'ils adoptent ainsi que leur indolence, voire leur franc refus d'exécuter les décisions qui les concernent conduisent, il faut bien le dire, à douter de leur volonté d'instaurer une véritable justice des droits de l'homme.

Les juges sont les destinataires de l'autre impératif, qui est celui d'un exercice raisonnable de la fonction de juger. Certes, les relations entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir politique ne seront jamais absolument iréniques, mais une forme de loyauté doit les régir. Opposer aux États une sujétion qu'ils n'avaient pas prévue, les « prendre » pour ainsi dire « par surprise », ne sert pas forcément le projet de justice ; une témérité judiciaire spectaculaire peut, à l'épreuve du temps, s'avérer contre – productive. Il est donc souhaitable qu'à l'avenir les juges usent de leur pouvoir de façon raisonnable et « conventionnelle », tout en restant, bien entendu, invariablement fermes devant des violations évidentes des droits de l'homme.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENT	5
MOT DE L'INSTITUT DES DROITS DE L'HOMME ET	7
DE LA PAIX	7
MOT DU PROGRAMME POUR LA PROMOTION	9
DE L'ÉTAT DE DROIT EN AFRIQUE SUBSAHARIENNE DE LA FONDATION KONRAD ADENAUER.....	9
SOMMAIRE.....	11
LISTE DES ABRÉVIATIONS	15
PRÉFACE.....	19
CHAPITRE INTRODUCTIF	23
Section 1 : La définition des libertés publiques	25
<i>Paragraphe 1 : La notion de liberté</i>	25
<i>Paragraphe 2 : La notion des libertés publiques.....</i>	25
Section 2 : Les modes d'expression des libertés.....	26
<i>Paragraphe 1 : Liberté individuelle et collective</i>	26
A. La liberté individuelle	26
B. La liberté collective.....	28
<i>Paragraphe 2 : Liberté négative et positive.....</i>	28
A. Les libertés négatives	28
B. Les libertés positives.....	29
<i>Paragraphe 3 : Les libertés économiques et sociales</i>	29

PREMIÈRE PARTIE :

LES SOURCES NORMATIVES DES DROITS DE L'HOMME

TITRE I : LES SOURCES INTERNATIONALES.....	33
CHAPITRE 1 : LA DÉCLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME	34
Section 1 : Le contenu de la déclaration universelle des droits de l'homme	34
Section 2 : La portée de la déclaration universelle des droits de l'homme	35
Section 3 : Les déclinaisons de la déclaration universelle des droits de l'homme : les Pactes internationaux des Nations-Unies relatifs aux droits civils et politiques et aux droits sociaux, économiques et culturels	36

CHAPITRE 2 : LES CONVENTIONS INTERNATIONALES VISÉES PAR LA CONSTITUTION DU SÉNÉGAL DU 22 JANVIER 2001.....	38
Section 1 : La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979.....	38
<i>Paragraphe 1 : Les droits consacrés</i>	39
<i>Paragraphe 2 : Les mécanismes de suivi</i>	39
A. Le rapportage de la convention.....	40
B. La protection juridictionnelle.....	40
Section 2 : La Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989	41
<i>Paragraphe 1 : Les droits consacrés</i>	42
<i>Paragraphe 2 : Le dispositif de suivi et de garantie</i>	43
Section 3 : La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples	45
<i>Paragraphe 1 : Le contenu de la Charte</i>	47
A. Les caractéristiques de la Charte.....	47
1. <i>La consécration des droits de l'homme</i>	47
2. <i>Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes</i>	48
3. <i>Les devoirs de l'individu</i>	53
B. Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique	54
<i>Paragraphe 2 : Les dispositifs de suivi et de garantie</i>	55
A. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples	55
B. La juridictionnalisation du mécanisme africain de protection des droits de l'homme : la création de la Cour africaine.....	58
TITRE II : LES SOURCES NATIONALES.....	60
CHAPITRE 1 : LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION.....	61
Section 1 : Le contenu matériel du préambule	62
<i>Paragraphe 1 : L'affirmation d'un statut d'État souverain</i>	63
A. Le principe de la souveraineté internationale	63
B. Le principe d'adhésion aux instruments juridiques internationaux.....	64
<i>Paragraphe 2 : L'édification d'une société idéal-typique</i>	66

