

Revue RAMReS/S.J.P.



Revue Africaine et Malgache de Recherches Scientifiques

SEMESTRIELLE DE PUBLICATION EN SCIENCES JURIDIQUES ET
POLITIQUES DE LA CONFÉRENCE DES RECTEURS DES UNIVERSITES
FRANCOPHONES D'AFRIQUE ET DE L'OCEAN INDIEN

SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

ISSN: 2630-113 X

N° 1

Janvier 2023

CONFÉRENCE DES RECTEURS DES UNIVERSITES
FRANCOPHONES D'AFRIQUE ET DE L'OCEAN INDIEN

Revue RAMReS/S.J.P.



Revue Africaine et Malgache de Recherches Scientifiques

SEMESTRIELLE DE PUBLICATION EN SCIENCES JURIDIQUES ET
POLITIQUES DE LA CONFÉRENCE DES RECTEURS DES UNIVERSITES
FRANCOPHONES D'AFRIQUE ET DE L'OCEAN INDIEN

SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

ISSN: 2630-113 X

N° 1

Janvier 2023

CONFÉRENCE DES RECTEURS DES UNIVERSITES FRANCOPHONES
D'AFRIQUE ET DE L'OCEAN INDIEN

COMITÉ SCIENTIFIQUE DE LA REVUE CAMES/SJP

Droit public : Pr. Koffi AHADZI (Président), Alexis ESSONO OVONO, Eloi DIARRA, Joël AIVO, Abraham GADJI, Abdoulaye SOMA, Narey OUMAROU, Ibrahima LY, Saidou Nourou TALL, Brusil Miranda METOU.

Droit privé : Michel SAWADOGO, Ndiaw DIOUF, Christine CHAPPUIS, Pierre Etienne KENFACK, Aboudramane OUATTARA, Ndéye Coumba Madeleine NDIAYE, Yaya BODIAN, Jacques MESTRE, Talfi Idrissa BACHIR, Nanga SILUÉ.

Science politique : Nadine MACHIKOU, Alou Mahamane TIDIANI, Alioune Badara DIOP, Emmanuel Etienne MESSANH HLINVI, NDIAYE Papa Samba, Moise Yanou YCHINGANKONG.

Comité de rédaction de la Revue du CAMES/ SJP

Rédacteur en chef : Pr Yaya BODIAN (UCAD)

Assistant: Adama NDIAYE (UCAD)

SOMMAIRE

1. **LIBRE PROPOS SUR LES CONFLITS INDIRECTS DE LA SUCCESSION POLYGAMIQUE LIES A LA VOLONTE DU DEFUNT AU CAMEROUN**1
MEBOUTA MYRIAM ANNIE, Ph.D en Droit privé, Assistante à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Bamenda.
2. **LES LIMITATIONS DES DROITS FONDAMENTAUX EN PERIODE DE LUTTE CONTRE LE TERRORISME AU BURKINA FASO ET AUX ETATS-UNIS**.....27
Kibessoun Pierre Claver MILLOGO, Docteur en droit public, Chercheur au Centre National de la Recherche Scientifique et Technologique (C.N.R.S.T.) à l’Institut des Sciences des Sociétés (IN.S.S.)
3. **DROIT DE VOTE ET PRESERVATION DE L’INTEGRITE DU TERRITOIRE EN PERIODE DE CRISE SECURITAIRE EN AFRIQUE : ÉTUDE A PARTIR DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE DES ÉTATS D’AFRIQUE NOIRE D’EXPRESSION FRANÇAISE**59
Dr. Martine BIKOE, Maitre-assistant, Enseignant-chercheur, Université de Ngaoundéré - Cameroun
4. **LA CONSTRUCTION DU REFERENTIEL PENAL DANS LA JUDICIARISATION DES ACTIVITES MILITAIRES AU REGARD DE LA LOI N° 2017/012 DU 12 JUILLET 2017 PORTANT CODE DE JUSTICE MILITAIRE DE LA REPUBLIQUE DU CAMEROUN**95
Gaétan Mamert BILOA NTONGA, Docteur Ph.D en Droit Privé, Enseignant-Chercheur, Université Yaoundé II (Cameroun)
5. **LA NOTION DE BIENS A L’AUNE DES BIENS IMMATERIELS EN DROIT PRIVE**131
Dr. Aboubakar YAYA, Maître-Assistant / CAMES, Enseignant-Chercheur en Droit privé, Faculté de Droit et Science Politique, Université de Parakou (Bénin)
6. **L’UNANIMITE DE L’ACCORD DE CONCILIATION EN DROIT OHADA : UNE LOGIQUE JURIDIQUE IRRÉALISTE ?**163
Moussa Fanta KOUROUMA, Docteur en Droit privé
7. **LES SANCTIONS JURIDICTIONNELLES AUX VIOLATIONS DE L’ORDRE CONSTITUTIONNEL DANS L’ESPACE CEDEAO**183
Mamadou Falilou DIOP, Docteur en Droit public, Maître-Assistant (CAMES), Enseignant-chercheur à la FSJP de l’Université Cheikh Anta Diop.
8. **LES IMPERFECTIONS DU DROIT DE RETENTION EN DROIT DE L’OHADA**219
SANGARE Mamadou, Docteur en Droit privé et sciences criminelles, Enseignant-Chercheur à l’Université Jean Lorougnon Guédé, Daloa, (Côte d’Ivoire)
9. **RECONCILING THE TENSION BETWEEN SOVEREIGNTY AND HUMANITARIAN INTERVENTION IN THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER**246
Dr. Drissa KONE, Associate Professor of Conflict Resolution and Ministry at Unification Theological Seminary
10. **L’ART D’ETRE INCONSTANT : LE JUGE FACE A LA MATIERE ADMINISTRATIVE AU SENEGAL**263
Abdoulaye DIEYE, Docteur en droit public, Enseignant – chercheur à la Faculté des sciences juridiques et politiques (FSJP), Université Cheikh Anta DIOP (UCAD) de Dakar
11. **LE PRÉ-MARIAGE DANS LE CODE DE LA FAMILLE CONGOLAIS**299
Mesmin Euloge KOUMBA, Assistant à la faculté de droit, Université Marien NGOUABI (Brazzaville).
12. **LE DIFFICILE ENFANTEMMENT DES JURIDICTIONS COMMERCIALES AU NIGER**326
OUMAROU Sahabi, Enseignant-chercheur, Université Abdou Moumouni de Niamey

LIBRE PROPOS SUR LES CONFLITS INDIRECTS DE LA SUCCESSION POLYGAMIQUE LIÉS A LA VOLONTE DU DEFUNT AU CAMEROUN

MEBOUTA MYRIAM ANNIE

Ph.D en Droit privé

Assistante à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de Bamenda

Résumé : L'étude des conflits indirects de la succession polygamique liés à la volonté du défunt au Cameroun, mérite une attention très particulière aujourd'hui dans notre société. Cela s'explique par le fait que, le de cujus peut décider soit de s'abstenir à garder le silence sur la gestion de son patrimoine, soit de laisser ses dernières volontés de façon orale ou traditionnelle dont la transmission ou la transcription de l'information ou du secret subi une désinformation volontaire ou naïve, source de polémiques et de haine sur les personnes bénéficiant des biens ou alors la masse des biens à partager.

Mots clés : Conflits indirects, succession polygamique, défunt, patrimoine, testament.

Abstract: The study of indirect conflicts of polygamic succession linked to the will of the deceased in Cameroon deserves very special attention today in our society. This is explained by the fact that the deceased can decide either to abstain to remain silent of the management of its heritage, or to leave its last wishes in an oral or traditional way, the transmission or transcription of the information, or the secret of which has undergone voluntary or naïve misinformation, a source of controversy and hatred on the people benefiting from the goods or the mass of goods to be shared.

Keywords: Indirect conflicts, polygamous succession, deceased, heritage, will.

INTRODUCTION

L'homme qui a vécu sur terre, a une mission à accomplir et dans ce cadre, il laisse les marques de son existence à travers son patrimoine, sentant sa mort proche, il devrait se confier à ses amis proches parents de la manière dont son patrimoine sera géré. C'est ce qu'on a appelé dernières volontés ou testament qui peut être coutumier ou moderne. Mais, il existe également d'autres faits sociaux¹ qui dépendent du défunt ouvrant droit aux conflits en matière de succession polygamique. C'est dans cette logique qu'il convient d'appréhender les conflits indirects de la succession polygamique liés à la volonté du défunt au Cameroun.

Par ailleurs, avec l'arrivée des blancs, le camerounais a appris à laisser un testament écrit dont le non-respect des conditions de constitution est source de multiples conflits dans nos familles polygamiques. Ceci nous amène à poser la question essentielle suivante : Quels sont les conflits indirects de la succession polygamique relatifs à la volonté du de cujus au Cameroun ? pour répondre à ce questionnement, il serait donc judicieux de dire que, le de cujus peut décider soit de

s'abstenir à garder le silence sur la gestion de son patrimoine (*succession ab in testat*)², soit de laisser ses dernières volontés de façon orale ou traditionnelle³ (I) dont la transmission ou la transcription de l'information ou du « *secret* » subi une désinformation volontaire ou naïve, source de polémiques et de haine sur les personnes bénéficiant des biens ou alors la masse des biens à partager (II).

I- La dévolution successorale : source de conflits dans les successions polygamiques au Cameroun

Selon l'article 895 du Code civil, le testament est « *un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il ne sera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer* ». Il ressort de cette définition que le testament est une volonté de la personne révocable à tout moment, c'est-à-dire, le testateur peut modifier ses paroles jusqu'à la dernière minute, il s'avère que les biens qu'il laisse sont une entraine pour les générations futures, dès lors que le testateur se fait une idée du mauvais comportement de l'héritier qui risque éteindre son image de vie, il peut revenir sur sa volonté.

¹ Les faits sociaux sont des comportements que l'homme adopte au sein de la société qui influencent la vie de son patrimoine familial. On pense à la religion, la tribu, qui font changer de caractères à l'homme qui par essence est polygame.

² CORNU (G), Droit de la famille, 7^e édition, Ed Montchrestien, Paris, EJA, 2001, P.235.

³ FLOUR (J) et SOULEAU (H), Droit civil, les successions, 3^e édition, Armand Colir, paris, 1991, P.127.

L'acte de manifestation de la volonté qu'il soit écrit (A) ou oral selon l'essence de la coutume (B) génère les conflits dans les familles polygamiques, car, il est soumis au respect des conditions pour sa bonne réussite. Il ne faut pas oublier qu'une succession nécessite la liquidation de la communauté et le partage des biens même en l'absence du testament (C).

A-Les conflits de succession liés au non-respect des conditions de validité du testament écrit dans la famille polygamique

L'étude des conflits générés l'exécution du testament nécessite que l'on sache le type de testament et la manière dont il a été constitué. L'article 969 du Code civil nous présente trois types de testaments en ces termes « *un testament pourra être*

olographe⁴ ou fait par acte public⁵ ou dans la forme mystique »⁶.

Le testament olographe est un acte solennel et sous seing privé qui doit être écrit, daté et signé par le testateur. Le testateur doit donc écrire lui-même de sa propre main le testament afin qu'il soit spontané et sincère, on doit retrouver une date précise (*jour, mois et année*) le souci de vérifier l'antériorité de l'acte, en cas de plusieurs dates, on prendra la plus récente.

Car, il arrive souvent que le testateur écrit, modifie et repend même la modification un même testament. La fausse date c'est-à-dire une date imprimée ou apposée au composteur annule le testament si l'héritier en rapporte la preuve⁷, comme

⁴ L'article 970 du Code civil énonce que « *le testament ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur. Il n'est assujéti à aucune autre forme* ».

⁵ Selon l'article 971 du Code civil, le testament par acte public est un testament dicté au notaire par le testateur devant un autre notaire, ou fait par un notaire en présence de deux témoins, il peut être manuel ou dactylographié, lu et signé par le testateur. S'il n'est pas signé, une mention expresse est faite pour cette cause. Il a une force probante et évite les contestations.

⁶ L'article 976 du Code civil dispose : « *Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique, le papier qui contiendra les dispositions ou le papier qui servira d'enveloppe s'il y en a une, sera clos, cacheté et scellé* ». *Le testateur le présentera ainsi clos, cacheté et scellé au notaire et à deux témoins ou il fera clore, cacheter et sceller en leur présence, et il déclarera que le contenu de ce papier est un testament, signé de lui, et écrit par lui ou par un autre en affirmant, dans ce dernier cas, qu'il en a*

personnellement vérifié le libellé, il indiquera dans les cas, le mode d'écriture (employé à la main ou mécaniquement) ... ». Le notaire dresse un acte de souscription sur une enveloppe en présence de deux témoins. C'est un testament discret, mais son contenu est un acte sous-seing privé susceptible d'être remis en cause par simple vérification d'écriture, il doit être présenté au TGI ou TPD selon les cas avant son exécution.

⁷ La preuve est la démonstration de la réalité d'un fait, d'un état, d'une circonstance ou d'une obligation. L'administration en incombe à la partie qui se prévaut de ce fait ou de l'obligation dont elle se prétend créancière. Son offre n'est admissible que si la démonstration qui sera la conséquence de sa démonstration peut être utile à la solution de la prétention sur laquelle le juge doit statuer. On dit que la preuve offerte doit être « *pertinente* ». Lire Lagarde (X.), Finalités et principes du droit de la preuve, ce qui change, la semaine Juridique, Edition générale, 27 avril 2005, n°17, doctrine, I, 133, p.771-777.

cela a été décidé dans l'affaire WILSON⁸ née MANTATO BIEME.

De la même manière, le testament olographe doit être signé du testateur, car, il s'agit d'un acte sous seing s'il est contesté, il n'aura aucune force probante tant que l'écriture du testateur et sa signature n'ont pas encore été vérifiés par la justice.

Mais, il est admis que face à l'héritier légataire, il n'est pas exigé de prouver l'écriture et la signature⁹ car, c'est à lui qu'on lègue toute la succession en l'absence d'autres héritiers.

C'est un testament que le défunt garde discrètement lui-même à sa mort, ses héritiers qui le découvrent avec désagrément, peuvent le détruire. Ce genre de testament non authentique n'est pas loin de la succession légale (*ab in testa*) ou du testament verbal dans lequel le défunt confit ses dernières volontés aux amis qui, au moment de restituer l'information, la déforme à leur guise et selon leur passion. Certains pays ne l'utilisent plus, mais, la Cour Suprême a validé le legs d'un étranger fait à un camerounais au Cameroun à cause de la « *Locus regit actum* »¹⁰.

