

# DÉVOLUTION DES POUVOIRS JUDICIAIRES EN MALAISIE ORIENTALE : ANALYSE COMPARATIVE AVEC L'INITIATIVE MAROCAINE POUR L'AUTONOMIE DE LA RÉGION DU SAHARA

Professeure Yvonne Tew<sup>1</sup>

## INTRODUCTION

Les États de Sabah et de Sarawak situés en Malaisie orientale offrent une double étude de cas sur le fonctionnement dans la pratique de la dévolution des pouvoirs judiciaires au sein de la Fédération de Malaisie. Dans la Partie I du présent exposé est abordé le contexte historique et constitutionnel dans lequel s'inscrit l'intégration à la Fédération de Malaisie des États de Sabah et de Sarawak situés sur l'île de Bornéo, en vertu de l'Accord de 1963.

La Partie II du présent exposé contient un aperçu du dispositif de dévolution des pouvoirs judiciaires en Malaisie orientale. Y sont décrits l'organisation et le fonctionnement du système judiciaire semi-autonome, des nominations judiciaires, et de la profession juridique au sein de ces États. Le modèle malaisien permet à Sabah et à Sarawak d'exercer des compétences indépendantes et concurrentes du pouvoir judiciaire fédéral.

Dans la Partie III est évalué le fonctionnement pratique de la dévolution des pouvoirs judiciaires en Malaisie orientale au cours des 60 dernières années. Afin d'illustrer les difficultés inhérentes à la dévolution de pouvoirs au cours de cette période, diverses tensions ont été recensées qui découlent des relations entre les pouvoirs de la Fédération et des États.

Pour finir, dans la Partie IV est étudiée la question de savoir en quoi l'expérience de la Malaisie orientale pourrait éclairer les propositions de dévolution du pouvoir judiciaire contenues dans l'Initiative marocaine de 2007 pour l'autonomie de la région du Sahara. Des observations générales sont formulées en guise de conclusion, sur l'autorité judiciaire, les garanties constitutionnelles, et le constitutionnalisme en pratique.

## I. MALAISIE : CONTEXTE HISTORIQUE ET CONSTITUTIONNEL

### ***A. La Fédération de Malaisie et l'Accord relatif à la Malaisie de 1963***

La Constitution de la Malaisie – à l'époque appelée Malaya – a été élaborée pour une nation alors au seuil de l'indépendance<sup>2</sup>. La Constitution de l'indépendance a vu le jour lorsque la Fédération de Malaisie a cessé d'être une colonie britannique suite aux négociations couronnées de succès à Londres entre les dirigeants malaisien élus et la puissance coloniale britannique.

---

<sup>1</sup> Professeure de droit, Georgetown University Law Center. PhD (Cambridge); LLM (Harvard); BA en droit (Hons) (Cambridge). L'auteure remercie Jessica Doumit et Danielle Flanagan du Georgetown University Law Center pour leur précieuses concours dans ses recherches.

<sup>2</sup> Les parties de cette section du texte consacrées au contexte historique et constitutionnel sont tirées des ouvrages d'Yvonne Tew, CONSTITUTIONAL STATECRAFT IN ASIAN COURTS 35-38 (2020) et *On the Uneven Journey to Constitutional Redemption: The Malaysian Judiciary and Constitutional Politics*, 25 WASH. L. REV. 673 (2016).

Le 31 août 1957, la Constitution de l'indépendance entrainait en vigueur alors même que la Fédération de Malaya devenait un État pleinement indépendant. Six ans plus tard, le 16 septembre 1963, Singapour ainsi que les États de Sabah et de Sarawak, situés sur l'île de Bornéo, rejoignaient la Malaya, donnant naissance à la nouvelle Fédération de Malaisie.

L'Accord relatif à la Malaisie de 1963 portant création de la nouvelle fédération a été signé par le Royaume-Uni, Malaya, Singapour, Sabah (alors appelé Bornéo-Septentrional), et Sarawak. En vertu de l'Accord de 1963, les États de Sabah et de Sarawak se sont vu accorder un degré notable d'autonomie au sein de la fédération proposée<sup>3</sup>. L'autonomie était une priorité absolue pour les dirigeants de Sabah et de Sarawak qui, « alors et maintenant » craignaient « de tomber sous la coupe de ceux de la péninsule s'ils ne conservaient pas un degré d'autonomie élevé »<sup>4</sup>.

En échange de leur soutien à la création de la nouvelle fédération, les dirigeants de Bornéo souhaitaient conserver une autonomie pour leurs États, tel que reflété dans un « Accord en 20 points » qui portait notamment sur la religion, la langue, l'immigration, les postes au sein de la fonction publique, les garanties constitutionnelles en cas de révision, la place particulière des races autochtones, les droits de douane et les finances<sup>5</sup>. C'est ainsi que la Constitution de la Fédération fut révisée en 1963 afin d'y inclure les dispositions octroyant un statut spécial à Sabah et à Sarawak. Les États de Bornéo se sont vu accorder « *des pouvoirs législatifs et exécutifs supplémentaires ainsi que des financements supérieurs à ceux accordés aux autres États de la Fédération, » « une représentation élargie au Parlement fédéral, »* et des garanties ont été ajoutées à la Constitution concernant les éventuels amendements en lien avec ces États.<sup>6</sup> Il convient de noter que les modalités d'entrée de Sabah et de Sarawak dans la Malaisie étaient plus favorables que celles accordées à Singapour – l'autre État ayant rejoint la Fédération en 1963 – dans des domaines aussi importants que l'accès à la citoyenneté et la représentation au Parlement fédéral<sup>7</sup>.

## **B. Le contexte constitutionnel en Malaisie**

La Constitution de la Malaisie a créé un système de gouvernement fédéral doté d'une assemblée législative bicamérale, d'un pouvoir exécutif fédéral et d'un pouvoir judiciaire<sup>8</sup>. La Malaisie dispose d'un système parlementaire tel que celui de Westminster, où le Premier ministre et le gouvernement sont issus de la majorité au Parlement, et le Roi - le *Yang di-Pertuan Agong* - est le chef constitutionnel de la Fédération.<sup>9</sup> Cependant, contrairement au Royaume-Uni, la Malaisie dispose d'une Constitution codifiée accompagnée d'une charte des droits justiciables.

La clause de suprématie de la Constitution, article 4(1), dispose que « *la Constitution est la loi suprême de la Fédération et toute loi [...] non conforme, est caduque.* » Les libertés fondamentales garanties en vertu de la Partie II de la Constitution incluent le droit à la vie et à la liberté personnelle, l'interdiction

---

<sup>3</sup> James Chin, 'New Malaysia: Four key challenges in the near term', LOWY INSTITUTE 6 (2019), [https://lowyinstitute.org/sites/default/files/Chin\\_%27New%27%20Malaysia\\_Four%20key%20challenges\\_Web.pdf](https://lowyinstitute.org/sites/default/files/Chin_%27New%27%20Malaysia_Four%20key%20challenges_Web.pdf)

<sup>4</sup> *Id.* - 7.

<sup>5</sup> *Id.* - 6. Voir aussi James Chin, *Federal-East Malaysia Relations: Primus-Inter-Pares?*, dans 50 YEARS OF MALAYSIA FEDERALISM REVISITED 153, 154 (Andrew J. Harding & James Chin eds., 2014).