A. Les principes centrés sur la gouvernance.....	66
B. Les principes centrés sur les citoyens	69
Section 2 : La valeur du préambule.....	70
<i>Paragraphe 1 : La controverse sur la valeur</i>	
<i>du préambule.....</i>	70
A. La thèse de la valeur philosophique.....	71
B. La thèse de la valeur normative	72
<i>Paragraphe 2 : Le triomphe de la valeur juridique</i>	
<i>du préambule.....</i>	73
A. La réhabilitation juridique du préambule.....	74
B. La réhabilitation juridictionnelle du préambule.....	75
CHAPITRE 2 : LA CONSTITUTION	78
Section 1 : Les droits de la première génération.....	79
<i>Paragraphe 1 : Les droits fondamentaux de la personne</i>	
<i>humaine</i>	80
A. La quintessence des droits.....	80
B. Les spécificités locales.....	82
<i>Paragraphe 2 : Les droits civils et politiques</i>	83
A. Les droits civils	83
B. Les droits politiques	84
Section 2 : Les droits de la deuxième génération	85
<i>Paragraphe 1 : Les droits socio-économiques.....</i>	86
A. Les droits économiques.....	86
B. Les droits sociaux.....	88
<i>Paragraphe 2 : Les droits culturels</i>	89
A. L'aspect constructif : l'éducation.....	90
B. L'aspect expressif : la production, l'expression	
identitaire	91
Section 3 : Les droits de la troisième génération	91
<i>Paragraphe 1 : Le droit à un environnement sain.....</i>	92
A. L'affirmation du principe.....	92
B. Les « garde-fous » du principe.....	93
<i>Paragraphe 2 : Le droit à la paix et au développement ...</i>	95
A. Le droit à la paix	95
B. Le droit au développement.....	96
CHAPITRE 3 : LA LOI.....	97
Section 1 : Les garanties législatives des droits de l'homme	98
<i>Paragraphe 1 : Le travail préventif.....</i>	99

<i>Paragraphe 2 : La protection contre les divulgations des faits intéressant la vie privée.....</i>	118
A. L'obligation au secret professionnel.....	119
1. <i>L'étendue du secret professionnel.....</i>	119
a. <i>Les personnes tenues au secret professionnel.....</i>	119
b. <i>Les faits couverts par le secret professionnel.....</i>	120
2. <i>Les limites du secret professionnel.....</i>	120
B. L'interdiction de la publication des faits intéressant l'intimité de la vie privée.....	121
Section 3 : L'égalité devant la loi.....	121
<i>Paragraphe 1 : L'égalité devant l'impôt.....</i>	122
<i>Paragraphe 2 : L'égalité devant la justice.....</i>	122
A. L'égal accès devant les tribunaux.....	122
B. Le droit d'être jugé par les mêmes tribunaux.....	123
C. Le droit d'être jugé selon les mêmes règles.....	124
<i>Paragraphe 3 : L'égalité sexuelle.....</i>	125
<i>Paragraphe 4 : L'égalité raciale.....</i>	126
<i>Paragraphe 5 : L'égalité devant le suffrage universel ...</i>	126
<i>Paragraphe 6 : L'égal accès aux emplois publics.....</i>	127
Section 4 : La liberté d'expression et d'opinion.....	127
<i>Paragraphe 1 : Le droit de la presse.....</i>	128
A. Les principes du droit de la presse au Sénégal.....	128
1. <i>La création des organes de presse.....</i>	129
2. <i>De l'autorégulation des entreprises de presse.....</i>	130
3. <i>Les acteurs de la presse.....</i>	130
a. <i>La Commission de la carte nationale de la presse.....</i>	130
b. <i>Droits et obligations du journaliste.....</i>	132
aa. Les droits des journalistes.....	132
bb. Les devoirs des journalistes.....	132
4. <i>De la régulation de l'audiovisuel.....</i>	133
5. <i>Les programmes des organes de presse.....</i>	134
6. <i>Le financement des organes de presse.....</i>	135
7. <i>La publicité et le parrainage.....</i>	135
a. <i>La publicité.....</i>	135
b. <i>Le parrainage.....</i>	136
8. <i>La sauvegarde du pluralisme.....</i>	137