Cette forme du testament est plus utilisé en droit coutumier, d'où l'origine des

conflits, ceci a été relevé dans l'affaire dame NGUIMATSIA née ZEBAZE Grâce et autres¹¹ où ZEBAZE SIMEON encré dans sa coutume, permet de laisser un testament à mi-chemin entre la tradition et le droit moderne, le testament est tantôt olographe, tantôt dactylographié, une partie remis à un notaire et l'autre partie remis à un ami de la famille.

Ce testament qui ne répond pas aux normes du droit écrit, a été validé par les juges du droit fond et la Cour Suprême qui n'ont pas pu l'annuler. Il est relevé que le testateur n'avait pas respecté les conditions de forme d'un testament moderne, semant ainsi, le doute des héritiers, car, le défunt avait institué sa fille héritière principale et administrateur des biens de la succession d'après les règles du droit traditionnel.

Les dernières volontés du défunt sont un mélange du droit traditionnel et du droit écrit, car, le terme héritier principal est un titre honorifique en ce sens que l'héritier principal a l'obligation d'occuper ou de vérifier à l'entretien de la famille, il est chargé de la conservation des crânes des ancêtres, et d'y effectuer les sacrifices pour son compte ou celui des autres parents et

⁸ CA Douala, arrêt n°50/L du 10 décembre 1993 affaire dame WILSON née MANTATO contre BIEMI.

⁹ Civ.21 mai 1860, D. 1860. I.p. 434.

¹⁰ CS arrêt n°88 du 14 juin 1973. B.ACS n°28 p. 4051. Ce testament olographe respectait toutes les conditions.

¹¹ CS arrêt n°363/ CL du 29 septembre 2005.

enfants et de conserver les biens familiaux indivis¹².

Ainsi, dans l'affaire NGUIMATSIA née ZEBAZE Grâce, la famille s'est trouvée une situation complexe. L'héritier laissé par le de cujus était-il un héritier du droit moderne ? Si oui, le testament ne répondait pas aux normes des testaments du droit écrit (*car ce testament n'était ni olographe, ni mystique ni fait par acte public*). L'héritier était-il désigné selon la coutume ? Non, car, la précision laissée par le de cujus était que l'héritier sera le successeur principal et administrateur des biens indivis, ce qui est plus proche de la dévolution testamentaire moderne.

De a même manière, le testament laissé par DIBOMBE NDOUBE ALFRED qui disait expressément que « *au sujet de mes filles MUNA et NJANJO, j'ai en vain recherché à les plier sous mon autorité, elles ont jusqu'à mes derniers jours persistés à se montrer hostile envers moi ; c'est pourquoi, je les exclu de mes biens, demandant à MANGA de s'abstenir le moindre rapport avec elles...* »¹³ était un testament olographe, mais plus traditionnel,

car, la clause excluant ses filles de la succession n'était pas valable. Il assimile cette clause aux conditions d'exhérédation successorale suite à l'indignité successorale.

Tout ce désordre a emmené cette famille à demeurer dans les conflits qui nécessitaient l'intervention du juge qui, partagé entre deux cultures, a agi selon l'équité, les principes généraux du droit pour que la paix puisse régner dans cette famille¹⁴.

Il faut relever que la décision rendue par la Cour Suprême aurait connu beaucoup d'épisodes si c'était dans une famille polygamique, car, ici, c'est chaque foyer qui veut tirer l'épingle du jeu successoral et surtout lorsque la dévolution testamentaire est orale. C'est pour cela que, dans certains foyers, le conjoint décide de faire des dons à certaines épouses biens aimées à l'insu des autres et de façon incontrôlable ; on parle des donations entre vifs¹⁵.

L'article 894 du Code civil¹⁶ explique que le donateur se dépouille irrévocablement de la chose en faveur du donataire qui accepte le don. Ainsi, une

¹² LAMPUE (P), « *les rapports de la coutume et de la loi dans le droit des successions en Afrique francophone* », RJPIC, 1972, n°4, Tome 6, PP.833-844.

¹³ CS arrêt n°12/L du 20 février 1997, Affaire Manga Dibombe Richard.

¹⁴ MELONE (S), « *régimes matrimoniaux et droits fonciers en Afrique* », in PENANT, 1971, PP.141-146.

¹⁵ NDING DYATELM, « *la filiation avec mariage : la légitimation, Encyclopédie* » juridique d'Afrique, Tome 6, P.413.

¹⁶ « *La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur au donataire qui l'accepte* ».

donation entre époux pour un bien futur a été révoquée¹⁷ et refusé par le juge dès lors qu'on ne maîtrise pas la valeur du bien. En plus, il peut arriver que le donataire accomplisse l'acte sous seing privé¹⁸ dans des situations pas adaptées à l'égard de certains enfants aussi ce qui émiette le patrimoine du de cujus au moment du partage.

La donation peut également être faite à un tiers dans certaines circonstances que l'article 909 du Code civil proscrit en ces termes « *les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en faveur pendant le cours de cette maladie...* »¹⁹.

B- Les conflits de succession polygamique liés au testament coutumier

Le testament oral est par essence, celui utilisé en droit coutumier, il est basé plus sur la confiance, l'amour d'un parent envers son enfant dont il en fait l'héritier dans la pure tradition africaine, car, encore appelé *nuncupatif*, le testament oral a été

interdit en France sauf dans les circonstances particulières. Le successeur représente en réalité toute la famille et le de cujus dans ses différentes relations, le successeur héritier est donc différent des autres héritiers en habitudes et en caractère.

1- La désignation de l'héritier principal en droit coutumier par les notables.

Le patrimoine selon le droit coutumier, est constitué par un ensemble de biens provenant d'héritages successifs, le chef de lignage ou le successeur n'est autre que le gérant de ce patrimoine qui appartient en réalité à tous les membres du lignage.

Aussi, un héritier désigné dans une famille, n'acquiert pas un droit nouveau l'administration du patrimoine, mais, change tout simplement de mains. La jurisprudence camerounaise avait déjà pris position sur le caractère collectif de la propriété lignagère en ces termes « *considérant qu'en coutume Bamiléké, la propriété étant familiale, collective et gérée par le seul chef de famille, seul le fils aîné ou le fils désigné par le chef de la famille est l'héritier de celui-ci, la succession s'analysant comme un remplacement dans*

¹⁷ CS du Cameroun Oriental, arrêt n°88 du 14 juin 1973 Bull des arrêts, n°24, p.4051.

¹⁸ CS du Cameroun Oriental, arrêt n°78 du 11 mai 1971 Revue camerounaise de droit n°2 p.145.

¹⁹ L'article de 909 du Code civil n'accepte pas les donations qu'une personne mourante fait aux tiers. On estime qu'il n'est plus conscient de ce qu'il dit,

il serait en train de regretter ces donations s'il revenait à la vie sauf dans certaines rémunérations faites à titre particulier se rapportant aux services rendus ou si les dispositions faites sont destinées aux personnes du quatrième degré sachant qu'il n'existe aucun héritier avant ce degré.

les droits patrimoniaux des autres membres de la famille »²⁰

Il est donc question pour l'héritier de continuer la gestion de plein droit du patrimoine après la mort du pater familias. Tout enfant du de cujus pouvait assumer cette fonction pourvu qu'il remplisse certaines conditions élémentaires exigées par la tradition et surtout son aptitude à diriger la famille toute entière²¹.

Il faut dire qu'en droit coutumier, la désignation d'un héritier principal ou successeur est source de conflits dans les foyers polygamiques, généralement, le de cujus laisse sa dernière volonté soit aux notables, soit aux amis ou alors c'est la société secrète qui aura la responsabilité de désigner le successeur principal. Dès cet instant, commencent les manœuvres dilatoires de corruption, des pratiques maléfiques comme nous le voyons dans les scénarios tels « *la succession de WABO DEFFO* » où le choix du jeune successeur était devenu un marchandage, avec tous les abus, excès sur les différentes veuves dont chacune aimerait que ce soit son fils qui prenne le trône de successeur principal²².

Quand bien même l'héritier est désigné, après toutes ces pratiques maléfiques, de corruption, de tortures morales et physiques, les autres enfants du de cujus sont appelés à l'accepter dans ses nouvelles fonctions de *pater familias* difficiles à gérer²³.

Ebenezer KEPOMBIA écrivain camerounais a présenté dans son scénario intitulé « *foyer polygamique* » la réalité de ce qui se passe dans nos familles polygamiques où après la mort du chef de la famille, nous constatons que les autres enfants et leur mère rendent la gestion de la succession impossible au nouveau successeur.

Le jeune successeur est confronté à une guerre froide qui peut se solder même parfois par sa mort ou alors par sa défaillance constatée effective qui facilite la saisine du juge par les autres enfants pour mettre fin à son règne²⁴.

Mais avant cela, la succession est souvent l'objet de conflits qui tendent à appauvrir le patrimoine commun, des dépenses somptueuses injustifiées, des maladies imaginaires qui font sortir des biens à travers les cessions négociées en

²⁰ CA de Dschang, arrêt n°108 du 11 janvier 1968, NGONGANG OUANDJI (A): « *la dévolution successorale au Cameroun* », RJPIC, 1972, p.648.

²¹ CATALA de ROTON (M.C), les successions entre époux, 2^e édition, Economica, Paris, 1987, p.148.

²² ANOUKAHA (F), Les grandes décisions de la jurisprudence civile camerounaise, 1^{ère} édition, LERDA, 2008, P.1048.

²³ PERRAUD (C), Manuel pratique des successions, 3^e édition, Paris, LGDJ, 1976, P.84.

²⁴ BEAUBRUN (M), L'ordre public successoral, thèse de doctorat, Paris II, 1979, P.74.

fait, tout se passe comme s'il fallait évincer le successeur de ses fonctions afin de le déclarer incapable et déchu balayant parfois les dernières volontés du de cujus.

2- La désignation de l'héritier principal en droit coutumier par le de cujus.

Il est généralement possible et admis que le de cujus laisse de son vivant son successeur, dans la tradition Bamiléké où cette pratique est de droit, le père de famille avant sa mort, désigne un enfant en dehors de l'aîné qui, pour des raisons inconnues, est exclu de la succession, qui sera le pater familias. Il faut noter que cet enfant peut être le dernier né de la famille ; c'est une question de confiance et d'amour éprouvé envers l'enfant via sa mère²⁵.

La succession ici, est une prédominance de la transmission des fonctions sur celle des biens, c'est pour cela qu'un enfant dès qu'il est né viable, peut devenir successeur, quid à ce que sa mère le représente partout où il y a lieu pour cause de minorité à l'exemple de la fameuse histoire du « *roi des Bamoun NJOYA* » qui avait pris le trône à l'âge de quatre ans, mais, dont le pouvoir était exercé par sa mère.

Dans la société traditionnelle, le successeur sera chargé aussi bien du culte des ancêtres que de l'administration des biens indivis. Mais, avec le modernisme, la connaissance de la valeur des biens, les héritiers ont appris à sortir de l'indivision afin de mieux exploiter ce qui leur appartiendrait en toute liberté. Si on se réfère à l'article 815²⁶ du Code civil qui prône la sortie de l'indivision, que le partage peut être provoqué à tout moment, sauf convention entre les cohéritiers ; en fait pour leurs intérêts, les cohéritiers doivent s'activer pour demander le partage. Aussi, naîtront les contestations pour la gestion des biens communs²⁷ comme nous l'avons constaté dans l'affaire NGUIMATSIA ZEBAZE Grâce dont ses frères lui reprochent de dilapider les fonds provenant de l'héritage indivis.

Il faut remarquer que les familles « modernes » n'admettent plus la personne de l'héritier principal encore appelée successeur désigné par le de cujus ou par les notables, car, dans beaucoup de successions, l'héritier principal a été contesté par sa propre famille pour la gestion des biens de la succession en ceci qu'il y a une confusion entre le successeur désigné par le de cujus ou le conseil de

²⁵ GUILLEC (Y), De l'administration des successions indivises, Thèse, Paris, 1930, P.96.

²⁶ Article 815 du Code civil : « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision... »

²⁷ CA de Yaoundé, arrêt n°160 du 15 juin 1991, inédit.

famille qui est, en droit moderne, l'administrateur des biens de la succession²⁸.

L'administrateur des biens, selon le droit moderne, a l'obligation de rendre compte de sa gestion devant le conseil de famille ou devant le juge, car, sa désignation est approuvée par le tribunal d'après les propositions du conseil de famille, ses pouvoirs et ses obligations délimitées sont bien définis.

Il n'est pas forcément le descendant direct, en cas de minorité des enfants, la femme devient administrateur des biens jusqu'à la majorité des successeurs directs. Elle ne peut pas disposer ni aliéner certains biens du patrimoine.

Par contre, le fait que l'administrateur principal ait des obligations, n'exclue pas que sa responsabilité soit engagée et qu'il y ait contestation pour sa gestion. Dès cet instant, le conseil de famille peut saisir le tribunal pour constater sa déchéance. Ainsi, la succession de FOU DA André²⁹ à Yaoundé, fut l'objet d'un blocage pendant plusieurs années à cause de la désignation par le de cujus lui-même d'un de ses fils comme administrateur des biens indivis de la succession.

En l'espèce, FOU DA André avait accumulé beaucoup de biens qu'il partagea de son vivant à chacun de ses fils, en vieux sage, il avait voulu conserver certains biens indivis de la succession qui devraient demeurer le patrimoine familial se transmettant de génération en génération qu'il confia à un de ses enfants.

Lorsqu'il meurt, ses fils n'ont pas acceptés que l'un d'entre eux soit le maître d'une fortune indivise, ils saisirent le juge pour le partage de ces biens en invoquant l'article 815 du Code civil. Le juge tout en faisant application de l'article 815 du Code civil sur l'indivision, avait par là même voie, hypothéqué la dernière volonté du de cujus.

Cependant, le premier juge de la Cour³⁰ d'Appel de Yaoundé avait refusé la sortie de l'indivision parce qu'il tenait sûrement à respecter la volonté du de cujus qui très lucide avait partagé avec succès son héritage en préservant tout simplement le patrimoine indivise qui devient comme un bien fidéicommissaire, c'est-à-dire un bien

²⁸ MEBOUTA Myriam Annie, La succession dans la famille polygamique au Cameroun, Thèse de doctorat en Droit privé, FSJP, Université de Bangui (RCA), P.82.

²⁹ CS arrêt n°13/L du 22 novembre 1984 inédit. (FOLIDA André était un célèbre maire à Yaoundé après l'indépendance du Cameroun).