<sup>6</sup> Andrew Harding, *Devolution of Powers in Sarawak: A Dynamic Process of Redesigning Territorial Governance in a Federal System*, 12 ASIAN J. OF COMP. LAW 257, 262 (2017).

<sup>7</sup> TAN TAI YONG, CREATING 'GREATER MALAYSIA': DECOLONIZATION AND THE POLITICS OF MERGER 182 (Inst. of Southeast Asian Studies 2008). À titre d'exemple, Singapour s'est vu attribuer quinze sièges au parlement fédéral, alors que Sabah et Sarawak ont obtenu 40 sièges au titre d'une « concession spéciale » afin de garantir la protection de leurs intérêts au sein de la nouvelle fédération. *Id.*, page 170. En 1965, Singapour a quitté la Fédération de Malaisie pour former un État-nation distinct et souverain.

<sup>8</sup> Constitution fédérale de la Malaisie, arts. 39-65, 121-31.

<sup>9</sup> *Id.* arts. 32-37.

de l'esclavage et du travail forcé, le droit à l'égalité, la liberté d'expression et de rassemblement, la liberté de religion, et le droit à la propriété<sup>10</sup>.

Les exigences relatives aux amendements à la Constitution fédérale diffèrent en fonction de la disposition devant être amendée<sup>11</sup>. La règle la plus fréquente dispose qu'un amendement doit être approuvé par deux-tiers de l'ensemble des membres de chacune des chambres du Parlement<sup>12</sup>. Il existe quelques exceptions à cette règle. Les amendements portant sur la citoyenneté, la Conférence des dirigeants, la langue nationale malaise, ainsi que la place particulière des Malais et des peuples autochtones de Sabah et de Sarawak exigent le consentement de la Conférence des dirigeants en plus de celui des deux-tiers de la majorité parlementaire<sup>13</sup>.

Aux fins de notre discussion, il importe de relever que dans le cadre des dispositions agréées en 1963, les amendements aux dispositions concernant la position de Sabah et de Sarawak exigent le consentement des gouvernements de ces deux États<sup>14</sup>, Sabah et Sarawak peuvent opposer leur veto aux amendements constitutionnels touchant à leurs États – une compétence particulière dont ne jouit aucun autre État. L'article 161E(2) de la Constitution malaisienne précise qu'aucun amendement à la Constitution ne peut être approuvé sans l'accord du Gouvernement de Sabah ou de Sarawak, si l'amendement en question est susceptible d'influer sur l'application de la Constitution relativement à l'égalité de traitement des personnes nées ou résidant dans l'État; aux pouvoirs législatifs et exécutifs de l'État ainsi qu'aux arrangements financiers entre la Fédération et l'État; à la religion et à la langue de l'État, ainsi qu'au traitement particulier réservé aux natifs de l'État. Dans le cadre de notre discussion sur la dévolution des pouvoirs judiciaires, il convient tout particulièrement de noter que ces questions englobent « la constitution et la compétence de la Haute Cour de Sabah et de Sarawak, ainsi que la nomination et la suspension de ses juges »<sup>15</sup>.

### **C. Le système judiciaire de la Fédération de Malaisie**

Les tribunaux malaisiens jouissent d'un fort pouvoir de contrôle judiciaire qui leur permet d'annuler les lois et les actes de l'exécutif contraires à la Constitution, en tant que corollaire de la clause de suprématie contenue dans la Constitution<sup>16</sup>. La Malaisie est une juridiction civile, composée de cours supérieures (ou cours d'appel) et de tribunaux de première instance, tout comme d'un système de tribunaux religieux islamiques<sup>17</sup>.

La cour d'appel la plus élevée est la Cour fédérale de Malaisie, connue sous le nom de Cour suprême entre 1985 et 1994<sup>18</sup>. Avant 1985, l'instance de dernier ressort était le Comité judiciaire du Conseil privé, mais le droit d'appel en dernier ressort du Conseil privé fut aboli en 1985, faisant de la Cour fédérale de Malaisie l'instance de dernier ressort. La Cour fédérale est compétente en appel pour connaître des recours contre les décisions de la Cour d'appel, elle est compétente en première instance sur la question de savoir si un organe législatif fédéral ou étatique a légiféré en toute légalité, et elle a compétence consultative et peut émettre un avis consultatif sur les questions qui lui sont renvoyées par le gouvernement fédéral<sup>19</sup>. Elle se compose du Président de la Cour fédérale, du

---

<sup>10</sup> *Id.* arts. 5-13.

<sup>11</sup> *Id.* art. 159.

<sup>12</sup> *Id.* art. 159(3).

<sup>13</sup> *Id.* art. 159(5).

<sup>14</sup> *Id.* art. 161E(2).

<sup>15</sup> *Id.* art. 161E(2)(b).

<sup>16</sup> *Id.* art. 4(1).

<sup>17</sup> Voir Yvonne Tew, *The Malaysian Legal System: A Tale of Two Courts*, 19 COMMONWEALTH JUD. J. 3, 3 (2011).

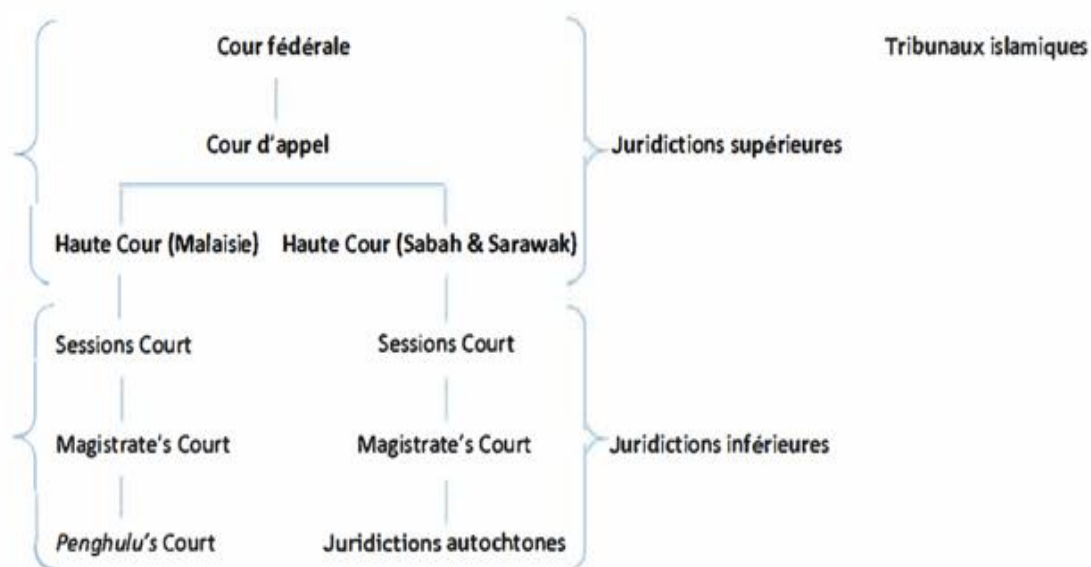
<sup>18</sup> Constitution fédérale de la Malaisie, art. 121(2).

<sup>19</sup> *Id.* arts. 128, 130.