9. <i>Le droit de réponse</i>	137
B. Les infractions de presse	137
C. Les sanctions des entreprises de presse.....	139
1. <i>Les sanctions applicables à toutes les entreprises de presse</i>	139
a. <i>Les sanctions administratives</i>	139
b. <i>Les sanctions pénales</i>	140
2. <i>Des sanctions applicables aux infractions des entreprises de presse écrite</i>	141
a. <i>Identification des entreprises de presse écrite</i>	141
aa. Les publications nationales.....	141
bb. Les publications étrangères	143
b. <i>La nature des sanctions</i>	143
3. <i>Sanctions applicables à la communication audiovisuelle</i>	144
a. <i>Les sanctions administratives</i>	144
b. <i>Les sanctions pénales</i>	145
<i>Paragraphe 2 : Les attroupements, rassemblements et manifestations</i>	146
A. La déclaration de manifestation	147
B. Les sanctions des manifestations illégales	148
<i>Paragraphe 3 : Les réunions au Sénégal</i>	150
Section 5 : La liberté religieuse.....	151
<i>Paragraphe 1 : Le contenu de la liberté religieuse</i>	151
A. La liberté de conscience	151
B. La liberté de confession et la liberté du culte.....	152
1. <i>La liberté de confession</i>	152
2. <i>La liberté du culte</i>	152
3. <i>La laïcité</i>	152
<i>Paragraphe 2 : L'aménagement de la liberté religieuse</i> .	153
A. Le régime en faveur de la liberté religieuse au Sénégal	153
B. La nécessité du respect de l'ordre public dans l'exercice de la liberté religieuse	154
C. L'enseignement religieux au Sénégal	154
Section 6 : La liberté d'aller et de venir	155
<i>Paragraphe 1 : Le principe du déplacement</i>	155

<i>Paragraphe 2 : Les modalités du déplacement</i>	156
CHAPITRE 2 : LE DROIT DE PROPRIÉTÉ.....	156
Section préliminaire : Introduction générale.....	156
<i>Paragraphe 1 : Le droit de propriété, un droit à valeur constitutionnelle</i>	156
<i>Paragraphe 2 : La définition du droit de propriété</i>	157
<i>Paragraphe 3 : Les formes de propriété</i>	159
A. Les propriétés collectives retenues	159
1. <i>La copropriété</i>	159
2. <i>L'indivision</i>	160
3. <i>La mitoyenneté</i>	161
B. La propriété collective rejetée.....	161
<i>Paragraphe 4 : L'Objet du droit de propriété</i>	164
A. Les meubles.....	164
B. Les immeubles	165
Section 1: Les propriétaires	167
<i>Paragraphe 1 : Les personnes publiques</i>	168
A. L'État	168
1. <i>Le domaine privé de l'État</i>	168
2. <i>Le domaine public de l'État</i>	170
B. Les collectivités territoriales	171
<i>Paragraphe 2 : La nation – le peuple</i>	172
A. La nation, le propriétaire des terres du domaine national.....	173
B. Le peuple, le propriétaire des ressources naturelles	175
<i>Paragraphe 3 : Les personnes privées</i>	177
A. L'acquisition contractuelle du droit de propriété... ..	178
B. Les modes d'acquisition non contractuelle du droit de propriété	180
1. <i>La transmission successorale</i>	180
2. <i>La transmission testamentaire</i>	181
3. <i>L'accession</i>	181
4. <i>La possession</i>	181
Section 2 : Les atteintes au droit de propriété	182
<i>Paragraphe 1 : Les atteintes autorisées</i>	183
A. L'expropriation pour cause d'utilité publique	183
B. La préemption	185