³⁰ CA de Yaoundé arrêt n°375 du 4 mars 1984 inédit.

que l'on utilise à charge de transmettre à une autre personne future³¹.

En d'autres termes, la volonté du de cujus a toujours causé des conflits, car, ce qu'il aime avec tant de passion n'est toujours pas bien apprécié par ses héritiers et surtout sa volonté ne cadre pas forcément avec l'évolution de la société moderne, ou alors avec les aspirations de ses héritiers en ce sens que le partage avait été fait selon les normes légales en conservant un patrimoine indivis, suite aux conditions de constitution des testaments, il est préférable que sa succession soit réglée *ab intestat*³².

C- Les conflits indirects dans le règlement de la succession ab intestat de la famille polygamique

La volonté du de cujus tant orale qu'écrite, a montré ses failles dans le règlement de la succession, au point où il serait préférable de confier sa succession au législateur, qui, selon qu'il se trouve en droit moderne ou en droit coutumier, il pourra appliquer la loi et n'accepter que les pratiques qui cadrent avec l'ordre public et les bonnes mœurs. La dévolution ab intestat est purement légale d'où la nécessité de remplir toutes les conditions de droit

moderne liées au règlement de la succession³³.

1- Les conditions requises pour succéder dans la dévolution légale

Pour recueillir une succession, il faut d'abord avoir une vocation successorale c'est-à-dire il faut être appelé par la loi à recevoir la succession des biens d'une personne décédée, il faut en outre exister et ne pas être indigne³⁴.

Parlant de l'existence, on dirait qu'une personne ne peut avoir vocation héréditaire que si elle existe nécessairement au moment de l'ouverture de la succession, c'est en ces termes que l'article 725 alinéa 1^{er} du Code civil développe cette idée.

Il s'agit de l'existence juridique en non physique, c'est-à-dire l'aptitude à acquérir les droits, c'est pour cela qu'un enfant mort-né ou né vivant mais non viable est incapable de succéder. Par contre, l'enfant conçu est réputé né toutefois qu'il y va de son intérêt d'où la maxime « *infans conceptus pronato abetur quoties de comoditis ejur agitur* »

Des hésitations sont faites sur le cas des enfants dont la naissance est médicalement assistée post mortem, ces

³¹ ELLA (T), Le règlement des successions au Cameroun, Thèse de doctorat, Paris II, 1994, P.83.

³² CARBONNIER (J.), Flexible droit, 3^e édition, LGDJ, Paris, 1983, P.133.

³³ BERNABENT (A), Droit civil, la famille, 8^e édition, LITEC, Paris, 1997, P.110.

³⁴ ABITOL (E), « *La famille conjugale et le droit nouveau du mariage en côte d'Ivoire* », penant, 1966, PP.46-49.

enfants sont considérés comme en droit positif, non existants au moment de l'ouverture de la succession de leur père³⁵. Ils ne répondent pas à la maxime *infans conceptus* c'est-à-dire l'enfant dont l'existence est effective sous réserve de sa naissance viable et de son indignité.

Quant à l'indignité, défini selon l'article 727 du Code civil, l'enfant indigne est celui qui a tué ou tente de tuer son père et dont la condamnation a été effective qu'il soit autre principal ou complice. Par ailleurs, l'enfant est déclaré indigne lorsqu'il a porté contre le de cuius, des accusations ou des dénonciations calomnieuses ou alors il a refusé de dénoncer le meurtrier du de *cuius*³⁶.

Dans tous les cas, il doit être condamné définitivement tant par la loi que par le clan social. La conséquence d'un enfant dont l'indignité est établie, est qu'il est exclu de la succession de son père et déchu de ses droits ; il doit restituer les droits si son indignité est déclarée après le partage, car, il ne faut pas perdre de vue que l'indignité est rétroactive.

Mais, il peut également bénéficier de ses biens à travers la représentation en

venant comme petit fils à la succession de son propre père. Tout ceci a pour but de protéger le patrimoine familial de génération en générations³⁷.

Les premières conditions de la succession à savoir existence et indignité, causent moins de problème. Pourtant, il faut examiner les conflits de la succession à travers la détermination des héritiers selon l'ordre, le degré et l'état des successibles.

2- La détermination des héritiers successibles dans les successions ab intestat

La détermination des héritiers nous renvoie à dire à qui le droit accorde-t-il les biens de la succession ? pour cela, le Code civil, afin de déterminer les héritiers, exprime solennellement dans l'article 732³⁸ que la loi ne tient pas compte de la nature, ni l'origine du bien, mais, cet article trouve son interprétation plus dans la dissolution que dans le partage.

Déterminer les héritiers, c'est décider quels parents sont appelés à la succession, or, en présence de deux parents candidats à l'héritage, la loi tantôt préfère l'un à l'autre, tantôt les appelle l'un et l'autre. Les dispositions se répartissent entre les règles

³⁵ C'est le cas par exemple d'une insémination *post mortem*. On prélève le sperme du père qui meurt avant la pratique de l'insémination artificielle.

³⁶ MEBOUTA Myriam Annie, La succession dans la famille polygamique au Cameroun, Op.cit, P.85.

³⁷ AGBEKPONOU KOUEVI, « La vocation successorale de la femme dans le droit togolais des successions », in PENANT, 1988, PP.786-798.

³⁸ L'article 732 du Code civil énonce : « la loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour régler la succession »

de la hiérarchie et les règles d'égalité, l'héritier sera connu en fonction des principes directeurs et des principes correcteurs³⁹.

➤ ***Les conflits de succession selon l'ordre et le degré des successeurs dans les successions ab intestat au Cameroun***

Les principes directeurs de détermination des successeurs sont régis selon l'ordre, le degré et l'état des personnes. Selon l'ordre, on a distingué quatre groupes à savoir, l'ordre des descendants. Le tout premier composé des enfants, petits-enfants arrière-petits-enfants. Les conflits sont très réguliers dans cet ordre entre enfants légitimes et enfants naturels comme nous l'avons vu précédemment. Le deuxième ordre composé des ascendants privilégiés père et mère et les collatéraux privilégiés (frères et sœurs avec leur descendants nièces et neveux). Le troisième ordre regroupe les ascendants ordinaires grands-parents, arrière-grands-parents ; et enfin le quatrième ordre non négligeable est composé des collatéraux ordinaires c'est-à-dire oncles, tantes, cousins et cousines⁴⁰.

Ce dernier ordre est appelé à la succession lorsqu'il n'y a ni descendants, ni

ascendants ou collatéraux privilégiés, l'ordre successoral allait jusqu'au douzième degré qui correspondait aux arrière-petits-fils de cousins issus de germains⁴¹. Mais, une loi du 31 décembre 1917 en France a ramené le seuil de successibilité au sixième degré, car, la famille au douzième degré est comme un étranger à la succession, il peut arriver qu'on soit appelé à recueillir une succession dont on ne connaît même les origines du de *cujus*.

En Afrique, précisément au Cameroun où le droit coutumier est ancré, il est difficile d'établir le lien de famille successoral jusqu'au douzième degré. L'on se limite souvent à faire croire aux yeux du monde que c'est la famille, mais au moment du partage la succession, l'état se resserre et la succession est restée uniquement la propriété des successibles directs nécessaires.

Il faut comprendre que le législateur a finalement retenu cinq ordres d'héritiers, car, le conjoint survivant constitue en quelque sorte un quatrième ordre intercalé entre celui des ascendants ordinaires et celui des collatéraux ordinaires.

³⁹ BATOUM (MPF), « plaidoyer pour la réhabilitation de la règle "option de juridiction entraîne option de législation" », *juridis périodique*, N°42, PP.73-86.

⁴⁰ BINET, « *Le régime successoral chez les Duala au Cameroun* », in PENANT 1995, PP.33-40.

⁴¹ GRIMALDI (M.), *droit civil, les successions, les libéralités*, 6^e édition, LITEC, 2001, Paris, P.109.

Selon le classement par degré, l'idée est qu'au sein d'un même ordre, l'héritier le plus proche en degré exclu tous les autres (*articles 734⁴² et 746⁴³ du code civil*). Néanmoins, ils sont du même ordre et ils se partagent la succession par parts égales, par tête ; on dit qu'ils sont classés *ex sequo*, car, entre ces deux parents l'affection est la même et le devoir est plus vif.

Les conflits de succession selon l'ordre et le degré naissent lorsque les parents ne respectent pas soit leur ordre successoral, ou alors leur statut au sein d'un même ordre. On a vu des conflits de succession opposant un enfant légitime à un enfant naturel⁴⁴, la Cour Suprême⁴⁵ chaque fois a voulu établir l'équilibre⁴⁶ quel que soit le type de succession, traditionnelle ou ab intestat, c'est le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs qui est prôné.

On a également relevé les conflits de successions entre les enfants légitimes et les collatéraux⁴⁷ et surtout entre les enfants

et le conjoint survivant qui pouvait tantôt être écarté de la succession comme dans l'affaire ELOTO ATOUBA contre ESSO MINTOUTOU David⁴⁸ au profit des enfants, mais, il pouvait arrivé que le conflit se solde par la victoire du conjoint survivant⁴⁹ au détriment d'un enfant naturel non reconnu qui croyait faire valoir ses droits dans la succession de son père.

➤ *Les conflits de succession selon l'état des personnes dans les successions ab intestat au Cameroun*

Le principe de succession selon l'état des personnes est posé par l'article 745 du code civil alinéa 1^{er} en ces termes : les descendants succèdent « *sans distinction de sexe, ni de primogéniture* » et les descendant, héritent encore qu'ils soient issus des différents mariages, c'est-à-dire point de faveur envers les secondes noces.

Ainsi, la Cour Suprême à chaque fois qu'elle est saisie pour les conflits de succession relatifs à la discrimination du

⁴² L'article 734 du Code civil énonce « *cette première division opérée entre les lignes paternelles et maternelle, il ne se fait plus de division entre les diverses branches ; mais la moitié dévolue à chaque ligne appartient à l'héritier ou aux héritiers les plus proches en degré, sauf le cas de la représentation ainsi qu'il sera dit ci-après.*

⁴³ L'article 46 du Code civil dispose « *si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendant d'eux, la succession se divise par moitié entre les ascendants de la ligne maternelle. L'ascendant qui se trouve au degré le plus proche recueille la moitié affectée à sa ligne, à l'exclusion de tous les autres. Les ascendants au même degré succèdent par tête* ».

⁴⁴ Cour Suprême arrêt n° 47 du 8 février 1979, affaire TIMANO Chrétien contre SELAM Jeannette.

⁴⁵ Cour Suprême arrêt n° 80/0L du 07/08/2003 affaire FOKOUA née MANEDJOU.

⁴⁶ La succession SOPPO PRISO, depuis 1996 en instance dans nos juridictions tantôt modernes, tantôt traditionnelles.

⁴⁷ Cour d'Appel du Centre, arrêt n° 504 civ. du 28 février 2005 affaire TCHOGINA Jean et encore cette décision de la Cour Suprême n° 97 du 10 janvier 1961, PC contre NDOUM D.

⁴⁸ CA arrêt 85/L du 18 août 1983 affaire ELOTO ATOUBA contre ESSO MINTOUTOU.

⁴⁹ CS arrêt n°37 du 30 mai 2002 affaire MBEZELE contre MBAZOA M.

sexe ou à la primogéniture, s'est montrée très sévère, car depuis 1968⁵⁰, le célèbre attendu de la Cour Suprême était libellé en ces termes « *c'est à bon droit que l'arrêt a écarté l'application de la coutume qui fait une discrimination entre les héritiers selon leur sexe et a décidé que la jeune EYOUM EBEGNE, fille légitime du défunt, seule héritière en ligne directe était habile à recueillir la succession, et à écarter EYOUM TOUBE Guillaume de la succession de son frère MOUKOKO EYOUM TOUBE* ».

Plusieurs autres décisions⁵¹ ont été prises dans ce sens par les juridictions et allant toujours dans le même sens⁵² et aujourd'hui, le problème de discrimination selon le sexe ou l'âge ne se pose plus dans nos successions.

Dans le cas du conjoint survivant, les conflits de succession sont nés surtout chaque fois que la veuve se trouvait écartée de la succession de son mari. Et la Cour Suprême⁵³ s'est trouvée obligée d'intervenir à bon droit en faveur de la vocation successorale d'une veuve qui réclamait les biens de son mari décédé ces

termes « *... sur le second moyen pris en violation des textes.... En ce que l'arrêt attaqué a procédé au partage des biens de la succession... alors que la coutume Bafang qui est la celle du défunt ignore la pratique du partage, la succession revenant à un seul héritier, attendu qu'en procédant au partage des biens entre la veuve et le frère du défunt, celui-ci, l'arrêt attaqué a donné une base légale à cette décision* ».

De la même manière, la Cour Suprême dans les arrêts ZANG et EBONGUE NJAMBE, avait donné plus de précision et de portée au principe reconnaissant à toutes les veuves du polygame décédé, le droit d'hériter de leur mari décédé ainsi que les différentes quantités recueillies en présence des autres héritiers possibles.

A partir du moment où la Cour Suprême a installé le principe de reconnaissance de participation de la femme dans l'accroissement du patrimoine successoral dans les arrêts EDING⁵⁴, DAYAS⁵⁵, BOUM⁵⁶ et autres, le problème ne se pose plus sur la vocation héréditaire

⁵⁰ CS Arrêt n° 157 du 28 juin 1968, affaire EYOUM contre EYOUM TOUBE.

⁵¹ CS arrêt n°65/2 du 11 mars 1988 affaire TCHAMBA Pauline contre JEUHON Pierre.

⁵² CA Douala arrêt n° 21 du 23 novembre 1995 MP contre NDJANA et dame NANGA. Dans le même sens, CS arrêt n° 363 du 29 sept 2005 affaire NJIKEUTCHI contre NGUIMATSIA ZEBAZE.

⁵³ CS arrêt du 30 septembre 1972 ; et surtout CE arrêt du 14 février 1974 dans la même affaire (*arrêt de*

rejet) ; CS arrêt du 30 juin 1974 ; et enfin CS arrêt n° 14/L du 09 décembre 1979.

⁵⁴ CS arrêt n° 138/LC du 6 juin 1967.

⁵⁵ CS arrêt n° 2530 du 12 janvier 1971 affaire DAYAS KOTTO Loth contre DAYAS MOUTO Christine.

⁵⁶ CS arrêt du 25 octobre 1973 affaire NGO MBOCK contre BOUM.

du conjoint survivant en usufruit ou en pleine propriété.