Président de la Cour d'appel, des deux Présidents des Hautes cours de Malaya et de Sabah et de Sarawak, et d'au maximum onze autres juges de la Cour fédérale<sup>20</sup>. Les autres cours supérieures se composent d'une Cour d'appel et de deux hautes cours de même rang : la Haute Cour de Malaya et la Haute Cour de Sabah et Sarawak<sup>21</sup>.

Contrairement aux cours d'appel, qui tirent leur origine de la Constitution de la Malaisie, les tribunaux de première instance en Malaisie sont créés en vertu de la Loi sur les juridictions inférieures de 1948. Les juridictions inférieures de la Péninsule malaise s'entendent de la « Sessions Court », de la « Magistrate's Court » et de la *Penghulu Court*. En 1981, la Loi sur les juridictions inférieures a été étendue à Sabah et à Sarawak<sup>22</sup>. Les juridictions inférieures de la Malaisie orientale s'entendent de la « Sessions Court », de la « Magistrate's Court » et de « Native Courts » (juridictions autochtones). Outre les tribunaux civils, la Malaisie compte des tribunaux religieux d'État. Ces tribunaux islamiques établis en vertu des différents gouvernements d'États, sont compétents pour les Musulmans relativement à toutes les questions régies par le droit islamique de l'État, comme le droit de la personne et de la famille<sup>23</sup>.

Organigramme du système judiciaire de la Malaisie<sup>24</sup>



## II. DÉVOLUTION DES POUVOIRS JUDICIAIRES EN MALAISIE ORIENTALE

### A. Système judiciaire de Sabah et de Sarawak

Outre les pouvoirs exécutifs et législatifs qui leur sont dévolus, les États de la Malaisie orientale jouissent d'un certain contrôle indépendant sur les pouvoirs judiciaires de Sabah et de Sarawak. Avant la formation de la Malaisie en 1963, il existait un pouvoir judiciaire combiné pour Sarawak, l'État de

<sup>20</sup> *Id.* art. 122(1). La Cour fédérale de la Malaisie compte actuellement onze juges au total.

<sup>21</sup> *Id.* arts. 121(1B), 121(1).

<sup>22</sup> « Lower Court: Historical Background, » OFF. OF THE CHIEF REGISTRAR FED. CT. OF MALAYSIA (dernière consultation le 26 avril 2020), <http://www.kehakiman.gov.my/en/about-us/court/lower-court/historical-background>.

<sup>23</sup> Constitution fédérale de la Malaisie, neuvième annexe, liste II, art. 1.

<sup>24</sup> Organigramme tiré de « Malaysia: IALS Library Guides, » INST. OF ADVANCED LEGAL STUD. (dernière consultation le 19 mai 2020), <https://libguides.ials.sas.ac.uk/malaysia>.

Bornéo septentrional (Sabah), et Brunei<sup>25</sup>. Lorsque Sabah et Sarawak rejoignirent la Fédération de Malaisie en 1963, ce système judiciaire fut modifié. Dans le cadre de la nouvelle fédération, la Haute Cour de Sabah et de Sarawak a conservé sa compétence, la compétence en appel étant assumée par la Cour fédérale de la Malaisie.<sup>26</sup>

Le système judiciaire de la Malaisie orientale est partiellement intégré au pouvoir judiciaire fédéral, mais il conserve sa propre Haute Cour. Le système judiciaire fédéral de la Malaisie consiste en deux Hautes cours : l'une pour Malaya (Malaisie occidentale), l'autre pour Sabah et Sarawak (Malaisie orientale)<sup>27</sup>. Ces deux Hautes cours ont une compétence de contrôle général et d'appel ainsi qu'une compétence civile et pénale illimitée et chacune est dirigée par son propre président.

En plus de la Haute Cour de Sabah et de Sarawak, les États de Malaisie orientale disposent aussi de juridictions inférieures : la « Sessions Court », la « Magistrate's Court », et les juridictions autochtones. Les juridictions autochtones de Sabah et de Sarawak sont compétentes en première instance et en appel s'agissant des lois et des coutumes autochtones ainsi que dans certains domaines touchant au foncier<sup>28</sup>. Les juridictions autochtones sont traitées comme les tribunaux islamiques en ce sens que les juridictions civiles n'interviennent généralement pas dans les décisions rendues par les juridictions autochtones, pas plus qu'elles n'opposent la jurisprudence à ces décisions<sup>29</sup>.

Sabah et Sarawak disposent aussi de tribunaux islamiques qui traitent des questions liées à la loi islamique et « aux personnes pratiquant l'Islam »<sup>30</sup>. Ces dernières années, la question de savoir si les juridictions civiles ou les juridictions religieuses sont compétentes a suscité des confrontations juridiques et politiques en Malaisie.

Les exemples d'apostasie illustrent ces tensions. La question des personnes souhaitant abandonner la religion islamique a soulevé bien des problèmes au sein du système juridique pluraliste malaisien, en particulier dans les affaires impliquant des personnes d'ethnie malaise (et désignées comme musulmanes par la constitution)<sup>31</sup>. À Sabah et à Sarawak, les affaires d'apostasie impliquant la conversion d'autochtones au christianisme ou à l'islam présentent une complication supplémentaire, en particulier lorsque les personnes en question souhaitent ultérieurement quitter la religion. La Haute Cour de Sabah et de Sarawak s'est montrée plus disposée que d'autres cours d'appel malaisiennes à résoudre les affaires de renoncement à l'islam. Dans le cadre d'une affaire de 2016, la Haute Cour de Sabah et de Sarawak a fait droit à la requête de Rooney Rebit, un requérant autochtone, qui souhaitait que la mention de la religion islamique soit supprimée de sa carte nationale d'identité. La cour a estimé que l'exercice du droit constitutionnel à la liberté de religion ne relevait pas de la compétence des tribunaux de la charia, déclarant que « le droit de choisir sa religion incombe au requérant lui-même et non à l'instance religieuse »<sup>32</sup>. Cependant, la Cour fédérale de Malaisie a estimé

---

<sup>25</sup> Y.A.A. Tan Sri Dato' Abdul Hamid Omar, *Administration of Justice in Malaysia*, 2 THE DENNING LAW J. 1, 10 (1987).

<sup>26</sup> *Id.*, page 11.

<sup>27</sup> Constitution fédérale de la Malaisie, art. 121(1).

<sup>28</sup> « Malaysia: IALS Library Guides, » *supra* note 23.

<sup>29</sup> Murtala Ganiyu Murgan, Abdul Ghafur, & Abdul Haseeb Ansari, *Operation of judicial precedent in Malaysia and Nigeria: A comparative analysis*, INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW 29, 32 (2015).

<sup>30</sup> Constitution fédérale de la Malaisie, neuvième annexe, liste II, art. 1.

<sup>31</sup> *Voir* Lina Joy contre Majlis Agama Islam Wilayah Persekutuan (2007) 4 MALAYAN L.J. 585 (Constitution fédérale de la Malaisie).

<sup>32</sup> Azmi Mohamad Azam contre le Directeur de Jabatan Agama Islam Sarawak et al., (2016) 6 CURRENT L.J. 562.

dans une décision de 2018 que les questions d'apostasie devaient être traitées par les tribunaux de la charia<sup>33</sup>.