C. Les servitudes.....	187
<i>Paragraphe 2 : Les atteintes non autorisées</i>	189
CHAPITRE 3 : LA PROTECTION DE LA FEMME ET DE L'ENFANT.....	190
Section 1 : Le statut de la femme	194
<i>Paragraphe 1 : Le statut extrapatrimonial de la femme..</i>	194
A. L'identification de la femme.....	196
1. <i>Le nom de la femme mariée</i>	196
2. <i>Le domicile de la femme mariée</i>	196
B. La vie familiale de la femme.....	196
1. <i>L'entrée en mariage</i>	197
a. <i>Les conditions non-discriminatoires</i>	197
aa. La différence de sexe.....	197
bb. Le consentement.....	198
cc. Les empêchements à mariage liés à la parenté ou à l'alliance	199
b. <i>Les conditions à caractère discriminatoire..</i>	200
aa. Les empêchements à mariage liés à l'existence d'un lien antérieur	200
bb. La dot.....	202
cc. L'âge matrimonial	202
2. <i>Les effets du mariage</i>	204
3. <i>Les atteintes aux droits de la famille</i>	214
a. <i>La bigamie</i>	215
b. <i>L'adultère</i>	215
C. L'abandon de famille	215
<i>Paragraphe 2 : Le statut patrimonial de la femme dans le Code de la famille</i>	216
A. Les prérogatives de la femme dans la gestion du régime matrimonial	216
La femme peut demander la dissolution du régime	218
3. <i>La femme dispose d'une autonomie sur ses biens</i> ..	218
4. <i>La femme dispose d'un pouvoir de codécision aussi bien pour les actes de disposition que pour les actes d'acquisition</i>	219
5. <i>La femme est, dans une certaine mesure protégée dans le régime dotal</i>	221
B. Les droits alimentaires de la femme	221

C. Le statut successoral de la femme	222
1. <i>Le statut de la femme dans les successions de droit commun</i>	222
2. <i>Le statut de la femme dans les successions de droit musulman</i>	223
<i>Paragraphe 3 : La désagrégation de la famille</i>	225
A. La séparation de corps	225
B. Le divorce	227
1. <i>Le divorce par consentement mutuel</i>	227
2. <i>Le divorce contentieux</i>	227
<i>Paragraphe 4 : Les droits économiques, sociaux et politiques de la femme</i>	228
A. La santé de la femme	229
B. Les droits politiques de la femme	230
C. Les droits économiques de la femme	231
1. <i>L'autonomie professionnelle de la femme</i>	232
a. <i>La liberté de la femme dans l'exercice d'une activité professionnelle</i>	232
b. <i>La liberté de la femme dans la disposition des produits issus de sa profession séparée</i> .	233
2. <i>Le travail de la femme</i>	234
a. <i>La femme qui travaille a droit à la sécurité sociale</i>	236
b. <i>La femme qui travaille est aussi imposée</i>	236
Section 2 : Le statut juridique de l'enfant	238
<i>Paragraphe 1 : L'identification de l'enfant</i>	239
A. Le nom de l'enfant	240
B. Le domicile de l'enfant	240
C. La nationalité de l'enfant	240
<i>Paragraphe 2 : L'établissement et les effets de la filiation de l'enfant</i>	240
A. L'établissement de la filiation	241
1. <i>La filiation biologique</i>	241
a. <i>La filiation maternelle</i>	241
b. <i>La filiation paternelle</i>	242
2. <i>La filiation adoptive</i>	244
a. <i>L'adoption plénière</i>	244
b. <i>L'adoption limitée ou simple</i>	245

B. Les effets de la filiation	246
1. Les effets de la filiation d'origine.....	246
a. Les effets successoraux.....	247
b. Les effets non successoraux.....	247
2. L'obligation alimentaire résultant de la parenté	247
3. La puissance paternelle	248
4. Les effets de l'adoption plénière	250
5. Les effets de l'adoption limitée.....	250
Paragraphe 3 : Les atteintes à l'intégrité de l'enfant.....	251
Paragraphe 4 : La sanction des agissements de l'enfant.....	252
A. La sanction civile	252
B. La sanction pénale.....	254
1. Les mesures de sauvegarde de l'enfance en danger	254
2. La condamnation à un emprisonnement	254
TITRE II : LES DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX.....	255
CHAPITRE 1 : LES DROITS FONDAMENTAUX RELATIFS AU TRAVAIL	255
Section 1 : Les droits fondamentaux d'expression individuelle.....	255
A. Présentation du dispositif interne	257
B. Les aménagements du principe d'interdiction du travail forcé	259
C. La situation particulière du travail des enfants	261
Paragraphe 2 : Le droit à l'emploi.....	265
A. L'accès à l'emploi.....	265
B. La conservation de l'emploi.....	266
Paragraphe 3 : Le droit à l'égalité et à la non- discrimination.....	269
A. Les manifestations positives du principe d'égalité et de non-discrimination.....	270
1. La ratification des conventions fondamentales	270
2. La consécration du droit fondamental à l'égalité et la non-discrimination en droit interne	271
a. Une consécration particulière du principe par le droit du travail	272
b. La sauvegarde du principe par des normes autres que celles du droit du travail.....	273