Les conflits de succession ab intestat d'origine coutumière sont réglés selon le droit moderne où la jurisprudence s'attarde à appliquer la loi selon l'équité, l'ordre public et les bonnes mœurs.

Néanmoins, les conflits dans les successions sont toujours présents dans nos juridictions comme le disait d'ailleurs Antoine DE SAINT EXUPERY que là où il y a vie il y a conflit, tout simplement parce que les êtres humains ignorent leurs droits élémentaires.

Ainsi, pendant qu'on croit résoudre les conflits de succession en respectant les conditions de règlement d'une succession, ou alors les conditions de successibilité, l'on peut se confronter aux problèmes liés au statut juridique des intervenants successibles, au non-respect de l'ordre ou du degré successoral, mais aussi et surtout se heurter à la non maîtrise de la masse successorale à partager.

II-Les conflits indirects portant sur la complexité de la masse partageable dans les successions au Cameroun

La liberté de la dévolution successorale n'est pas absolue ; elle est bornée par un ordre public successoral soumis au respect de l'ordre public politique tendant surtout à assurer la défense de l'institution jugée essentielle pour la société à travers l'égalité des enfants et la liberté de circulation des biens. Cela se traduit par les interdictions qui sont propres à l'ordre public ainsi que certaines défenses. L'ordre public successoral est essentiellement législatif et se manifeste à travers trois composantes dont l'institution de la réserve héréditaire, la prohibition des pactes sur succession et aussi la prohibition des substitutions fidéicommissaires⁵⁷.

La majorité des conflits dans les familles successorales au Cameroun, sont liées au non-respect des constitutions des défenses (A) et interdictions (B) se traduisant par les clauses sur la masse successorale partageable, car, il faut dire que la manière de donner ou de léguer un bien est soumise à des conditions draconiennes dont la violation est sujette aux contestations familiales.

⁵⁷ DOUMBE MOULONGO (M), Les coutumes et le droit au Cameroun : Etudes et documents Africains, Edition CLE, 1^{ère} édition, 1972, P.91.

A- Les conflits de succession liés au non-respect de l'ordre public successoral au Cameroun

L'ordre public successoral est régi par le Code civil qui dans son développement, a distingué la réserve héréditaire qui enferme le droit de disposer le titre gratuit dans une limite quantitative, si un parent se mettait à céder tous ses biens à titre gratuit que recueilleront ses enfants⁵⁸.

De la même manière, un parent ne peut pas décider du sort de ses biens pour plusieurs générations sous prétexte que c'est lui qui les a acquis durant son existence. Ainsi, la violation à toutes ces réserves clauses et interdictions entraînerait les conflits et surtout un désordre dans le partage des biens de la succession⁵⁹.

1- Les conflits de succession liés au non-respect des conditions de constitution de la réserve héréditaire

La réserve héréditaire est la portion des biens dont une personne ne doit disposer à titre gratuit et qui se trouve « réservée » à ses héritiers « réservataires ». Le surplus laissé à sa disposition constitue

la quotité disponible. Si le de cujus ou disposant outrepassé cette quotité disponible, ses héritiers réservataires pourront à son décès demander la réduction des libéralités excessives.

Selon l'idée de l'article 913 et suivants du Code civil⁶⁰, la réserve est une manifestation de l'ordre public, puisqu'elle borne la faculté de disposer d'une personne jouissant d'une entière capacité. Elle limite la plénitude de sa propriété et de sa liberté contractuelle, car, il est exigé du de cujus le respect de certains taux et surtout les personnes à qui il doit disposer de la réserve sous peine de sanction.

A partir du moment où on justifie l'héritage par des considérations économiques et psychologiques, la notion de réserve est plus applicable dans les successions testamentaires. Néanmoins, la réserve héréditaire étant un instrument de conservation des biens familiaux, elle contribue pour cela à la cohésion du groupe familial. L'union des personnes étant fortifiée par l'union des intérêts à travers ce qu'un auteur⁶¹ a appelé « *solidarité pécuniaire et solidarité affective* », elle est

⁵⁸ MAZEAUD (A), Le partage partiel, Thèse, Paris II, 1983, P.56.

⁵⁹ BISSEK (D), Les successions en pays Bassa : Rapport de fin de Licence en droit privé, UFC, Yaoundé, 1971, P.72.

⁶⁰ L'article 913 du Code civil énonce : « *les libéralités soient par actes entre vifs, soit par*

testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime, le tiers, s'il laisse deux enfants, le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre... ».

⁶¹ ELLA (Th.), op. cit., P.85.

de ce fait, également retenue et exigée dans les successions ab intestat.

La réserve est également l'expression d'un devoir d'assistance économique qui existe entre deux proches parents tous tenus, les anciens envers les jeunes générations, à travers une obligation alimentaire ou une partie du capital laissé par le de cujus.

En clair, la réserve constitue une entraide entre les générations d'une famille. C'est pour cela qu'il faut respecter les taux de sa constitution de peur de laisser ses héritiers démunis et en détresse⁶².

La réserve héréditaire étant une source d'entraide familiale qui limite la liberté contractuelle et individuelle du de cujus vise uniquement les héritiers réservataires, c'est-à-dire les descendants légitimes, naturels ou adoptifs et ceux de qui l'on tient la vie, donc les ascendants. Elle ne concerne pas les collatéraux mêmes privilégiés ou encore moins le conjoint survivant : ceux-ci sont sujet d'exhérédation.

Le taux de la réserve héréditaire a été défini et analysé selon un auteur, qui a d'abord considéré l'ensemble des biens et a fixé « la réserve à une quote-part de cet

ensemble, quote-part qu'il faut ensuite répartir entre les réservataires ; on est alors conduit à distinguer entre la réserve globale et les parts de réserve individuelle »⁶³.

Il faudrait en réalité, respecter les taux selon que l'on est devant la réserve des descendants ou celle des ascendants, en respectant le plancher qui garantit la liberté testamentaire des fondateurs de la famille. Ainsi, l'a décidé la Cour de cassation française en 1818, dans l'arrêt LA ROQUE DE MONS⁶⁴, que la renonciation de l'un des enfants est sans influence ; le renonçant compte pour la détermination du taux de la réserve. Dès lors, si l'un des trois enfants renonce, la réserve globale qui se partagera entre les deux autres reste égale aux trois quarts.

Le problème du taux de la réserve héréditaire défraye la chronique en droit écrit, car, le législateur est parfois embarrassé devant les descendants et leurs représentants. Selon l'article 913 alinéa 1^{er} du Code civil, les descendants qui sont au-delà du 1^{er} degré « *ne doivent être comptés que pour l'enfant dont ils tiennent la place dans la succession du disposant* ». Le taux est donc déterminé par souches sans distinguer que, dans telle ou telle d'entre elles, les descendants plus éloignés

⁶² MEBOUTA Myriam Annie, La succession dans la famille polygamique au Cameroun; op cit, P.92.

⁶³ GRIMALDI (M.), op. cit., p. 290.

⁶⁴ Cass. Civ., 18 février 1866. D. Pér. Gen. V. succ., Chroniq. n° 1028; Civ. 13/08/1866 D.P. 1866, 1.465, SS. 1866.363 GAT.1 1 n° 136.

viennent de leur propre chef ou par représentation⁶⁵.

D'une manière générale, le taux de la réserve héréditaire est composé de la quotité disponible ordinaire⁶⁶ et de la quotité disponible entre époux qui varie, selon que l'on est en présence des descendants, la moitié ou les trois quarts en pleine propriété, alors qu'en présence des ascendants on aura la moitié ou le quart en nue-propriété.

Les conflits de succession relatifs au non-respect du taux de la réserve héréditaire sont rares en droit traditionnel. Par contre, en droit moderne on procède à la réduction des libéralités, même les donations entre époux. La violation de la réserve héréditaire est assimilable à une transmission non justifiée de la chose d'autrui. Ainsi, l'a décidé la Cour Suprême

en 1979⁶⁷ qui, à première vue, semblait contredire l'article 895 du Code civil aux termes duquel le testateur est maître son patrimoine⁶⁸ il a le droit de faire de ses biens ce qu'il veut pourvu qu'il préserve les normes légales.

2- Les conflits de succession liés à l'illettrisme du de cujus sur la masse partageable

Les conflits de succession peuvent naître dans ce sens à partir du moment où l'un des cohéritiers ou un autre successeur recueille un objet qui avait preuve de donation⁶⁹ ou de legs⁷⁰ et, surtout, si le donateur avait fait des dons touchant la réserve héréditaire ou dépassant la quotité disponible.

Dès cet instant, les héritiers réservataires ou alors les créanciers

⁶⁵ Contra, Rennes, 29 oct 1986. JCP n° 87 p. 249 note crit. Raymond LEGUIDEC. Lorsque les petits-enfants viennent de leur propre chef, chacun compte pour son enfant. Mais la solution est insoutenable d'autant qu'avant 1972, la règle, qui figurait à l'article 913, visant l'enfant ainsi que les descendants plus éloignés « *représentants* ». C'est précisément pour lever cette ambiguïté que la loi du 3 janvier 1972, en même temps qu'elle transportait la règle à l'art 913-1 a substitué au mot « *représentant* » les termes « *tiennent la place* ».

⁶⁶ Elle est composée de la réserve des descendants globale ou individuelle et de la réserve des descendants. La réserve globale est fonction du nombre d'enfants, la moitié si le de cujus ne laisse qu'un enfant tiers s'il en laisse deux, un tiers s'il laisse trois enfants ou plus. Pour la part individuelle, en présence de plusieurs descendants, la réserve se partage dans le respect de l'égalité des souches et des personnes. Par contre, la réserve des ascendants en l'absence de descendants est la moitié du

patrimoine, le quart par ligne, les trois quarts s'il y a une seule ligne.

⁶⁷ CS arrêt n° 77/C du 4 oct 1979 affaires testament DUALA MANGA BELL.

⁶⁸ Dispose de ses biens.

⁶⁹ La donation est un acte qui se fait entre vifs, où le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire car « *donner et retenir nouveau* » est l'adage qui veut que le donateur ne peut plus révoquer unilatéralement le don et ne doit pas le soumettre à certaines conditions et ceci à travers un acte notarié avec l'acceptation du donataire.

⁷⁰ Le legs est une disposition testamentaire qui a pour effet de transmettre à celui qui en bénéficie, c'est-à-dire le légataire, tout ou partie des biens du testament. Le legs a un caractère obligatoire car le légataire doit exister, il doit être certain et désigner avec précision suffisante le legs sur les biens précis, il pourra remplir certaines formalités pour entrer en possession de l'objet.

peuvent entreprendre une action oblique en justice en réduction des libéralités. Cette réduction ne se fera pas par nature, mais en valeur, en commençant par les donations les plus récentes.

En droit traditionnel, le pouvoir économique et financier est très limité, de telle manière que les biens de nos patrimoines suffisent à peine à nos descendants directs. Il serait ainsi difficile d'accorder les libéralités aux tierces personnes. Quand bien même elles sont consenties, elles ne remplissent pas les conditions nécessaires de leur validation, et très vite, elles sont révoquées.

La réduction des libéralités est néanmoins palpable entre le de *cujus* et la conjointe survivante qui bénéficie souvent de certains biens à cause de l'affection particulière que son mari lui aurait doté. La succession⁷¹ d'un grand entrepreneur qui vécut à Edéa, a connu des péripéties allant dans le sens de la réduction des dons dont bénéficiait la cinquième épouse.

En outre, les donations entre vifs, même en respectant le taux de la quotité

disponible ou celui de la réserve héréditaire, doivent respecter les formalités notariales sous peine de nullité en cas de contestation. Selon l'article 931 du Code Civil, « *tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaire, dans la forme ordinaire des contrats, et il en resterait minute, sous peine de nullité* ». Des décisions sont sanctionnées des donations entre vifs pour non respects des formalités⁷².

En droit comparé, la jurisprudence a évolué dans le sens plus positif en accordant à l'héritier réservataire tous ses pleins droits, car, selon l'idée générale de l'article 913 du Code civil, aucune disposition testamentaire ne peut modifier les droits que les héritiers réservataires tiennent de la loi.

Ainsi, la Cour de Cassation française a jugé réductible un legs en usufruit qui « *avait pour effet de priver l'héritier réservataire du droit de jouir et de disposer des biens compris dans sa réserve* »⁷³. En l'espèce, le de *cujus* avait consenti un legs à son petit neveu de l'usufruit d'une exploitation agricole qui excédait la quotité

⁷¹ La succession MATAT Luc a procédé à la réduction des legs consentis entre époux en 2006 lorsque MATAT meurt, il laisse cinq femmes et plusieurs enfants; il procède avant sa mort au partage de sa succession par souche mais en gratifiant à sa dernière femme dont il accordait plus d'affection un fusil de chasse et une voiture, ce qui intrigue le successeur qui, avec l'appui des autres enfants lors d'un conseil de famille, a tout simplement repris ces

biens pour les remettre dans l'indivision successorale.

⁷² Arrêt n° 78 du 11 mai 1971, Bull. des arrêts de la Cour Suprême du Cameroun Oriental, n° 24 p. 3153 ; Revue camerounaise de droit n° 2 p. 145.

⁷³ Cass 1^{ère} civ. 19 mars 1991, Bull. civ. 1 n° 99, D. 1992, som. Com. 229 obs. B. VAREILLE, RTD, civ. 1992, 162 obs. J. PATARIN. Défrénois 1992, art 35408, obs. G. CHAMPENOIS.

disponible, à charge de servir au fils unique du testateur, preneur à bail de l'exploitation, une rente viagère annuelle égale au montant du fermage. Le petit neveu avait pourtant un droit incontestable et surtout issu d'une disposition testamentaire en principe incontestable. Mais, à partir du moment où son leg empiétait les droits de l'héritier réservataire il devrait automatiquement être réduit, alors que le de cujus a testé en toute sincérité et par affection pour son petit neveu ne sachant pas malheureusement que ce don ne respectait pas la quotité disponible.

Pourtant, il faut dire que depuis toujours, la Cour de cassation française s'est prononcée sur la non violation des droits de l'héritier réservataire, en prenant la position suivante en 1857⁷⁴. *« Attendu que de ces dispositions, (art. 913, 920 et 922 du code de Napoléon, il résulte que pour déterminer la réserve des biens délaissés par le testateur, doivent être considérés et évalués suivant leur consistance au moment du décès, d'où la conséquence que si la succession ne se compose que des valeurs en pleine propriété, l'héritier à réserve le droit de retenir ou de se faire délivrer une quotité de ces valeurs en pleine propriété, proportionnellement à l'importance de son*

droit réservé ; qu'il ne peut être tenu de se contenter de valeurs en usufruit auxquelles on donnerait une évaluation distincte de la nue-propriété, afin de les lui attribuer comme constituant en tout ou partie, sa réserve qu'en effet, outre que le texte de la loi ne se prête nullement à un tel mode de formation de la réserve... ».