Il convient de noter que, contrairement à la Malaisie occidentale, Sabah et Sarawak comptent un grand nombre de non-musulmans<sup>34</sup>. L'héritage historique, juridique, et culturel de Sabah et de Sarawak diffère à bien des égards de celui des États malais qui constituent la Malaisie péninsulaire, et les dirigeants des États de Bornéo ont souvent exprimé leur malaise face à l'islamisation perçue comme grandissante de la Malaisie. À titre d'exemple, en 2017, les dirigeants de Sabah et de Sarawak se sont opposés à un projet de loi visant à durcir la charia et émanant du Parti islamique de Malaisie, publiant une déclaration qui disait que: « *Non seulement la Fédération de Malaisie a-t-elle été établie comme une fédération laïque dans laquelle l'islam en tant que "religion de la Fédération" ne joue qu'un rôle cérémoniel, mais, plus important encore, Sabah et Sarawak, qui n'ont jamais fait partie des "Negeri-Negeri Melayu" [les États de Malaisie], sont fiers d'épouser leur riche patrimoine ethnique et religieux* »<sup>35</sup>.

### **B. Pouvoirs judiciaires indépendants et parallèles**

Les pouvoirs judiciaires de Sabah et de Sarawak s'exercent indépendamment et parallèlement aux pouvoirs judiciaires fédéraux de la Malaisie. La Cour fédérale et la Cour d'appel de Malaisie connaissent des recours formés contre les jugements de la Haute Cour de Sabah et de Sarawak ; en tant que tel la Malaisie orientale ne dispose pas d'un système judiciaire totalement autonome<sup>36</sup>.

Les États de Malaisie orientale jouissent néanmoins de certains pouvoirs judiciaires indépendants. Sabah et Sarawak disposent de leur propre Haute Cour et de juridictions inférieures, lesquelles traitent des questions qui relèvent de leur compétence. Alors que la Haute Cour de Malaisie connaît des affaires et différends qui concernent la Malaisie péninsulaire, la Haute Cour de Sabah et de Sarawak connaît des affaires et différends qui surviennent à Sabah et à Sarawak<sup>37</sup>. La Haute Cour est compétente en première instance au civil et au pénal, et elle est compétente en appel des recours formés contre les décisions des « Courts of sessions » et des « Magistrate's courts », sur son territoire.<sup>38</sup>

La Constitution de la Malaisie accorde à Sabah et à Sarawak le droit de veto sur les amendements à la Constitution qui affectent leurs États.<sup>39</sup> Sont notamment visées « *la constitution et la composition de la Haute Cour de Sabah et Sarawak, ainsi que la nomination, la destitution et la suspension de ses juges* »<sup>40</sup>. La référence au pouvoir judiciaire a été considérée comme « inhabituelle », et semble viser à préserver « *la séparation entre la Haute Cour [de Sabah et Sarawak] et les professions judiciaires qui la servent* »<sup>41</sup>. La protection spéciale prévue dans la Constitution pour le système judiciaire de Sabah

---

<sup>33</sup> Sulok Tawie, *Federal Court defers to Shariah courts in Sarawak apostasy cases*, MALAY MAIL (27 février 2018), <https://www.malaymail.com/s/1586381/federal-court-defers-to-shariah-courts-in-sarawak-apostasy-cases#T0oU16GPfv0fDdUQ.99>.

<sup>34</sup> Département d'État des États-Unis, *2016 Report on International Religious Freedom - Malaysia*, REFWORLD (15 août 2017), <https://www.refworld.org/docid/59b7d87d13.html>.

<sup>35</sup> *Sabah, Sarawak leaders urge Malaysians to reject PAS's Syariah law Bill*, STRAIT TIMES (7 mai 2017), <https://www.straittimes.com/asia/se-asia/sabah-sarawak-leaders-urge-malaysians-to-reject-pass-syariah-law-bill>.

<sup>36</sup> Andrew J. Harding, *Protection of the Indigenous Peoples of Sabah and Sarawak under Malaysia's Federal System?*, dans 50 YEARS OF MALAYSIA FEDERALISM REVISITED 187, 203 (Andrew J. Harding & James Chin eds., 2014).

<sup>37</sup> « Jurisdiction of the High Court, » OFF. OF THE CHIEF REGISTRAR FED. CT. OF MALAYSIA (dernière consultation le 21 avril 2020), <http://www.kehakiman.gov.my/index.php/en/about-us/court/high-court/jurisdiction>.

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> Constitution fédérale de la Malaisie, art. 161E(2).

<sup>40</sup> *Id.* art. 161E(2)(b).

<sup>41</sup> Harding, *Protection of the Indigenous Peoples of Sabah and Sarawak under Malaysia's Federal System?*, *supra* note 35 - 202.

et de Sarawak allait dans le sens de la garantie selon laquelle chaque État conserverait son autonomie sur son système judiciaire et ses professions de loi – autre reconnaissance tacite de la position particulière de Sabah et de Sarawak en comparaison des autres États de la Fédération qui ne bénéficient pas de ce type de protection particulière pour leurs systèmes judiciaires.

En ce qui concerne l'exercice des pouvoirs judiciaires, selon la Constitution fédérale, un juge de la Haute Cour de Sabah et Sarawak exerce « tous les pouvoirs » conférés à un juge de la Haute Cour de Malaisie<sup>42</sup>. S'agissant de la jurisprudence, dans leurs « attitudes et hypothèses » les juges de la Haute Cour ont estimé que « un juge de la Haute Cour n'est pas tenu par les décisions rendues par un autre juge de Haute Cour compétent en première instance ou en appel »<sup>43</sup>. Cependant, même si leurs décisions ne sont pas considérées comme contraignantes, les Hautes Cours peuvent se fonder sur les décisions d'une autre Haute Cour de même compétence faisant autorité.

Les affaires ne peuvent être renvoyées de la Haute Cour de Malaisie orientale à la Haute Cour de Malaya, ou inversement. La Cour fédérale a affirmé cette position dans une décision de 2016<sup>44</sup>, dans laquelle elle a fait valoir que « le pouvoir de renvoyer une affaire doit se limiter au renvoi au sein d'une juridiction locale donnée et non entre deux juridictions locales »<sup>45</sup>. Selon la juridiction suprême, la « juridiction locale » s'entend dans le cas de la Haute Cour de Malaya, du territoire compris dans les États de Malaya, et dans le cas de la Haute Cour de Sabah et Sarawak, du territoire compris dans les États de Sabah et de Sarawak, respectivement »<sup>46</sup>.

Les décisions de la Haute Cour sont exécutoires sur l'ensemble du territoire national, et pas uniquement dans une juridiction territoriale donnée<sup>47</sup>. Un jugement rendu par la Haute Cour de Sabah et Sarawak prend donc effet dans toute la Fédération de Malaisie. Les décisions de la Haute Cour sont néanmoins susceptibles de recours, et la Cour fédérale et la Cour d'appel sont toutes deux compétentes en appel des recours formés contre les décisions de la Haute Cour. Les décisions de la Cour d'appel sont contraignantes pour les Hautes Cours, et les décisions de la Cour fédérale sont contraignantes pour tous les tribunaux<sup>48</sup>.