B. Les insuffisances dans la mise en œuvre de l'égalité et la non-discrimination	274
Section 2 : Les droits fondamentaux d'expression collective	277
<i>Paragraphe 1 : La liberté syndicale</i>	277
A. Une consécration constitutionnelle et législative...	277
1. <i>Un attachement à la liberté syndicale</i>	277
2. <i>La procéduralisation de la constitution du syndicat</i>	278
B. Les insuffisances du dispositif sénégalais confronté à la con-vention n° 87 relative à la liberté syndicale	280
<i>Paragraphe 2 : Le droit de grève</i>	282
A. L'affirmation du droit de grève comme droit fondamental.....	282
B. Les limites à l'exercice du droit de grève	282
1. <i>Les limites procédant d'un souci d'encadrement du droit de grève</i>	283
2. <i>Les limites procédant d'un déni du droit de grève</i> ..	284
3. <i>Le pouvoir de réquisition de l'administration en cas de grève</i>	286
<i>Paragraphe 3 : Le droit à la participation</i>	287
A. La mise en œuvre du droit à la participation par l'institution des délégués du personnel	287
B. La participation par les syndicats et les représentants syndicaux.....	289
CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX PAR LES FINANCES PUBLIQUES	291
Section 1 : La consécration laborieuse de la protection.....	296
<i>Paragraphe 1 : La banalisation de la protection</i>	297
A. L'ordre juridique financier féodal.....	297
B. L'ordre juridique financier colonial.....	302
<i>Paragraphe 2 : La standardisation de la protection</i>	306
A. Les droits promus.....	307
B. La juridictionnalisation de la protection	309
Section 2 : Les mutations remarquables de la protection	312
<i>Paragraphe 1 : L'élévation normative</i>	312
A. La constitutionnalisation	312
B. L'internationalisation	318

<i>Paragraphe 2 : L'élargissement de la protection aux minorités</i>	323
A. La protection contre les discriminations financières	323
B. L'octroi de droits spécifiques.....	330

**TROISIÈME PARTIE :
LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE
DES DROITS DE L'HOMME**

TITRE I : LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE INTERNE DES DROITS DE L'HOMME	337
CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME CONTRE LES PARTICULIERS	337
Section 1 : L'organisation et la protection juridictionnelle des droits de l'homme.....	337
<i>Paragraphe 1 : Les juridictions du premier degré</i>	338
A. Les juridictions de droit commun du premier degré.....	338
1. <i>Les juridictions civiles</i>	338
<i>a. Le tribunal d'instance</i>	339
aa. L'organisation du tribunal d'instance....	339
bb. La compétence du tribunal d'instance...	339
<i>b. Le tribunal de grande instance</i>	340
aa. L'organisation du tribunal de grande instance	340
bb. La compétence du tribunal de grande instance	341
2. <i>Les juridictions pénales</i>	342
<i>a. Les juridictions d'instruction</i>	343
<i>b. Les juridictions de jugement</i>	343
aa. Le tribunal correctionnel	343
bb. Les chambres criminelles	344
cc. Le tribunal de police	345
B. Juridictions spécialisées	346
1. <i>Le tribunal pour enfants</i>	346
<i>a. L'organisation du tribunal</i>	347
<i>b. La compétence du tribunal</i>	347
aa. La compétence d'attribution.....	347
bb. La compétence territoriale.....	347