En tout état de cause, la jurisprudence révoque ou réduit purement et simplement toute libéralité qui empièterait sur la réserve héréditaire ou sur la quotité disponible et qui serait à l'origine des conflits de succession. Par contre, elle veille également à la constitution des pactes sur la succession future.

B- Les conflits directs de la succession liés aux conventions sur la masse partageable

Le pouvoir de la volonté ou alors la liberté de tester a des limites dont le non-respect est source des conflits dans la famille. Le de cujus pense jouir de tout son pouvoir de tester pour poser certaines principes qui paraissent erronés après sa mort. Tantôt en voulant immortaliser certains biens du patrimoine, il condamne les héritiers dans l'indivision successorale où alors, il laisse les clauses sur les biens du

⁷⁴ Cass civ. 7 juillet 1857 : DP 1857, I 348 ; RQ 6 mai 1878 ; DP 1880, I, 345.

patrimoine qui tendent à un testament à l'infini.

1- L'indivision : source de conflits dans les successions au Cameroun

Après le décès du pater familias, les héritiers deviennent de plein droit les propriétaires des biens de la succession. Mais, s'ils sont nombreux, ils ont la copropriété, c'est-à-dire ils sont en indivision successorale autonome et différente des patrimoines personnels des héritiers. L'indivision successorale se confronte à l'indivision coutumière⁷⁵ dans certaines tribus, terrain glissant à raison⁷⁶ ou à tort⁷⁷, la coutume restant parfois muette⁷⁸.

Il s'agit des biens laissés expressément par le de cujus pour la communauté successorale après le partage. Le de cujus a tendance à immortaliser ces biens dans le patrimoine qui, en principe, selon ses dernières volontés, ne devraient pas être cédés ou disposés. Ces biens constituent un patrimoine inaliénable qui

doit être conservé de générations en générations.

Les conflits de succession naissent à partir du moment où le successeur ou l'administrateur des biens désigné par le de cujus est contesté par les cohéritiers qui estiment que sa gestion n'est pas satisfaisante et qu'il serait entrain de dilapider les biens communs de la succession. Les contestations se soldent par la saisine du juge qui procède à l'application des dispositions de l'article 815⁷⁹ du code civil qui énonce la sortie de l'indivision⁸⁰ sauf convention entre les parties. Dès cet instant, la volonté du de cujus n'est plus respectée, lui qui avant sa mort a cru maîtriser son patrimoine en faisant partage selon sa volonté. Il s'avère nécessaire que ce partage soit révisé selon l'ordre public.

La Cour Suprême du Cameroun a procédé à l'application de l'article 815 du Code civil en 1984 dans l'affaire de la succession FOUDA André⁸¹ dont certains

⁷⁵ La société traditionnelle considère le lignage comme une sorte de société permanente où se succèdent les dirigeants dans une indivision générale.

⁷⁶ L'indivision coutumière doit demeurer dans certaines tribus comme à l'Ouest où il existe la société secrète les crânes ne peuvent être conservés que par des héritiers initiés choisis qui doivent garder ces objets sans les partager.

⁷⁷ L'indivision coutumière est à tort et doit obéir aux règles de l'article 815 du Code civil pour la partie du patrimoine non sacré. Il importe d'avoir un

héritier coutumier distinct de l'administrateur des biens, simple gérant.

⁷⁸ CA Yaoundé arrêt n° 135 du 28 avril 1988, la coutume des parties étant muette, le juge recourt au droit écrit.

⁷⁹ L'article 815 du Code civil énonce que nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibition et convention contraire.

⁸⁰ CA Yaoundé, arrêt n°131 du 23 mai 1991, affaire Peute Jacqueline contre Ngouoko Joseph.

⁸¹ Cour Suprême arrêt n° 13/L du 22 novembre 1984, *inédit*.

biens étaient restés dans l'indivision après tout partage fait par le de cujus lui-même.

Dans le même sens, la volonté du de cujus fut outrepassée par la Cour d'appel⁸² du centre à Yaoundé pour une affaire concernant la sortie de l'indivision, les dispositions de l'article 815 du Code civil furent confirmées, car, il s'agit là, des dispositions jugées impératives du Code civil à appliquer. Tant en droit écrit qu'en droit traditionnel, chacun aimerait avoir la propriété de ses biens.

Il y a des cas où certains enfants, parce que naturels, sont exclus de la succession. Mais, avec leurs réclamations⁸³, ils déclenchent la sortie de l'indivision des enfants légitimes et provoquent un nouveau partage qui tient compte de la qualité d'enfants naturels. Dès lors que ce partage n'est pas encore irrévocable⁸⁴, le juge peut reprendre le même partage⁸⁵.

Les conflits de succession liés à l'indivision ont également une origine

consensuelle. L'indivision étant le concours de plusieurs droits de même nature sur un même bien, sans qu'il ait division matérielle des parts, certains auteurs pensent même que l'indivision successorale est une modalité qui est au droit de propriété, ce qu'est au droit de créance la solidarité active⁸⁶. Le bien appartient dans son ensemble à deux ou plusieurs propriétaires, « *chacun en a sa part et tous l'on tout entier* »⁸⁷ Ainsi, lorsqu'il faut prendre une décision de disposition de ces biens indivis, tous les co-indivisaires doivent être unanimes, sinon la vente sera annulée⁸⁸ même si certains juges s'entêtent à confirmer la vente sans le consentement de tous les co-indivisaires⁸⁹.

En d'autres termes, le problème de l'indivision est source de conflits dans la dévolution successorale testamentaire où le de cujus ne maîtrise pas la masse partageable c'est-à-dire les desiderata des héritiers qui, pour un bien taxé indivis par le de *cujus*, en font un autre usage telle qu'une disposition. Sa volonté se trouve

⁸² Cour d'Appel de Yaoundé, arrêt n° 160 du 15 juin 1991, *inédit*.

⁸³ TGI MIFI jugement n°49/civ. du 05 mars 1996 affaire succession FOKAM KAMGA Paul, *Juridique Périodique* avril à juin 1998, p. 44 et ss. Par TIMTCHUENG (M.).

⁸⁴ TJOUEU (A-D) : L'ouverture de la succession, *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Tome 6, droit des personnes et de la famille, NEA 1982 p. 435.

⁸⁵ SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, Tome II, la compétence n° 332.

⁸⁶ CARBONNIER (J.) : *Droit Civil*, tome 3, Les biens, Paris PUF, 18^e éd. 1995, p. 159.

⁸⁷ TIENCHEU NJIAKO (A.) : *Droits fonciers urbains au Cameroun*, Yaoundé PUA, 2003, p. 163.

⁸⁸ Ca CENTRE, arrêt n° 252/civil du 25 mai 2007, affaire Christophe NGAK MAI-TOP contre NOAH Martin Achille. *Jur. Pér.* n° 83, juillet à septembre 2010, p. 48.

⁸⁹ CS Arrêt n° 21/cc du décembre 1997, pourvoi n°65/cc/86-90 du 26 mai 1989, Aff. LOBE EKE Jean contre NTONE EBONGUE Adalbert et autres, in *Revue camerounaise de droit des affaires*, n° 5 octobre-décembre 2000.

ainsi bafouée par les successeurs au point qu'il serait préférable de se réserver de tester, ou de laisser certaines clauses sur le patrimoine ou de désigner certains successeurs contestés⁹⁰.

2- Les conflits internes de succession générés par les clauses patrimoniales

Par respect de certaines considérations morales, tout pacte portant sur une succession non encore ouverte, c'est-à-dire sur la succession d'une personne vivante, est nul. C'est une prohibition générale et répétée selon l'article 1130 alinéa 2 du Code civil qui explique qu'aucune opération n'est possible sur une succession non encore ouverte⁹¹.

Selon l'idée de cet article, même les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successeurs ; on ne pourra même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession ; et on ne pourra vendre la succession d'un homme vivant même avec son consentement.

Toutes ces idées prouvent que le pacte successoral est jugé immoral, car, il traduit un *votum mortis*. En d'autres termes, investir une personne d'un droit dans la succession future, c'est l'inciter à souhaiter la mort du de cujus, sinon à la provoquer. Par ailleurs, le contrat successoral est de nature à tenir en échec les règles de la dévolution légale malgré l'institution de la réserve héréditaire⁹².

Mais, les véritables raisons de la prohibition des pactes sur succession future sont, selon Michel GRIMALDI, la nécessité de protéger l'héritier contre le risque d'abus d'influence ou de lésion car le de cujus « *ne connaissant pas l'étendue de ses droits, surtout s'il n'est pas réservataire, l'héritier pourrait renoncer sous la pression de ses parents ou céder à un tiers ses espérances* »⁹³ pour un profit actuel et immédiat (*il peut même inversement accepter une succession par avance alors qu'il ne connaissait pas son passif*). Ce pacte de corbeaux, *pactium Corvinium*, pourrait ainsi donner lieu à un marché douteux, animé par des chasseurs de successions futures et de présomptifs héritiers en quête de liquidité. Par ailleurs, celui qui dispose de sa succession par

⁹⁰ CA arrêt n°42/L du 18 janvier 1979 : « *est dépassée, la coutume qui interdit le partage des biens.* ».

⁹¹ L'article 1130 alinéa 2 énonce que « *on ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille*

succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit ».

⁹² EFA (J), La dévolution successorale chez les Beti, Mémoire de Licence, Université de Yaoundé, 1974, P.114.

⁹³ GRIMALDI (M.) op. cit., p. 338.

contrat n'y peut plus revenir : la force obligatoire du contrat de l'article 1134 du Code civil le lui interdit⁹⁴.

En clair pour justifier le maintien de l'article 1130 alinéa 2 du Code civil, certains auteurs⁹⁵ évoquent « la *liberté de tester* », car, il ne faut pas qu'une personne se dépouille du droit de disposer par testament de ses biens. Elle peut faire une donation, mais ne peut se lier de sorte que, sans donner un bien, elle s'interdise d'en disposer dans ses dernières volontés⁹⁶.

La jurisprudence a énoncé, d'une manière invariablement depuis 1894 que toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte constitue un pacte sur cession future prohibé par la loi⁹⁷. De la même manière, une donation indirecte d'un bien à exécution à la mort du de cujus est annulé et considéré comme pacte sui succession future. La Cour de cassation française avait annulé la reconnaissance de dette correspondant au cinquième des biens possédés par son auteur à son décès⁹⁸.

Toutes ces clauses sur des successions futures sont nulles, car, elles

sont à l'origine des problèmes dans la famille. A quelques exceptions admises, les pactes sont sanctionnés de la même manière que les substitutions fidéicommissaire⁹⁹.

La substitution fidéicommissaire se définit comme une clause d'une libéralité par laquelle le disposant charge la personne gratifiée de conserver toute sa vie les biens à elle donnés ou légués en vue de les transmettre à son décès à une autre personne désignée par le disposant lui-même. La substitution est en quelque sorte un moyen de conservation du patrimoine familial.

Avec des substitutions à plusieurs degrés on assure l'accroissement progressif de la fortune familiale concentrée entre les mains de l'aîné de chaque génération. La prohibition de ces clauses se fonde sur le souci d'apaiser l'angoisse de la mort ayant pour objet de se donner l'illusion de l'immoralité ; elle procède d'une volonté testamentaire poussée à son paroxysme¹⁰⁰.

Le développement économique et l'accroissement des biens ne permettent plus que le testateur puisse immortaliser un bien qui servira uniquement à l'aîné de

⁹⁴ GRIMALDI (M.) : op. cit., page 339.

⁹⁵ LINDOU, conclusion ch. Mixte 27 novembre 1970, Defrénois 1971 art. 29786. Pourquoi ce Code interdit il de tels pactes ?

⁹⁶ Cass, 1^{ère} civ. 6 février 1996. Buil. civ. n° 67; D. 1997, 369, note Najjar, RTD civ. 1996, 679, obs. J. Patarin D. 1997.som. com. 368 obs. M. GRIMALDI: "contrat dont le caractère irrévocable porte atteinte à la liberté de tester"

⁹⁷ Cass civ. 8 mai 1894, DP. 1894 1. 546.

⁹⁸ Cass 1^{ère} civ. 6 février 1996.

⁹⁹ BRETON (A), Succession et libéralités, 1^{ère} édition, Ed. Montchrestien, Paris, 1980, P.301.

¹⁰⁰ OBLE (J), Le droit des successions en Côte d'Ivoire : tradition et modernisme, les nouvelles éditions africaines, 1984, P.114.

chaque génération de la famille. Les autres enfants se sentiront lésés même si la libéralité respecte la quotité disponible ; cela est source de jalousie entre les enfants tous héritiers d'un même parent¹⁰¹.

En droit traditionnel, où le patrimoine n'est pas consistant, la probabilité d'immortaliser un bien est très faible voire impossible. Avec la croissance démographique, chaque enfant aimerait avoir un bien de la succession de son père, il y a lieu d'éviter les conflits de succession inutiles.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, les conflits indirects de la succession polygamique liés à la volonté du défunt au Cameroun constituent jusqu'à nos jours une préoccupation fondamentale et présentent un double visage.

D'une part, le testament étant une volonté de la personne révocable à tout moment, le testateur peut modifier ses paroles jusqu'à la dernière minute. L'acte de manifestation de la volonté qu'il soit écrit ou oral selon l'essence de la coutume, génère les conflits dans les familles polygamiques, car, il est soumis au respect des conditions pour sa bonne conduite,

encore qu'une succession nécessite la liquidation de la communauté et le partage des biens, même en l'absence du testament¹⁰².

D'autre part, l'ordre public successoral est essentiellement législatif et se manifeste à travers trois (03) composantes dont l'institution de la réserve héréditaire, la prohibition des pactes sur succession et la prohibition des substitutions fidéicommissaires. La majorité des conflits dans les familles successorales au Cameroun sont liés au non respect des constitutions des défenses et interdictions se traduisant par les clauses sur la masse successorale partageable, car, la manière de donner ou de léguer un bien est soumise à des conditions draconiennes dont la violation est sujette aux contestations familiales¹⁰³.