### **C. Nominations judiciaires et pratique juridique**

Les juges de la Cour fédérale, de la Cour d'appel, et des Hautes Cours – de Malaya et de Bornéo – sont nommés par le Roi (monarque constitutionnel), « *agissant sur conseil du Premier ministre, après consultation de la Conférence des dirigeants* »<sup>49</sup>. En vertu de la Constitution, pour pouvoir prétendre à une nomination au poste de juge des juridictions supérieures, les candidats doivent être citoyens malaisiens et avoir été avocats auprès de ces juridictions, ou avoir été membre du pouvoir judiciaire et du Ministère public de la Fédération ou d'un État pendant dix ans<sup>50</sup>.

---

<sup>42</sup> Constitution fédérale de la Malaisie, art. 125(a)(1)(b) (qui précise que « un juge de la Haute Cour de Malaisie peut exercer tout ou partie des compétences d'un juge de la Haute Cour de Sabah et de Sarawak, et inversement. »).

<sup>43</sup> Murgan et al., *supra* note 28, page 32. À titre d'exemples, Murgan et al., évoque les affaires Ng Hoi Cheu contre le Ministère public, 1 MALAYAN L. J. 53 (1968), dans laquelle le Juge Chang Min Tat n'a pas suivi en appel la décision du Juge Smith, ainsi que l'affaire Joginder Singh contre le Ministère public, 2 MALAYAN L. J. 133 (1984), dans laquelle la Haute Cour a estimé en appel qu'elle ne suivrait pas la décision de la Haute Cour dans le cadre d'un appel présidé par trois juges.

<sup>44</sup> Hap Seng Plantations (River Estates) Sdn Bhd contre Excess Interpoint Sdn Bhd, 3 MALAYAN L. J. 553 (2016). *Voir aussi* Gan Khong Aik, *High court cannot transfer proceedings to another high court of coordinate jurisdiction*, INTERNATIONAL LAW OFFICE (17 mai 2016).

<sup>45</sup> Hap Seng Plantations (River Estates) Sdn Bhd, 3 MALAYAN L. J. page 554.

<sup>46</sup> *Id.* page 554.

<sup>47</sup> *Voir* Pantai Bayu Emas Sdn Bhd & al. contre Southern Bank Bhd (2009) 2 CURRENT L. J. 630.

<sup>48</sup> Murgan et al., *supra* note 28, page 31.

<sup>49</sup> Constitution fédérale de la Malaisie, art. 122(B)(1).

<sup>50</sup> *Id.* art. 123.

En outre, une Commission des nominations judiciaires a été constituée en 2009 afin de garantir « *que le processus de présentation de candidatures, de nomination, et de promotion des juges des juridictions supérieures soit plus transparent et détaillé* »<sup>51</sup>. La Commission des nominations judiciaires est habilitée à transmettre au Premier ministre les noms des personnes sélectionnées et les raisons pour lesquelles elles méritent d'être nommées à des postes judiciaires<sup>52</sup>. La Commission se compose de juges et de juristes, notamment des représentants de Sabah et de Sarawak. Parmi ses membres figurent le Président de la Haute Cour de Sabah et Sarawak, et « *quatre personnalités éminentes, qui ne sont pas membres du pouvoir exécutif ou de la fonction publique, nommées par le Premier ministre après consultation du Barreau de Malaisie, de la Sabah Law Association, de la Advocates Association of Sarawak, du Procureur général de la Fédération, du Procureur général d'un État ou de tout autre membre des instances compétentes de Sabah et de Sarawak* »<sup>53</sup>. Les membres de la Commission sont nommés pour une durée de deux ans ; ils peuvent être nommés une deuxième fois mais aucun membre ne peut siéger plus de deux mandats<sup>54</sup>. À ce jour, trois personnes venant de Sabah et de Sarawak ont été nommées à la Commission des nominations judiciaires par le Premier ministre depuis sa création, sans compter le Président de la Haute Cour de Sabah et Sarawak<sup>55</sup>.

Le Président de la Haute Cour de Sabah et Sarawak occupe le poste le plus élevé du système judiciaire de la Malaisie orientale. Les juges et juristes de Sabah et de Sarawak peuvent, bien entendu, être nommés aux cours d'appel fédérales de rang plus élevé. En 2018, Richard Malanjum, ancien Président de tribunal de Sabah et de Sarawak, est ainsi devenu le premier Bornéen nommé Président de la Cour fédérale de Malaisie<sup>56</sup>. Le Juge Malanjum n'occupait ce poste que pendant 9 mois avant de prendre sa retraite en 2019, ayant atteint l'âge réglementaire de départ à la retraite, mais sa nomination au poste le plus élevé du pays fut bien accueillie par les Malaisiens de Malaisie orientale qui y virent le signe que Sabah était considéré comme « *un partenaire à part entière au sein de la Fédération* »<sup>57</sup>.

En ce qui concerne la pratique juridique, la Malaisie péninsulaire, Sabah, et Sarawak ont des Barreaux (ordres des avocats) différents, à savoir : le Conseil du barreau de Malaisie, la Sabah Law Association et la Advocates Association of Sarawak<sup>58</sup>. Les membres d'un ordre des avocats ne sont pas autorisés à exercer au sein des autres ordres des avocats des États. Ainsi, un membre du Conseil du barreau n'est pas autorisé à exercer à Sabah et à Sarawak, et aucun membre du barreau de Sabah et de Sarawak ne peut exercer dans l'autre État ou en Malaisie péninsulaire. Il existe des solutions à ce

---

<sup>51</sup> « Introduction, » JUDICIAL APPOINTMENTS COMMISSION (dernière consultation le 15 mai 2020), <http://www.jac.gov.my/spk/en/commission/introduction.html>.

<sup>52</sup> Andrew Harding, *The Constitution of Malaysia: A Contextual Analysis* (2012) pages 200-01; voir aussi M. Ershadul Bari, M. Ehteshamul Bari et Safia Naz, *The establishment of the Judicial Appointments Commission in Malaysia to improve the constitutional method of appointing the judges of the superior courts: a critical study*, 41 COMMONWEALTH LAW BULLETIN 2 (2015).

<sup>53</sup> Kevin YL Tan, *Judicial Appointments in Malaysia, dans SECURING JUDICIAL INDEPENDENCE: THE ROLE OF COMMISSIONS IN SELECTING JUDGES IN THE COMMONWEALTH*, 114, 125-26 (Hugh Corder & Jan Van Zyl Smit eds. 2017), [https://www.biicl.org/documents/1834\\_corder\\_and\\_smit\\_-\\_securing\\_judicial\\_independence.pdf?showdocument=1](https://www.biicl.org/documents/1834_corder_and_smit_-_securing_judicial_independence.pdf?showdocument=1).

<sup>54</sup> Loi relative à la commission des nominations de 2009 (loi 695), §6(1).

<sup>55</sup> Voir « Former members of the Judicial Appointments Commission », JUDICIAL APPOINTMENTS COMMISSION (dernière consultation le 17 mai 2020), <http://www.jac.gov.my/spk/en/commission/former-members-of-jac.html>. Ces membres étaient Haji Abdul Razak Tready, ancien juge principal de Sarawak; Sulong Matjeraie, ancien juge à la Haute Cour de Sabah et Sarawak, juge à la cour d'appel et à la Cour fédérale; et Ammar Steve Shim Lip Kiong, ancien Juge principal de Sabah et Sarawak.