2. <i>Le tribunal du travail</i>	347
a. <i>L'organisation</i>	348
b. <i>La compétence du tribunal du travail</i>	348
aa. <i>La compétence territoriale</i>	348
bb. <i>La compétence d'attribution</i>	348
c. <i>La décision du tribunal</i>	349
3. <i>La Cour de Répression de l'Enrichissement Illicite</i>	349
a. <i>La création et l'organisation de la CREI</i>	349
b. <i>La compétence de la CREI</i>	349
4. <i>La Haute Cour de Justice</i>	350
a. <i>L'organisation et la composition de la Haute Cour de Justice</i>	350
b. <i>Les compétences de la Haute Cour de Justice</i>	351
5. <i>La Cour des comptes</i>	351
6. <i>La justice militaire</i>	352
a. <i>L'organisation de la justice militaire</i>	352
b. <i>Les compétences des organes de justice militaire</i>	353
<i>Paragraphe 2 : Les juridictions d'appel ou du second degré</i>	353
A. <i>Le tribunal de grande instance</i>	354
B. <i>Les Cours d'appel</i>	354
1. <i>L'organisation et le ressort des Cours d'appel</i>	354
a. <i>L'organisation des Cours d'appel</i>	354
b. <i>Le ressort des Cours d'appel</i>	355
2. <i>Les compétences des Cours d'appel</i>	356
<i>Section 2 : Les juridictions suprêmes</i>	356
<i>Paragraphe 1 : La Cour suprême</i>	357
A. <i>L'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême</i>	357
1. <i>L'organisation juridictionnelle</i>	358
a. <i>La composition et les chambres</i>	358
b. <i>Les chambres réunies</i>	359
2. <i>L'organisation administrative</i>	360
B. <i>La compétence de la Cour suprême</i>	360
1. <i>La compétence consultative de la Cour suprême</i> ...	361
2. <i>La compétence juridictionnelle de la Cour suprême</i>	361

<i>Paragraphe 2 : Le Conseil constitutionnel</i>	363
A. L'organisation du Conseil constitutionnel	363
B. Les compétences du Conseil constitutionnel	365
Section 3 : Les procès	365
<i>Paragraphe 1 : Le procès civil</i>	366
A. L'action en justice	366
1. <i>L'existence de l'action en justice</i>	366
a. <i>Les conditions subjectives</i>	366
aa. L'intérêt	366
bb. La qualité	367
cc. La capacité	367
b. <i>Les conditions objectives</i>	368
aa. L'objet	368
bb. Les délais	368
2. La mise en œuvre de l'action	369
a. <i>Les demandes</i>	369
b. <i>Les défenses</i>	369
B. L'instance	370
1. <i>Les principes directeurs du procès</i>	370
a. <i>La marche de l'instance</i>	370
b. <i>La délimitation de la matière litigieuse</i>	370
c. <i>Le principe du contradictoire</i>	371
2. <i>Le formalisme de l'instance</i>	371
a. <i>Les conditions de validité des actes de procédure</i>	371
aa. La forme des actes	372
bb. Le délai d'accomplissement des actes ...	372
b. <i>Sanctions de l'inobservation des conditions de validité</i>	373
3. <i>Les étapes du procès</i>	373
a. <i>L'introduction de l'instance</i>	373
aa. Devant le tribunal d'instance	373
bb. Devant le tribunal de grande instance ...	374
cc. Devant le tribunal du travail	374
b. <i>Le jugement</i>	374
aa. Classification des jugements	374
bb. L'élaboration et le prononcé des jugements	375
cc. L'exécution du jugement	375
4. <i>Les voies de recours</i>	376

a. Les voies de recours ordinaires.....	376
aa. L'appel.....	376
bb. L'opposition	376
b. Les voies de recours extraordinaires.....	377
aa. Le pourvoi en cassation.....	377
bb. La tierce opposition	378
cc. La requête civile	378
Paragraphe 2 : Le procès pénal	379
A. L'objet du procès pénal.....	379
1. L'action publique	380
a. La mise en mouvement.....	380
aa. Les membres du ministère public.....	380
bb. Les fonctionnaires habilités	380
cc. La victime.....	380
b. L'exercice de l'action publique	381
2. L'action civile.....	381
B. Le déroulement du procès pénal	382
1. La constatation de l'infraction et le déclen- chement des poursuites	382
a. La constatation des infractions.....	382
aa. Les différents officiers de police judiciaire	383
bb. Les pouvoirs des officiers de police judiciaire.....	383
b. La poursuite.....	386
aa. Le déclenchement des poursuites par le ministère public	387
bb. Le déclenchement des poursuites par la victime	387
2. L'instruction	387
a. L'ouverture de l'instruction.....	388
b. La conduite de l'instruction.....	388
aa. Les pouvoirs du juge d'instruction	388
bb. Le contrôle de l'activité du juge d'instruction.....	391
c. La clôture de l'instruction	393
3. Le jugement	394
a. La saisine des juridictions de jugement.....	394
aa. La saisine par ordonnance	394
bb. La citation directe	394