Il apparaît donc en conclusion, que les conflits indirects de la succession polygamique liés à la volonté du défunt au Cameroun sont complexes. Ils sont parfois également indépendants de la volonté directe du de cujus qui peut se trouver enrôler dans les pratiques d'un groupe

¹⁰¹ MEBOUTA Maryam Annie, op cit, P.102.

¹⁰² NKOU MVONDO (P), Le dualisme juridique en Afrique Noire francophone : Du droit privé formel au droit privé informel, Thèse, Strasbourg, 1995, P.89.

¹⁰³ POUGOUE (P.G), La famille et la terre, Essai de contribution de la systématisation du droit privé au Cameroun, Thèse, Bordereaux 1, 1977, P.87.

social aux croyances conflictuelles pour l'avenir familial¹⁰⁴.

Il est donc indispensable, pour plus d'efficacité de faire recours aux tribunaux, qui, malgré leurs positions divergentes sur les conflits internes indirects de la polygamie, finissent par trouver des solutions médianes aux familles en conflits.

¹⁰⁴ BOKALLY (V.E), « *La coutume, source de droit au Cameroun* » in *Revue générale de droit*, 1997, PP.37-69.

LES LIMITATIONS DES DROITS FONDAMENTAUX EN PERIODE DE LUTTE CONTRE LE TERRORISME AU BURKINA FASO ET AUX ETATS-UNIS.

Kibessoun Pierre Claver MILLOGO

Docteur en Droit public

*Chercheur au Centre National de la Recherche Scientifique et Technologique (C.N.R.S.T.)
à l'Institut des Sciences des Sociétés (I.N.S.S.)*

RÉSUMÉ

Le terrorisme est une menace très ancienne qui existe depuis le premier siècle de notre ère. Mais ses formes actuelles ont varié et aujourd'hui on parle plutôt de terrorisme de masse ou d'hyper-terrorisme. Pour affronter cette menace, les Etats ont recours à divers procédés juridiques dont l'état de siège, l'état d'urgence, les pouvoirs exceptionnels des Chefs d'Etats et les législations d'exceptions.

Mais la question de la limitation des droits fondamentaux en période de lutte contre le terrorisme est problématique. Elle entraîne bien souvent des dérives ainsi que les cas burkinabè et américain le démontrent.

Au total, il n'existe pas de hiérarchie entre les deux impératifs que sont la répression du terrorisme et la protection des droits fondamentaux. Dans un Etat de droit, les garanties sont les mêmes pour tous et les règles de l'Etat de droit visent à protéger la liberté des citoyens.

Mots clés : Terrorisme-Libertés-droits fondamentaux-Limitations-pouvoirs exceptionnels-Etat de siège-Etat d'urgence-extrémisme violent.

INTRODUCTION

L'État moderne doit faire face à de nombreux défis contemporains parmi lesquels figure le terrorisme national et international¹. Un peu partout à travers le monde, de nombreux Etats doivent affronter cette nouvelle menace qui affecte leur existence même. On peut mentionner, au titre des régions concernées depuis la nuit des temps, l'occident et des pays comme la France, les Etats-Unis ou encore le Royaume Uni. Au Sahel, la menace concerne désormais outre des pays tels que l'Algérie, la Tunisie, l'Egypte et la Mauritanie, le Niger, le Mali et le Burkina Faso ou encore la Cote d'Ivoire et plus récemment le Togo et le Bénin.

Mais les Etats ne sont pas démunis face au terrorisme. Ils essayent de l'affronter en encadrant les droits fondamentaux et en les limitant allant même parfois à contre-courant des principes parfois fondamentaux de l'Etat de droit². Selon le système de droit auquel se rattachent les différents Etats, ils peuvent ou bien user des dispositions constitutionnelles comme dans les pays de tradition romano-germanique ou bien user des législations

spécifiques dans les pays de Common law. Il en résulte de nombreuses violations des droits fondamentaux qui sont relevées le plus souvent par les activistes ou les ONG de défense des droits humains³ présents dans de nombreux pays à travers le monde. Mais la question prend un relief particulier lorsque ce sont les autorités gouvernementales qui prônent en même temps le discours de l'Etat de droit qui sont en même temps à l'origine de ces violations des droits fondamentaux. La question donc des limitations des droits fondamentaux en période de lutte antiterroriste n'est pas la question des limitations habituelles des droits fondamentaux. Elle est problématique.

La limitation des droits fondamentaux renvoie à l'idée de restreindre dans le but de priver certains individus ou tous les individus du bénéfice de certains droits. La limitation des droits est un pouvoir souverain de l'Etat sous réserve des Conventions internationales lesquelles mentionnent certains droits intangibles qui ne peuvent faire l'objet de restrictions quelque soient les circonstances y compris la lutte contre le crime organisé ou la lutte contre le terrorisme national et international⁴. Selon la Convention

¹ Pierre Claver Millogo, *Le droit au procès équitable à l'épreuve de la répression du terrorisme international : apports et influences de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Ouagadougou, Harmattan, octobre 2017, 216p.

² Jacques Chevallier, *L'Etat de droit*, Paris, P.U.F., 1992, 160p.

³ Human Rights Watch, Amnesty International, la FIDH, le MBDHP notamment.

⁴ Cf la loi du 6 juin 2022 portant habilitation du gouvernement de la Transition du Burkina à

européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁵ et la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples⁶ à laquelle le Burkina Faso est partie, les droits intangibles quelque soient les circonstances sont : le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des peines et traitements cruels, inhumains et dégradants, l'interdiction de l'esclavage et la non rétroactivité de la loi pénale. Selon ces conventions internationales, en aucun cas les procès ne devraient être inévitables même en matière de lutte antiterroriste. La notion de droits de l'Homme a fait l'objet d'une littérature immense⁷. La notion contemporaine est celle des droits fondamentaux. Le concept

de droits fondamentaux n'a rien de simple. Son apparition dans le langage juridique français est plutôt récente⁸. La notion de droit fondamental est d'origine allemande. A ce sujet, les auteurs rappellent très souvent la filiation qui existe entre les droits fondamentaux et les *Grundrechte* allemands. C'est ainsi que Louis Favoreu expliquait que cette expression avait un sens précis prévu par la Constitution en Allemagne fédérale⁹. Il s'agit de l'idée que les droits fondamentaux représentent une catégorie générique, une catégorie regroupant l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement protégés. C'est une acception différente de celle retenue en Allemagne où tous les droits constitutionnels ne sont pas qualifiés de *Grundrechte* par la Loi fondamentale¹⁰. En droit allemand, la qualification de droit fondamental entraîne une protection spécifique caractérisée par le recours de l'art.93 al.4a de la Loi fondamentale, recours qui permet à toute personne lésée dans l'un de ses droits de saisir la Cour constitutionnelle. Dans ce pays, les droits

prendre des mesures dans le cadre des sujétions liées aux nécessités de la défense nationale.

⁵ Art 6 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et les libertés fondamentales (C.E.D.H.).

⁶ art 7 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (C.A.D.H.P.).

⁷ David Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, coll. « Biblio. Constitutionnelle et de science politique », t.87, 2001, p.3 ; Louis Favoreu, « Rapport général introductif », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Louis Favoreu (dir.), Paris, Aix-en-provence, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982, p.41 ; Michel Fromont, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp.49-64 ; François Goguel, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », in Louis Favoreu (dir.), *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, op. cit., 1982, p.236 ; v. aussi Etienne Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA numéro spécial, Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?*, 1998, pp.6-42 ; Andreas Auer, « Les droits fondamentaux », in *Pouvoirs* n°43, 1987, p.87.

⁸ Ils remontent à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

⁹ Louis Favoreu, « Rapport général introductif », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Louis Favoreu (dir.), Paris, Aix-en-provence, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982, p.41.

¹⁰ C'est le cas de la liberté de constituer des partis politiques consacrée à l'art.21 al.1 de la Loi fondamentale qui n'appartient ni à la liste des droits fondamentaux ni à celle des droits identiques ou assimilable à des droits fondamentaux de l'art. 93 al.4a..

fondamentaux sont vus avant tout comme catégorie spécifique de droits subjectifs constitutionnels et qualifiés comme tels par la Loi fondamentale¹¹. Selon le lexique des termes juridiques, le terrorisme est l'ensemble d'infractions limitativement énumérées dans le Code pénal, qualifiées ainsi, lorsqu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation et la terreur¹². L'effet essentiel de cette qualification est, d'une part, d'augmenter d'un degré dans l'échelle des peines les sanctions privatives de liberté encourues, d'autre part, de soumettre ces infractions à des règles de procédure particulières (compétence, garde à vue, détention provisoire¹³, etc.). Sont également incriminées la provocation et l'apologie du terrorisme. Il en est de même du fait de participer à un groupement formé ou une entente établie en vue de la préparation d'un acte de terrorisme ou encore de le financer. Plus récemment, une loi française du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme a incriminé le fait d'adresser des offres ou des promesses à une personne, de

lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques ou encore de la menacer ou de faire pression sur elle pour qu'elle participe à un groupement formé ou une entente établie pour réaliser des actes terroristes ou qu'elle commette un des actes de terrorisme alors même que cette provocation ne serait pas suivie d'effet¹⁴.

¹⁴ Serge Guinchard, Thierry Debar, *Lexique des termes juridiques op. cit.*, p.916 ; Confère aussi *Code pénal français, arts. 421-1 et 421-2-1 à 421-2-4; Code de procédure pénale, arts. 706-16 s. ; Cf. aussi* Section IV-3 et annexe8 II de la loi de 2000 ; définition Onusienne en 2005 par Koffi ANAN : «Tout acte outre les actes déjà visés dans les conventions en vigueur sur les différents aspects du terrorisme, les Conventions de Genève et la résolution 1566 (2004) du Conseil de sécurité, commis dans l'intention de causer la mort ou des blessures graves à des civils ou à des non combattants, qui a pour objet, par sa nature ou son contexte, d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir un acte ou à s'abstenir de le faire. ». A noter ici le caractère vague de la caractéristique retenue : « par sa nature ou son contexte ». Cette définition est issue de l'art. 2 de la Convention onusienne pour la répression du financement du terrorisme de 1999. L'affaire Ayyash et autres jugée par le Tribunal spécial pour le Liban le 18 août 2020 donne des esquisses de définition de la notion de terrorisme mais recèle des mêmes difficultés de définition. Il y a également une difficulté à élaborer une définition strictement juridique du terrorisme dont on sait que de son étendue dépendront les effets juridiques qui en découleront. C'est ce que relate Edward Peck (ancien chef de mission américain en Irak et ambassadeur en Mauritanie dans une interview du 28 juillet 2006: « En 1985, quand j'étais directeur adjoint de la Task Force sur le terrorisme de Reagan, [...] ils nous ont demandé de produire une définition du terrorisme qui pourrait être utilisée par tout le gouvernement. En effet, à un moment ou un autre, les gouvernements se sont eux-mêmes livrés à des activités pouvant être qualifiées de terroristes suivant l'une ou l'autre des définitions existantes d'où la difficulté d'établir une définition universelle », Interview du 28 juillet 2006, www.democracynow.org/2006/7/28/national_exclusive_hezbollah_leader_hassan_nasrallah.

¹¹ David Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, coll. « Biblio. Constitutionnelle et de science politique », t.87, 2001, p.3.

¹² Serge. Guinchard, Thierry. Debar, *Lexique des termes juridiques 21^e éd.*, Paris, Dalloz, 2014, p.916.

¹³ Les procédures ainsi décrites sont particulières en ce sens qu'elles sont dérogoires au droit commun.

La question des limitations des droits fondamentaux dans le cadre de lutte contre le terrorisme sera abordée dans le cadre du Burkina Faso en raison du fait que le pays est confronté à ce fléau dont il peine à se débarrasser depuis plusieurs années et que la question y est d'une actualité brûlante. Le cas américain s'explique par le fait que ce pays a été confronté aux plus graves attaques terroristes enregistrées par un Etat à ce jour et que les réactions juridiques et judiciaires des autorités américaines pour contrer la menace, et en particulier les atteintes aux droits fondamentaux ont été inédites. L'étude portera sur ces deux pays principalement. Mais des références au droit comparé notamment français seront faits en cas de besoin. Cette étude portera sur la période qui va des débuts du terrorisme à l'époque actuelle et cela pour mieux cerner l'évolution, l'ampleur du phénomène afin de comprendre davantage les réactions inédites des Etats étudiés pour faire face au phénomène à travers la restriction des droits fondamentaux.

La question de la limitation des droits fondamentaux face au terrorisme n'est pas nouvelle¹⁵. En effet, depuis que le terrorisme se présente comme une menace pour la survie même de l'Etat, les Etats n'hésitent pas à recourir aux mesures restrictives des droits fondamentaux afin

de faire face au phénomène. En France, en Allemagne¹⁶, aux Etats-Unis et au Burkina, les dispositifs juridiques que sont l'Etat de siège depuis 1848, l'Etat d'urgence depuis 1955 en France, aux Etats Unis depuis les attentats de New York en 2001 et au Burkina depuis fin 2014 avec la chute du régime Compaoré, ces différents Etats ont eu recours à ces mesures restrictives des droits fondamentaux qui n'ont pas été exclusives d'autres mesures telles que les restrictions de la liberté d'aller et de venir, de réunion, de manifestation, de la presse, d'expression, d'opinion¹⁷. Il convient de mentionner aussi les pouvoirs exceptionnels du Chef de l'Etat qui ont été utilisés une fois en 1962 en France.

Il existe plusieurs textes qui encadrent la question de la limitation des droits fondamentaux dans le cadre de lutte contre le terrorisme. En France, au Burkina, aux Etats-Unis, les Constitutions de ces pays prévoient des dispositifs pour encadrer la question. Par exemple, l'Etat de siège, l'Etat d'urgence et les pouvoirs exceptionnels du Chef de l'Etat sont encadrés par les Constitutions française et

¹⁵ Andreas Auer, « Les droits fondamentaux », in Pouvoirs n°43, 1987, p.87.

¹⁶ Michel Fromont, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp.49-64.

¹⁷ Etienne Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA numéro spécial, Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?*, 1998, pp.6-42.

burkinabè¹⁸. Dans le cas américain, la Constitution ne prévoit pas expressément le dispositif mais suite aux attentats de New York en 2001, le Président de l'époque Georges W. Bush avait réussi à convaincre le Congrès américain de voter le USA Patriot Act qui permettait de prendre toute une série de mesures pour faire face à la situation. Dans le cas burkinabè, c'est une loi du CNT de 2015 qui encadre la lutte antiterroriste au Burkina. Mais plus récemment, en juin 2022, la junte militaire au pouvoir a réinstauré l'Etat d'urgence dans certaines régions du pays avec des mesures comme le couvre-feu mais surtout elle a obtenu le vote d'une loi d'habilitation législative afin de créer des zones dites d'intérêt militaire dans le Sahel et dans l'Est du pays pour faire face au phénomène.