<sup>56</sup> Voir Ida Lim, *Richard Malanjum's epic journey from Tuaran in Sabah to Palace of Justice in Putrajaya*, MALAY MAIL (13 avril 2019), <https://www.malaymail.com/news/malaysia/2019/04/13/richard-malanjums-epic-journey-from-tuaran-in-sabah-to-palace-of-justice-in/1742903>.

<sup>57</sup> Voir *MA63 honoured with appointment of Richard Malanjum as Chief Justice*, BORNEO TODAY (12 juillet 2018), <https://www.borneotoday.net/ma63-honoured-with-appointment-of-malanjum-as-chief-justice/>.

<sup>58</sup> Shaikh Mohamed Noordin et Shanthi Supramaniam, *An Overview of Malaysian Legal System and Research*, NYU Law (juin 2016), <https://www.nyulawglobal.org/globalex/Malaysia1.html#JudicialAuthority>.



problème : un avocat de Malaisie occidentale peut être admis par la cour à exercer à Sabah ou à Sarawak « sur une base ad hoc, mais sans préjuger de la nécessité d'obtenir un permis d'entrer délivré par les services d'immigration, lesquels relèvent de l'État et non de la Fédération »<sup>59</sup>. Les efforts déployés afin d'harmoniser l'ordre des avocats se sont heurtés à l'opposition des juristes de Sabah et de Sarawak, lesquels semblent s'inquiéter de « l'afflux en Malaisie orientale de juristes provenant de Malaisie occidentale »<sup>60</sup>.

### III. ÉVALUATION DE L'EXPÉRIENCE DE LA MALAISIE ORIENTALE

Il y a près de soixante ans, en 1963, Sabah et Sarawak rejoignaient la Fédération de Malaisie dans le cadre d'un arrangement qui prévoyait que les pouvoirs judiciaires en Malaisie orientale seraient exercés de manière indépendante et parallèlement aux pouvoirs judiciaires nationaux de la Fédération. La présente section s'achève sur quelques observations relatives à l'expérience de la Malaisie orientale en matière de dévolution des pouvoirs judiciaires dans la pratique.

Une question s'est posée dans le contexte malaisien, à savoir le manque de contraintes juridiques effectives par rapport au pouvoir du gouvernement fédéral de s'immiscer dans les affaires du gouvernement de l'état, en particulier lorsqu'il est invoqué dans le cadre de pouvoirs exceptionnels<sup>61</sup>. Citons à titre d'exemple le limogeage du Ministre principal de Sarawak en 1996<sup>62</sup>. Le Ministre principal Stephen Kalong Ningkan a refusé d'accepter son limogeage par le *Yang di-Pertua Negeri* (gouverneur) de Sarawak, et a demandé à la Haute Cour une déclaration attestant qu'il était encore Ministre principal. La Haute Cour a estimé que le limogeage du Ministre principal était illicite, autorisant Ningkan à reprendre ses fonctions, considérant qu'un vote de l'Assemblée législative de l'État était nécessaire pour obtenir l'avis de la majorité<sup>63</sup>. En réponse, le gouvernement fédéral a déclaré l'état d'urgence dans le cadre duquel la constitution fédérale et celle de l'État ont été temporairement amendées de sorte que le *Yang di-Pertua Negeri* puisse limoger le Ministre principal.

L'épisode du limogeage du Ministre principal de Sarawak nous montre, comme le relève Andrew Harding, qu'il n'existe « aucune limite légale voire ... politique, au pouvoir de la Fédération d'interférer dans la Constitution de l'État, dans le Gouvernement de l'État ou la division des pouvoirs de l'État et fédéraux »<sup>64</sup>. En invoquant les pouvoirs exceptionnels, le gouvernement fédéral a dans les faits annulé la décision de la Haute Cour de Sabah et Sarawak, contournant une garantie constitutionnelle cruciale accordée aux États de la Malaisie orientale – la possibilité d'opposer leur veto en cas d'amendement constitutionnel affectant l'État. Les pouvoirs exceptionnels peuvent donc donner au gouvernement fédéral de vastes pouvoirs d'interférer dans l'autonomie de gouvernements d'États donnés, en dépit des protections constitutionnelles spéciales en lien avec le pouvoir judiciaire des États de la Malaisie orientale et les amendements à la constitution.<sup>65</sup>

Une autre question liée mais distincte est source de préoccupation pour les États de la Malaisie orientale, à savoir la protection des intérêts et des droits de leurs peuples autochtones. Les peuples

---

<sup>59</sup> Harding, *Protection of the Indigenous Peoples of Sabah and Sarawak under Malaysia's Federal System?*, supra note 35, page 203.

<sup>60</sup> Sheila Ramalingam, Johan Shamsuddin bin Hj Sabaruddin & Dr. Saroja a/p Dhanpal, *The history of the legal profession in Malaysia*, CLJ Law 31 (2018), [https://umexpert.um.edu.my/public\\_view.php?type=publication&row=NzQwNzc%3D](https://umexpert.um.edu.my/public_view.php?type=publication&row=NzQwNzc%3D).

<sup>61</sup> Harding, *Protection of the Indigenous Peoples of Sabah and Sarawak under Malaysia's Federal System?*, supra note 35, page 208.

<sup>62</sup> *Id.* pages 204-207.

<sup>63</sup> Stephen Kalong Ningkan contre le Gouvernement de la Malaisie (1968) 2 MALAYAN L.J. 238.

<sup>64</sup> Harding, *Protection of the Indigenous Peoples of Sabah and Sarawak under Malaysia's Federal System?*, supra note 35, page 208.

<sup>65</sup> *Id.* page 210.

« indigènes »<sup>66</sup> de Sabah et de Sarawak représentent environ 40 pour cent de la population de Sarawak et 60 pour cent de la population de Sabah.<sup>67</sup> Considérées conjointement, les communautés autochtones représentent environ la moitié de l'ensemble de la population de ces États. À partir de 1971, la population autochtone de la Malaisie orientale a rejoint les musulmans malais, bénéficiant de leur position spéciale de « *bumiputera* »<sup>68</sup> garantie par la constitution qui offre des privilèges tels que des postes dans la fonction publique et des quotas pour l'octroi de bourses, de licences commerciales, et dans d'autres domaines.

La dévolution des pouvoirs judiciaires à Sabah et à Sarawak semble avoir évolué, en partie tout au moins, en reconnaissance des lois coutumières uniques de ces États, qui sont profondément ancrées et respectées par le biais du système juridique<sup>69</sup>. L'aménagement judiciaire et l'organisation des professions judiciaires dans ces États semblent viser à protéger le monopole de la profession judiciaire à Sabah et à Sarawak et à préserver leur histoire juridique unique, leurs lois, et leur culture juridique. La position particulière du pouvoir judiciaire de la Malaisie orientale est aussi en partie attribuable à leur droit autochtone, qui « *représente une part substantielle des systèmes juridiques de Sabah et de Sarawak, et n'est pas un sujet de droit que connaît nécessairement l'ensemble du pouvoir judiciaire malaisien* »<sup>70</sup>. En outre, la Constitution interdit au Parlement fédéral d'adopter des lois en application du droit international relativement à « *toute question touchant au droit autochtone ou coutumier dans les États de Sabah et de Sarawak* »<sup>71</sup>.