cc. La procédure de flagrant délit.....	395
<i>b. La saisine par la comparution volontaire</i>	395
<i>c. Le déroulement de l'audience.....</i>	396
aa. Les caractères de la procédure.....	396
bb. La chronologie des actes	397
<i>d. La décision.....</i>	397
<i>e. Les voies de recours</i>	398
aa. L'opposition et la purge de contumace .	398
bb. L'appel.....	399
cc. Le pouvoir en cassation	400
dd. Le recours en révision	401
CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME CONTRE L'AUTORITÉ PUBLIQUE.....	403
Section 1 : Les recours constitutionnels.....	408
<i>Paragraphe 1 : Le contrôle de conformité.....</i>	409
A. La mise en œuvre du recours	410
B. L'autorité de la décision issue du recours en inconstitutionnalité.....	413
<i>Paragraphe 2 : Les recours en matière de votation</i>	415
A. Une protection optimale par la banalisation des recours élec-toraux.....	417
B. Une effectivité mitigée de la protection des droits fondamentaux.....	419
Section 2 : Les recours ordinaires.....	421
<i>Paragraphe 1 : Le recours pour excès de pouvoir</i>	422
A. L'exercice du recours pour excès de pouvoir	423
B. Les effets de la décision juridictionnelle.....	427
<i>Paragraphe 2 : Le recours de pleine juridiction</i>	429
A. L'exercice du recours.....	430
B. Les effets de la décision juridictionnelle.....	431
CHAPITRE 3 : LA PROTECTION DES CITOYENS CONTRE LE LÉGISLATIF	432
Section 1 : Le contrôle par voie d'action	435
<i>Paragraphe 1 : Les modalités de saisine.....</i>	435
A. L'option initiale d'un pouvoir de saisine exclusif au Président.....	436
B. L'élargissement progressif de la saisine aux députés.....	438

<i>Paragraphe 2 : Les effets du recours</i>	440
A. La constitutionnalité du texte.....	440
B. L'inconstitutionnalité du texte.....	441
Section 2 : Le contrôle par voie d'exception	443
<i>Paragraphe 1 : Les contours du contrôle</i>	444
A. L'origine du mécanisme.....	444
B. La réception du mécanisme.....	446
<i>Paragraphe 2 : La mise en œuvre du contrôle</i>	447
A. Les effets de la décision d'inconstitutionnalité.....	448
B. Le bilan de l'exception d'inconstitutionnalité	451
TITRE II : LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE	
RÉGIONALE DES DROITS DE L'HOMME EN AFRIQUE	454
CHAPITRE 1 : LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE	
DES DROITS DE L'HOMME AU NIVEAU CONTINENTAL.....	458
Section 1 : Les normes de référence.....	458
<i>Paragraphe 1 : La Charte africaine des droits</i> <i>de l'homme et des peuples</i>	458
<i>Paragraphe 2 : Les autres instruments juridiques</i> <i>internationaux</i>	460
Section 2 : Les organes de protection.....	462
<i>Paragraphe 1 : Les organes semi-juridictionnels :</i> <i>la Commission africaine des droits de</i> <i>l'homme et des peuples et le Comité sur</i> <i>les droits et le bien-être des enfants</i>	462
<i>Paragraphe 2 : La Cour africaine des droits</i> <i>de l'homme et des peuples</i>	472
A. Le refus persistant d'exécuter les arrêts rendus par la Cour.....	476
B. Le retrait des déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour	477
CHAPITRE 2 : LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE	
DES DROITS DE L'HOMME AU NIVEAU SOUS-RÉGIONAL	482
Section 1 : Une protection assumée et organisée :	
la CEDEAO	483
<i>Paragraphe 1 : La mise en place de la Cour de justice</i> ..	483
<i>Paragraphe 2 : Les éléments majeurs du contentieux</i> <i>de la violation des droits de l'homme</i> <i>devant la Cour</i>	484
A. Points saillants de ce contentieux.....	484

B. Sujets d'inquiétude.....	485
Section 2 : Une protection avortée : la Communauté d'Afrique de l'Est et la Communauté de Développement de l'Afrique australe	485
<i>Paragraphe 1 : Le cas de la Communauté d'Afrique de l'Est.....</i>	<i>486</i>
<i>Paragraphe 2 : Le cas de la Communauté de déve- loppement de l'Afrique australe</i>	<i>487</i>