Cette étude peut être menée sous plusieurs angles : d'abord, la question peut être étudiée sous l'angle des théories développées pour justifier les limitations aux droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Ensuite, l'étude peut être menée pour déterminer le rôle des droits fondamentaux en période de lutte contre le terrorisme. En outre, il est possible d'envisager l'étude sous l'angle des répercussions de la répression du terrorisme sur la sécurité intérieure et les

droits fondamentaux. Enfin, et c'est l'angle d'attaque choisi, il est possible d'envisager la question sous l'angle de l'impact de la répression du terrorisme sur le respect des droits fondamentaux. Cette étude est plus pertinente et juridiquement justifiée parce qu'elle permet de comprendre comment les besoins de sécurité nationale et de protection de l'ordre public peuvent justifier la prise de mesures liberticides parfois inédites dans l'histoire de certains pays. Elle permet de confronter les impératifs de sécurité nationale et de protection des droits fondamentaux.

Quelles sont les limitations des droits fondamentaux en période de lutte contre le terrorisme ? Comment les Etats encadrent-ils sur les plans législatif et constitutionnel les droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? Quelles sont les violations des droits fondamentaux qui résultent de cette lutte contre le terrorisme ?

Il est intéressant à plus d'un titre de mener cette étude plutôt qu'une autre. Sur le plan théorique, elle permet de comprendre les justifications et les différentes théories qui ont été développées pour justifier les interventions des Etats dans le domaine des droits fondamentaux en justifiant les restrictions apportées à ces droits¹⁹. Elle

¹⁸ Art.158 et 159 de la Constitution burkinabè par exemple.

¹⁹ François Goguel, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », in L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles et droits*

permet aussi de comprendre pourquoi les théories de la raison d'Etat, de la sécurité nationale et de préservation de l'ordre public occupent une place importante dans les choix gouvernementaux en matière de répression du terrorisme. Sur un plan pratique, cette étude permet de mesurer l'impact réel des interventions de l'Etat dans la vie privée des individus et notamment les effets sur la vie de tous les jours. Elle permet de confronter les théories de la raison d'Etat à l'aune d'autres impératifs tout aussi importants qui sont la protection des droits fondamentaux même dans le cadre de la lutte contre le terrorisme international.

Il est donc important au regard de ce qui précède de porter l'attention sur les moyens utilisés par les Etats pour restreindre les droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme²⁰. Ces moyens peuvent être légaux ou illégaux mais il convient de s'intéresser aux moyens légaux qui sont propres au droit et qui consistent en des encadrements constitutionnel et législatif des droits fondamentaux (I). Ensuite, il sied de

s'intéresser aux violations des droits fondamentaux qui nécessairement en résultent car comme le dit l'adage « il est difficile de faire des omelettes sans casser des œufs ». Ces violations sont l'œuvre de dispositifs juridiques qui dans leurs applications sont sources d'atteintes aux droits fondamentaux (II).

I- Les réglementations constitutionnelles et législatives des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte antiterroriste au Burkina Faso et aux Etats-Unis

Les limitations des droits fondamentaux en période de lutte contre le terrorisme sont juridiquement encadrées. Il existe divers mécanismes à cet effet mais il convient de s'intéresser particulièrement aux réglementations d'ordre constitutionnel (A) et aux réglementations d'ordre législatif (B). Il convient de préciser que même si l'étude porte sur les droits du Burkina Faso et des Etats-Unis d'Amérique, des références seront faites en droit comparé notamment français.

fondamentaux, op. cit., 1982, p.236 ; Cf. aussi Etienne Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA numéro spécial, Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?*, 1998, pp.6-42.

²⁰ Thomas Meindl, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Paris, LGDJ., coll. "Biblio. Constitutionnelle et de science politique", t.112, 2003, pp.72-73.

A- Les réglementations constitutionnelles

Il s'agit ici d'étudier les législations d'exceptions²¹. Elles concernent des situations où les droits fondamentaux font l'objet de restriction ; une restriction prévue et organisée par la Constitution. Selon le degré de la menace et l'ampleur des restrictions, on distingue entre la situation où l'essentiel des pouvoirs est confié aux autorités militaires²² et la

situation où il est confié aux civils (Gouvernement²³ ou Chef de l'Etat²⁴). Mais la notion même de législation d'exception n'a rien de simple et elle mérite d'être étudiée de même que son champ d'application.

²¹ Il s'agit ici de législations mais qui sont contenues dans les Constitutions. C'est pourquoi elles sont mentionnées dans les réglementations constitutionnelles. Il en va ainsi de l'Etat de siège et de l'Etat d'urgence.

²² En France, il s'agit de la loi du 9 août 1849 relative à l'état de siège. Cette loi est étudiée parce qu'elle a considérablement renforcé les pouvoirs du gouvernement français de l'époque. L'adoption des législations d'exception traduit une volonté du législateur ou du Constituant d'affronter les crises dans la légalité quoique d'exception²². Les entorses fréquentes à la loi de 1849 pendant la grande guerre²² que le juge a validées dans sa jurisprudence des circonstances exceptionnelles montrent que la capacité d'action des gouvernants est considérablement élargie sous l'empire des législations d'exception. Ces dernières apportent une réponse ponctuelle à un péril précis. Ces mesures sont adoptées soit dans l'évidente nécessité ou pour l'évidente nécessité. L'affaire *Delmotte* de 1915 illustre la quasi disparition de toute limitation de l'administration qui a agi en vertu de la loi de 1849. L'autorité militaire avait fermé un débit de boissons au motif qu'il pouvait interdire les « réunions qu'elle juge de nature à exciter ou à entretenir le désordre ». Cette fermeture était peut-être nécessaire, mais le moyen qu'offrait la loi aurait semblé notoirement insuffisant sans la conviction du Conseil d'Etat qu'elle l'était, à l'image de son commissaire du gouvernement (Corneille) qui conteste « formellement la méthode consistant à interpréter l'étendue des pouvoirs exceptionnels conférés par l'art.9 de la loi du 9 août 1849 au moyen d'une référence à la législation du temps de paix, du temps normal ». Loin de « s'adosser aux autres lois sur les garanties individuelles », une loi extraordinaire « a pour but de contrecarrer ces textes en bloc, en substituant à

l'état de droit ordinaire un état exceptionnel s'adaptant, lui, aux nécessités de l'heure et aux circonstances anormales qui le provoquent, forment l'amènent, et indubitablement le justifient » ; *Recueil CE*, p.278.

²³ L'article 58 de la Constitution burkinabè de 1991 dispose que le Président du Faso décrète, après délibération en Conseil des ministres, l'état de siège et l'état d'urgence ; Kourita Sandwidi, « Les juridictions d'exception en Haute Volta », *Revue voltaïque de droit*, n°5, février 1984, pp.7-25 : le tribunal spécial a été créé par l'ordonnance n°67-24 PRES du 6 mai 1967 ; la Cour de sureté de l'Etat a été créée par l'ordonnance n°75-19 PRES-J du 18 avril 1975 et la Cour spéciale du Conseil de Salut du Peuple a été créée par une ordonnance du 18 mai 1983 ; Cf. aussi Pierre Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Editions du Seuil, 2006; Carl Rossiter, (1948), *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Library of Congress, 2009.

²⁴ Cf. Marie Voisset, *L'article 16 et la Constitution du 04 octobre 1958*, 1969 qui traite des pouvoirs exceptionnels du Chef de l'Etat. Il faut souligner que toutes les décisions de fond prises en vertu de l'article 16 pendant son application (23 avril- 29 septembre 1961) ont été suspensives ou modificatives de règles législatives gouvernant les libertés publiques de l'ensemble des citoyens ou des seuls agents publics. Par ailleurs, la Constitution comme la pratique montrent que le seul contrôle réel de l'application de l'article 16 est la mise en accusation du Président de la République devant la Haute cour. C'est pour la permettre en toute hypothèse que, pendant la durée d'application de l'art.16, l'Assemblée nationale ne peut être dissoute (Gerard Berlia, « Le contrôle du recours à l'article 16 et de son application », *RDJ*. 1962, p.288)

1-Les législations d'exception et leurs contenus²⁵

Les législations d'exception renvoient aux états de nécessité qui eux-mêmes renvoient aux circonstances exceptionnelles, mais à l'échelon supérieur de la hiérarchie des normes. Il n'existe pas de formule précise en Droit constitutionnel pour rendre compte de l'état d'exception²⁶. Les constitutionnalistes se préoccupent essentiellement des moyens juridiques de contrôle des pouvoirs de crise. Ils admettent qu'il existe des situations où une marge de manœuvre plus ou moins large doit être aménagée aux gouvernants. Leur problématique consiste à tracer une nouvelle limite entre impératifs d'efficacité et contrôle des pouvoirs étendus. Cette limite existe et sa découverte est à la portée du juriste. Cette prise de position de la doctrine fait suite au constat fait pendant la première guerre mondiale de l'accroissement souvent illégal des pouvoirs de l'exécutif illustré par le

recours à la législation déléguée. Elle résulte aussi du constat fait dans les années 1960 du pouvoir du Président de la République de qualifier une situation de crise et d'estimer lui-même la durée d'application des pouvoirs y correspondant qui sont prévus par l'art.16 de la Constitution. L'état de nécessité ne doit cependant pas être confondu avec les législations d'exception compte tenu de la nécessité de fixer des bornes aux pouvoirs exceptionnels²⁷. En cas de péril, la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels prévus par les textes ne donne lieu à aucune violation, il s'agit de l'exercice normal des compétences exceptionnelles. Lorsqu'on théorise l'état d'exception, cela suppose qu'il n'existe pas de disposition juridique autorisant l'extension exceptionnelle des pouvoirs dans le cas considéré. Lorsque le législateur adopte des dispositions d'exception, il suppose que la Constitution l'y autorise²⁸.

L'état de nécessité suppose toujours une situation non prévue par la Constitution ; il est imprévisible par définition. Il est aussi souvent défini de manière très vague. Par

²⁵ Ces législations d'exception sont contenues dans les Constitutions et sont utilisées à ce titre comme armes juridiques de lutte contre le terrorisme dans les pays étudiés.

²⁶ L'expression la plus fréquemment employée est celle de « nécessité ». Joseph Barthelemy emploie parfois seul ce mot (Joseph Barthelemy et Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel* (1933), Paris, Economica, 1985, p.242 et svts. Léon Duguit préfère « règlements de nécessité » lorsqu'il évoque l'empiètement de l'exécutif sur la fonction législative (*Traité de droit constitutionnel t.3*, Paris, Fontemoing, 1921-1925, p.748 et svts). Géneviève Camus parle d'« état de nécessité » (Géneviève Camus, *L'état de nécessité en démocratie*, thèse, Paris, R. Pichon, R. Durand-Auzias, LGDJ., 1965).

²⁷ Carl Schmitt rappelle la différence de nature entre l'état de nécessité et l'art.48-2 de la Constitution de Weimar dans *Die Diktatur des Reichspräsident nach Artikel 48 der Weimar Verfassung*, dans *Die Diktatur*, p.213-259, cité par F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, PUF., 2001, p.16

²⁸ Ce n'est pas toujours le cas. Par ex. l'art.106 de la Constitution de 1848 prévoit l'adoption d'une loi sur l'état de siège.

définition imprévisible, l'état de nécessité ne peut être défini de manière précise²⁹. L'état de nécessité suppose la conjonction d'une infraction aux règles constitutionnelles, d'une circonstance de crise et la poursuite d'une finalité jugée supérieure. Dans cette configuration, ce sont les droits fondamentaux protégés par la Constitution qui sont susceptibles d'être violés dans un premier temps. Il y a une concentration excessive des pouvoirs entre les mains de l'exécutif dans un second temps³⁰. Plus largement, on évoque une action contraire aux règles positives formulées pour régir le fonctionnement normal des pouvoirs publics.

Mais qu'en est-il du contenu des législations d'exception ? L'adoption des législations d'exception traduit une volonté du législateur ou du Constituant d'affronter les crises dans la légalité quoique d'exception. Les entorses fréquentes à la loi de 1849 pendant la grande guerre³¹ que le juge a validées dans sa jurisprudence des circonstances exceptionnelles montrent que la capacité d'action des gouvernants est

considérablement élargie sous l'empire des législations d'exception. Ces dernières apportent une réponse ponctuelle à un péril précis. Ces mesures sont adoptées soit dans l'évidente nécessité³² ou pour l'évidente nécessité³³. Il y a une difficulté à distinguer entre « lois de police et de sûreté » et les autres. La situation devient plus complexe lorsqu'on intègre la conception de la loi lors de son adoption. La patrie en danger³⁴ est un décret encadrant l'état d'exception, la loi sur le maximum de grains et de farines³⁵ est une simple mesure et le plan *Vigipirate*³⁶ est réglementaire et son contenu classé confidentiel défense même s'il organise un dispositif exceptionnel.

Les lois d'exception prises dans l'état d'exception comprennent la quasi-totalité des mesures prises sous la Révolution sous forme de décrets ou de lois³⁷. On y rajoute également les mesures qui donnent des pouvoirs élargis à l'exécutif ou tendent à réprimer immédiatement aux XIXe et XXe siècles. C'est le cas du Sénatus-consulte,

²⁹ Carl Schmitt, *Théologie politique I*, p.17

³⁰ Léon Duguit, *op. cit.*, t.3, p.753 ; Geneviève Camus, *op. cit.*, p.23

³¹ Dans l'arrêt CE 6 août 1915, Delmotte, le juge se livre à une interprétation très extensive justifiée par les circonstances exceptionnelles de l'art.9 de cette loi. Cet arrêt montre que, au motif de la théorie de l'Etat d'exception, le juge ne sanctionne pas une violation d'une loi elle-même d'exception. L'administration aurait-elle agit sans que la loi de 1849 ne lui serve de paravent, la jurisprudence des circonstances exceptionnelles eût suffi pour que le juge s'en interdise toute sanction.