Il n'en demeure pas moins que la Cour fédérale et la Cour d'appel de Malaisie supervisent la Haute Cour de Sabah et Sarawak et tranchent donc en dernier ressort les questions juridiques. Étant donné que ces cours d'appel situées en Malaisie sont compétentes en dernier ressort vis-à-vis des cours de Sabah et de Sarawak, ceci affecte l'autonomie judiciaire de ces États puisque les décisions rendues par les cours des États peuvent être inversées par les cours fédérales.

Une troisième question concerne le statut spécial accordé aux États de Sabah et de Sarawak, lequel fait partie intégrante de leur accord d'adhésion à la Fédération de Malaisie, et son application ultérieure dans la pratique. La Fédération de 1963 a accueilli quatre entités : la Fédération malaise, Singapour, Sabah, et Sarawak. À l'époque, l'article 1(2) de la Constitution prévoyait que « les États de la Fédération » sont : a) les États de la Malaisie, comprenant les onze États de la Malaisie péninsulaire, et b) les États de Bornéo et de Sabah et Sarawak<sup>72</sup>. En outre, la Constitution fédérale a été amendée pour inclure différentes dispositions conférant un statut spécial à Sabah et à Sarawak<sup>73</sup>.

En 1976, l'article 1(2) de la Constitution de la Malaisie a cependant été amendé pour y dresser la liste des treize États de la Fédération – y compris Sabah et Sarawak – dans une seule catégorie. Pour nombre d'habitants de Sabah et de Sarawak, cet amendement semblait rabaisser les États de Malaisie orientale et les ramener au niveau des onze autres États de Malaisie, suscitant un mécontentement

---

<sup>66</sup> Voir la Constitution fédérale de la Malaisie, art. 153(1) (portant sur « la place spéciale des Malaisiens et des autochtones de l'un quelconque des États de Sabah et de Sarawak. »).

<sup>67</sup> *Indigenous peoples and ethnic minorities in Sabah*, MINORITY RIGHTS (dernière mise à jour en janvier 2018), <https://minorityrights.org/minorities/indigenous-peoples-and-ethnic-minorities-in-sabah/>.

<sup>68</sup> Constitution fédérale de la Malaisie, art. 153, tel que révisé par la Loi sur la Constitution (amendement) de 1971.

*Bumiputera* signifie « fils de la terre » en malais.

<sup>69</sup> Voir Harding, *Protection of the Indigenous Peoples of Sabah and Sarawak under Malaysia's Federal System?*, supra note 35, page 203.

<sup>70</sup> *Id.*

<sup>71</sup> Constitution fédérale de la Malaisie, art. 76(2).

<sup>72</sup> L'État de Singapour était mentionné dans ce premier texte mais fut retiré après que Singapour a quitté la Fédération le 9 août 1965.

<sup>73</sup> Constitution fédérale de la Malaisie, art. 161E(2).

croissant vis-à-vis du gouvernement fédéral, alimenté par le sentiment que l'esprit de l'accord de 1993 n'avait pas été respecté<sup>74</sup>.

Le statut de Sabah et de Sarawak a récemment été au cœur du discours politique en Malaisie. En 2019, le Gouvernement Pakatan Harapan a annoncé qu'il amenderait l'article 1(2) de la Constitution afin de rétablir le statut constitutionnel de Sabah et de Sarawak, dans le but à terme de rétablir le statut des États de Bornéo en application de l'Accord relatif à la Malaisie de 1963<sup>75</sup>. Le projet d'amendement de la Constitution a été présenté le 9 avril 2019, mais, à dix voix près, le gouvernement n'a pas obtenu la majorité des deux tiers des membres de l'assemblée législative dont il avait besoin pour que le projet passe.<sup>76</sup>

En février 2020, la Malaisie a connu un changement inattendu de gouvernement fédéral. Le Gouvernement Pakatan Harapan, qui était arrivé au pouvoir deux ans plus tôt après la première transition démocratique du pouvoir en 2018, s'est effondré du fait de défections et de changements dans la coalition<sup>77</sup>. Il a été remplacé par la coalition Perikatan Nasional emmenée par le Premier ministre Muhyiddin Yassin. Dans le cadre de ce bras de fer politique, Sabah et Sarawak se sont trouvés dans une position pour ainsi dire de force par rapport au gouvernement fédéral. Les coalitions au pouvoir ne jouissant que d'un soutien extrêmement limité de la part du législateur, toute coalition gouvernementale a besoin de l'appui du législateur de Bornéo pour conserver une majorité parlementaire. Le nouveau Ministre en charge des affaires de Sabah et de Sarawak a promis de consolider le statut d'autonomie de la région et de rendre à ces États leur « statut d'origine » au sein de la fédération, dans le droit fil de l'Accord relatif à la Malaisie de 1963<sup>78</sup>.

#### **IV. OBSERVATIONS TIRÉES DE LA LECTURE COMPARÉE DE L'INITIATIVE MAROCAINE POUR L'AUTONOMIE DE LA RÉGION DU SAHARA**

La dévolution des pouvoirs judiciaires est un exercice complexe, tant en pratique qu'en théorie. L'aménagement constitutionnel et juridique des pouvoirs judiciaires autonomes devrait être au cœur des préoccupations, mais dans les faits tout dépend de sa mise en œuvre et de la pratique.

Le Sahara occidental, ancienne colonie espagnole, est au cœur d'un différend régional qui dure depuis des décennies. En réponse aux appels lancés depuis 2004 par le Conseil de sécurité des Nations Unies aux parties afin de sortir de l'impasse politique, le Maroc a présenté au Secrétaire général des Nations Unies, le 11 avril 2007, sa proposition intitulée « Initiative marocaine pour la négociation d'un statut d'autonomie de la région du Sahara ». L'Initiative marocaine pour la négociation d'un statut d'autonomie de la région du Sahara propose un cadre permettant à la Région du Sahara de garantir l'autonomie des populations du Sahara en vue de « *gérer elles-mêmes et démocratiquement leurs*

---

<sup>74</sup> Voir Wilson Tay Tze Vern, *Restoring the Constitutional Status of Sabah and Sarawak: First Step in a Long Journey of Redemption*, CONSTITUTIONNET (11 mars 2019), <http://constitutionnet.org/news/restoring-constitutional-status-sabah-and-sarawak-first-step-long-journey-redemption>.

<sup>75</sup> The Edge Markets, *Malaysian government agrees to amend Constitution to comply with 1963 Agreement and restore status of Sabah and Sarawak*, CONSTITUTIONNET (11 mars 2019), <http://constitutionnet.org/news/malaysian-government-agrees-amend-constitution-comply-1963-agreement-and-restore-status-sabah>.

<sup>76</sup> Andrew Ong, *Fresh bill on Article 1(2) of the Federal Constitution to be tabled next year*, MALAYSIKINI (17 décembre 2019), <https://www.malaysiakini.com/news/503997>.

<sup>77</sup> Hannah Beech, *Malaysia's Premier, Marathir Mohamad, Is Ousted in a Surprising Turn*, N.Y. Times (29 février 2020), <https://www.nytimes.com/2020/02/29/world/asia/malaysia-mahathir-mohamad.html>.

<sup>78</sup> Voir, par ex., Durie Rainer Fong, *Restoring equal status to Sabah, Sarawak my first priority, says Ongkili*, FREE MALAYSIA TODAY (12 mars 2020), <https://www.freemalaysiatoday.com/category/nation/2020/03/12/restoring-equal-status-to-sabah-sarawak-my-first-priority-says-ongkili/>.

*affaires* » à travers « des organes législatif[s] ...dotés de compétences exclusives »<sup>79</sup>, dans le cadre de la souveraineté du Royaume du Maroc, de son unité nationale et de son intégrité territoriale.

La structure proposée dans l'Initiative marocaine présente certaines similitudes avec le système judiciaire fédéral de la Malaisie. L'Initiative prévoit en son article 22 que : « *Des juridictions peuvent être créées par le Parlement régional afin de statuer sur les litiges nés de l'application des normes édictées par les organes compétents de la Région autonome du Sahara* » et qu'elles le font « *en toute indépendance.* »<sup>80</sup> L'article 23 ajoute qu'un Tribunal régional supérieur deviendrait la plus haute juridiction de la Région autonome du Sahara mais qu'il statuerait « *sans préjudice des compétences de la Cour suprême et du Conseil constitutionnel du Royaume.* »<sup>81</sup> En Malaisie, la Haute Cour de Sabah et Sarawak reste compétente sur leurs territoires respectifs, mais ses décisions peuvent être révisées par la Cour d'appel et par la Cour fédérale de Malaisie qui tranche en dernier ressort.

De par son aménagement constitutionnel, le système fédéral malaisien est considéré comme offrant une certaine autonomie judiciaire à l'instance régionale. À cet égard, on pourrait penser que ce modèle permettrait à la région autonome de préserver son histoire, sa culture, et sa profession juridiques, plutôt que d'être intégrée à un système juridique fédéral.

Mais l'aménagement constitutionnel est une chose ; la pratique constitutionnelle en est une autre. L'expérience de la Malaisie orientale au cours des soixante dernières années de pratique nous fournit un éclairage capable d'orienter les propositions de dévolution des pouvoirs judiciaires dans la Région du Sahara.

La question de savoir qui rend les décisions en dernier ressort est essentielle dans la détermination de l'étendue de l'autonomie effective accordée à un système judiciaire. Même si un système judiciaire régional distinct est prévu pour la Région du Sahara, l'autonomie effective dépendra de l'institution ayant le pouvoir ultime en matière de contrôle juridictionnel. Tel qu'énoncé à l'article 23 de la proposition, la Cour suprême ou le Conseil constitutionnel du Maroc auront le pouvoir d'annuler les décisions du Tribunal régional supérieur du Sahara. Il est donc important de se demander si, et dans quelle mesure, le Tribunal régional de la Région du Sahara sera autonome dans la pratique, sachant que le contrôle juridictionnel reviendra à une instance judiciaire marocaine supérieure. Il serait bon d'envisager de laisser le dernier mot aux membres du Tribunal régional supérieur de la Région du Sahara sur tout ou partie des questions judiciaires plutôt que de s'en remettre à une instance judiciaire extérieure.

Deuxième remarque, elle concerne les contraintes juridiques et constitutionnelles applicables au pouvoir fédéral intervenant dans les régions autonomes. L'article 24 de l'Initiative marocaine pour l'autonomie de la Région du Sahara dispose que : « *Les lois, les règlements et les décisions de justice émanant des organes de la Région autonome du Sahara doivent être conformes au Statut d'autonomie de ladite Région et à la Constitution du Royaume.* » Ici aussi, ces dispositions trouvent écho dans l'expérience de la Malaisie. Tel que l'illustre l'épisode susmentionné de 1966 impliquant le Ministre principal de Sarawak, le gouvernement fédéral invoqua alors les pouvoirs exécutifs que lui confère la

---

<sup>79</sup> Annexe à la lettre datée du 11 avril 2007, envoyée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent du Maroc auprès de l'Organisation des Nations Unies : Initiative marocaine pour la négociation d'un statut d'autonomie de la région du Sahara, document de l'ONU portant la cote S/2007/206, para. 5.

<sup>80</sup> *Id.*, para. 22 (13 avril 2007) (« *Des juridictions peuvent être créées par le Parlement régional afin de statuer sur les litiges nés de l'application des normes édictées par les organes compétents de la Région autonome du Sahara. Leurs décisions seront rendues, en toute indépendance, au nom du Roi.* »).

<sup>81</sup> *Id.*, para. 23 (« *Le Tribunal régional supérieur, la plus haute juridiction dans la Région autonome du Sahara, statue en dernier ressort, sur l'interprétation de la loi de la Région, sans préjudice des compétences de la Cour suprême et du Conseil constitutionnel du Royaume.* »).

Constitution fédérale afin de déclarer l'État d'urgence, ce qui lui permit d'annuler la décision de la Haute Cour de Sarawak.

Le présent exposé n'est pas le lieu pour se livrer à une analyse détaillée de la Constitution du Royaume du Maroc, mais les enseignements tirés de la Malaisie nous montrent qu'il est particulièrement important de noter que les régimes d'exception – comme le fait d'invoquer les pouvoirs exceptionnels ou les lois relatives à la sécurité nationale – peuvent être utilisés par un gouvernement fédéral afin de saper jusqu'aux garanties les plus explicites du pouvoir judiciaire offertes à la région autonome. L'Initiative marocaine contient un certain nombre de garde-fous contre le pouvoir fédéral. L'article 29 de l'Initiative d'autonomie prévoit que la « *Constitution marocaine sera révisée, le statut d'autonomie y sera incorporé comme gage de sa stabilité et de sa place particulière dans l'ordonnement juridique national.* » Par ailleurs, l'article 25 de l'Initiative marocaine garantit aux populations de la Région du Sahara toutes les garanties qu'apporte la Constitution marocaine en matière de droits de l'Homme tels qu'ils sont universellement reconnus. Il sera crucial que ces dispositions soient appliquées dans la pratique si l'on veut qu'elles constituent de réels garde-fous.

Le présent exposé s'achève sur une dernière observation, plus générale, relative à l'importance du constitutionnalisme dans la pratique. Les garanties inscrites dans la Constitution ou dans les textes de loi relatives au statut spécial accordé aux régions autonomes peuvent dans le temps évoluer de manière inattendue. Si le « statut spécial » promis à une région autonome est perçu comme lettre morte dans la pratique, cela risque d'aggraver les tensions existantes entre le territoire et le gouvernement fédéral, ce qui peut aboutir à un mécontentement voire à des appels à la sécession. Pour que l'expérience constitutionnelle soit couronnée de succès – que ce soit en Malaisie orientale, dans la Région du Sahara, ou ailleurs – la bonne foi et des efforts constants seront requis dans la pratique afin de préserver l'équilibre des pouvoirs convenu entre le niveau fédéral et les régions autonomes, relativement aux compétences tant législatives, qu'exécutives ou judiciaires. Le texte de la Constitution a ses limites ; pour qu'il soit efficace, le constitutionnalisme doit être ancré dans la pratique à l'échelle de tous les acteurs institutionnels compétents si l'on veut que l'expérience constitutionnelle de la dévolution des pouvoirs soit couronnée de succès.