³² Mesure de crise en forme de loi

³³ Dispositif d'encadrement des crises

³⁴ 11 juillet 1792

³⁵ 4 mai 1793

³⁶ T. Chetrit, « Le plan Vigipirate : une illustration de la coopération civilo-militaire dans le domaine de la sécurité », *Droit et défense n°4*, 1995, p.58

³⁷ Par ex. les lois du 11 août 1792 (les municipalités sont chargées de la « police de sûreté générale », c'est-à-dire des crimes et délits contre la chose publique, Cf. *Duv*, t.4, p.348-349) et de la même date sur la réparation des faits de guerre (principe de la responsabilité de l'administration qui viendrait à violer les droits fondamentaux de l'individu et sur le secours dû aux victimes de faits de guerre, *Ibid*, p.350-351).

décision du Sénat prise sans le concours des autres assemblées et qui a été édicté pour la première fois sur ordre de Bonaparte suite à l'attentat royaliste de la rue Saint-Nicaise le 24 décembre 1800. Il y a aussi les lois de 1834 contre les crieurs de journaux et les associations³⁸ et la loi de sureté générale du 27 février 1858 qui à la suite de l'attentat d'Orsini contre Napoléon III donne au ministre de l'intérieur le droit de déporter ou d'interner sur simple décision administrative.

Les lois adoptées pour l'état d'exception sont également nombreuses³⁹. Parfois l'exécutif a été habilité à intervenir dans le domaine législatif⁴⁰.

Les habilitations constitutionnelles permettent ainsi selon des géométries variables de confier divers pouvoirs aux autorités habilitées.

2-Des habilitations constitutionnelles⁴¹ à géométries variables

Lorsque l'essentiel des pouvoirs est exercé par des autorités civiles, on parle soit d'état d'urgence soit d'exercice par le chef de l'Etat des pouvoirs exceptionnels. Par contre, lorsque ce sont des militaires qui exercent l'essentiel des pouvoirs, on parle plutôt d'état de siège. L'état de siège est régi en France par la loi du 9 août 1849. Son institution en France à l'époque dans un autre contexte traduisait la volonté du Gouvernement français de renforcer ses pouvoirs. L'adoption des législations d'exception traduit une volonté du législateur ou du Constituant d'affronter les crises dans la légalité quoique d'exception⁴². Les entorses fréquentes à la loi de 1849 pendant la grande guerre⁴³ que le juge a validées dans sa jurisprudence des

³⁸ Loi du 10 avril 1834 sur les associations, Cf. *Duv.*, t.34, pp.58-64

³⁹ Le décret des 21 octobre-21 novembre 1789 dit « loi martiale », la loi du 10 fructidor an V « qui détermine la manière dont les communes de l'intérieur de la République pourront être mises en état de guerre ou de siège », la loi du 09 août 1849 sur l'état de siège, l'art.12 de la Constitution du 14 janvier 1852 modifiant l'autorité compétente pour l'appréciation de la déclaration de l'état de siège.

⁴⁰ Loi du 5 août 1914 qui accorde des crédits à l'ouvrier « par décrets pour les besoins de la défense nationale » ; la loi du 10 février 1918 qui dispose que « pendant la durée de la guerre, des décrets pourront régler ou suspendre, en vue d'assurer le ravitaillement national » ; la dictature de Cavaignac du 23 au 26 juin 1848.

⁴¹ C'est la Constitution qui mentionne les états de siège et d'urgence et par conséquent habilite les autorités investies des pouvoirs de ces états d'exception à les mettre en œuvre lorsque certaines circonstances se présentent.

⁴² Armel Le Divillec, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Eléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse », in Olivier Beaud, Pasquale Pasquino (dir.), *La Controverse sur "Le Gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, L.G.D.J. / Editions Panthéon-Assas, 2007, pp. 33-79.

⁴³ Dans l'arrêt CE 6 août 1915, *Delmotte*, le juge se livre à une interprétation très extensive justifiée par les circonstances exceptionnelles de l'art.9 de cette loi. Cet arrêt montre que, au motif de la théorie de l'Etat d'exception, le juge ne sanctionne pas une violation d'une loi elle-même d'exception. L'administration aurait-elle agit sans que la loi de 1849 ne lui serve de paravent, la jurisprudence des circonstances exceptionnelles eût suffi pour que le juge s'en interdise toute sanction.

circonstances exceptionnelles montrent que la capacité d'action des gouvernants est considérablement élargie sous l'empire des législations d'exception. Ces dernières apportent une réponse ponctuelle à un péril précis. Ces mesures sont adoptées soit dans l'évidente nécessité⁴⁴ ou pour l'évidente nécessité⁴⁵. Il y a une difficulté à distinguer entre « lois de police et de sureté » et les autres. L'intérêt d'examiner cette loi se situe dans le renforcement des pouvoirs du Gouvernement qu'elle a occasionné. En France, dans les zones où l'état de siège entre en vigueur, l'autorité militaire se voit conférer tous les pouvoirs de police qu'elle décide d'exercer⁴⁶. Les militaires disposent de compétences nouvelles limitativement énumérées : ils peuvent procéder à des perquisitions de jour comme de nuit au domicile des particuliers, éloigner les individus non-résidents des zones soumises à l'état de siège, récupérer les armes et interdire les publications et réunions qui paraissent de nature à troubler l'ordre public. Certains crimes ou délits commis par des civils sont jugés par les tribunaux militaires dont la compétence est plus étendue en cas de guerre étrangère qu'en situation insurrectionnelle. L'état de siège

en sourdine, l'« ersatz » d'état de siège dépend totalement du pouvoir discrétionnaire du Gouvernement⁴⁷. L'intervention du Parlement déjà tardive risque d'être privée d'effets. L'état de siège en droit burkinabè est déclaré en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée. Il implique l'accroissement des pouvoirs réglementaires et de police mais aussi le transfert à l'autorité militaire des pouvoirs de maintien de l'ordre normalement dévolus à l'autorité civile. L'autorité militaire est en outre investie de certains pouvoirs dont ne disposerait, pas en temps normal l'autorité civile : possibilité de perquisitions de jour comme de nuit au domicile des citoyens, l'interdiction des publications et des réunions jugées de nature à exciter ou à entretenir le désordre, la possibilité de mettre en place des tribunaux d'exception qui pourraient se voir confier la compétence de juger certains crimes et délits commis pendant cette période. L'Etat d'urgence a été créée par une loi du 03 avril 1955 et est déclaré pour tout ou partie du territoire par le Gouvernement soit « en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à

⁴⁴ Mesure de crise en forme de loi

⁴⁵ Dispositif d'encadrement des crises

⁴⁶ Pierre Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Editions du Seuil, 2006; Carl Rossiter, (1948), *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Library of Congress, 2009.

⁴⁷ Art. 17 als. 6 et 7 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 qui constitue une véritable charte de la défense nationale et permet au Gouvernement de prendre toutes les mesures nécessaires ; Cf. Otto Mayer 1903, *Le droit administratif allemand*, préf. Henry Berthélemy, Paris, C. Giard & E. Brière, t. 1, 1906, 318 p., t. 4, 405 p..

l'ordre public », soit lorsque des événements présentent « le caractère d'une calamité publique ». Il ne peut être prorogé au-delà de douze jours que par une loi et cesse de s'appliquer soit à la date prévue par cette loi, soit quinze jours après la démission du Gouvernement ou la dissolution de l'Assemblée nationale. Le maintien de l'ordre revient aux autorités civiles. Elles reçoivent des compétences nouvelles selon que l'état d'urgence est déclaré ou appliqué. Dans les zones où il est déclaré, le préfet du département ou le ministre de l'Intérieur, selon les cas, peuvent apporter de nombreuses restrictions à la liberté de circulation et de séjour des particuliers, prescrire la remise des armes ou même exercer un contrôle sur les « mass-media » ou l'organisation des spectacles. La déclaration d'état d'urgence ouvre en outre le droit de réquisition, prolonge les délais de garde à vue et permet aux tribunaux militaires de revendiquer le cas échéant, la poursuite des crimes et délits relevant des cours d'assises et commis par des civils, l'assignation à résidence, la fermeture des lieux ouverts au public.

L'état d'urgence est visé par l'art. 58 de la Constitution burkinabè. Les mesures prises sont décrétées par le Chef de l'Etat en Conseil des ministres. Comme l'état de siège, c'est un régime restrictif des libertés et est décrété en principe pour quinze jours

mais peut être prorogé au-delà de ce délai à la seule autorisation de l'Assemblée nationale qui se réunit de plein droit en session extraordinaire si elle n'est pas réunie. L'état d'urgence est déclaré lorsque des atteintes graves mettent en péril l'ordre public, que les menées subversives risquent de compromettre la sécurité intérieure ou lorsque surviennent des événements présentant un caractère de calamité publique. Dans ce cas l'autorité civile reste compétente mais elle bénéficie de pouvoirs accrus. Les autorités administratives sont investies du pouvoir de restreindre les libertés d'aller et de venir ou encore la liberté de réunion. Elles peuvent décider de la fermeture des lieux publics, de réquisitionner les personnes et les biens. Dans certains cas, le décret déclaratif de l'état d'urgence peut conférer aux autorités administratives le droit de contrôler l'information, de procéder à des perquisitions et même de prononcer l'internement administratif. En droit burkinabè, les pouvoirs exceptionnels du Chef de l'Etat burkinabè sont régis par l'art.59 de la Constitution burkinabè qui dispose : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité du territoire ou l'exécution de ses engagements sont menacés d'une manière grave et immédiate et/ ou que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le

Président du Faso prend, après délibération en Conseil des ministres, après consultation officielle des présidents de l'Assemblée nationale et du Conseil constitutionnel, les mesures exigées par ces circonstances. Il en informe la nation par message. En aucun cas, il ne peut être fait appel à des forces armées étrangères pour intervenir dans un conflit intérieur. L'Assemblée nationale se réunit de plein droit et ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels ». Cette disposition de la Constitution burkinabè répond à une double nécessité de doter le Président du Faso de pouvoirs exceptionnels propres à garantir la sauvegarde de la République en cas de crise grave menaçant ses institutions, et d'écarter l'exercice abusif et prolongé de ces pouvoirs par l'entremise de l'Assemblée nationale et le cas échéant par la juridiction constitutionnelle.

Le recours aux pouvoirs exceptionnels par le Chef de l'Etat est subordonné à la constatation d'un état de crise dans le pays et à l'accomplissement de certaines conditions de forme par le Chef de l'Etat : il faut d'abord que les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité du territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux soient menacés d'une manière grave et immédiate. Il faut ensuite que le fonctionnement régulier des pouvoirs

publics soit interrompu. Lorsque ces deux conditions sont réunies, le Chef de l'Etat peut mettre en œuvre les pouvoirs spéciaux dont il dispose après consultation officielle des présidents de l'Assemblée nationale et du Conseil constitutionnel. Il en informe la nation par message. Les mesures prises par le Président du Faso doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les plus brefs délais, les moyens d'accomplir leur mission. La Constitution interdit formellement la perpétuation de la concentration de la puissance publique entre les mains d'une seule et unique personne comme ce fut le cas sous les régimes de parti unique. Un contrôle politique est exercé par le Parlement qui se réunit de plein droit en session extraordinaire et ne peut être dissout. L'Assemblée nationale fixe dans ce cas un délai au-delà duquel le Président de la République ne pourra plus exercer ses pouvoirs exceptionnels. Ce sont là les seules limitations aux pouvoirs exceptionnels du Chef de l'Etat. L'Assemblée nationale et le Conseil constitutionnel ne peuvent pas participer aux décisions de nature législative prises par le Président ou juger de leur opportunité⁴⁸.

⁴⁸ Décision DCC 27-94 de la Cour constitutionnelle béninoise du 24 août 1994 : « La décision de mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels est un pouvoir

Il existe aussi des encadrements législatifs en plus des dispositifs constitutionnels.

B- Les encadrements législatifs

Ces encadrements consistent en des législations qui sont votées dans les différents pays étudiés pour régir les modalités de la limitation des droits fondamentaux dans le contexte de la lutte contre le terrorisme car les Constitutions ne peuvent prévoir jusque dans les détails les aspects opérationnels et matériels de cette lutte. L'objet de ces législations est de préciser les modalités pratiques de la limitation des droits fondamentaux. Les deux pays qui seront étudiés ici sont les Etats-Unis (1) et le Burkina (2).

1- Les législations antiterroristes aux États-Unis

Les Etats-Unis ne connaissent pas de régime juridique applicable spécialement aux situations d'exception. Certes au niveau fédéral, la Constitution américaine et la législation fédérale d'application autorisent le Président, dans certaines circonstances définies, à faire intervenir les troupes fédérales pour maîtriser des

discrétionnaire du Président de la République. Par conséquent, le recours à l'application de l'article 68, dès lors qu'il a été exercé dans les conditions prescrites par la Constitution est un acte de gouvernement qui n'est pas susceptible de recours devant la Cour constitutionnelle » qui se fonde sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français *Rubin de Servens* du 02 mars 1962

violences sur le territoire national, réprimer une insurrection et assurer le respect de la législation fédérale. Toutefois ces dispositions constitutionnelles n'autorisent pas l'exécutif à suspendre ou à entraver le fonctionnement normal des autres composantes du Gouvernement fédéral (le Congrès et l'ordre judiciaire), ni à déroger aux droits fondamentaux. En fait, à une exception près le droit d'« habeas corpus » que le Congrès peut suspendre temporairement lorsque la sécurité publique l'exige, les droits constitutionnels demeurent effectifs en permanence. Au niveau des Etats et au niveau local, il existe une grande diversité des pouvoirs en vertu desquels l'exécutif (gouverneur de l'Etat, maire, conseil de comté) peut prendre des mesures d'exception. Ces pouvoirs se fondent sur la compétence générale de police que la Constitution fédérale reconnaît à chacun des Etats. Il faut préciser à ce niveau que tout Etat peut, à condition de ne pas agir de manière déraisonnable ou arbitraire, porter atteinte à des droits qui, normalement, sont protégés par la Constitution, si cela apparaît nécessaire pour sauvegarder la santé et la sécurité publiques, ainsi que le bien-être général, dans une situation exceptionnelle.

L'usage de la législation déléguée pour lutter contre le terrorisme résulte dans ce pays des événements du 11 septembre

2001 qui vont engendrer une réaction inédite de la part des autorités américaines⁴⁹. Cette réaction est inédite surtout par son ampleur et met en lumière le pas supplémentaire franchi par le Gouvernement américain dans sa volonté de réprimer le terrorisme même au prix de la violation des droits fondamentaux⁵⁰. Les mesures prises par les autorités américaines qui étaient censées être exceptionnelles et d'une durée limitée se sont malheureusement perpétuées dans le temps remettant en cause l'idée que nous avons souligné au début de ce chapitre à savoir que « l'exception ne doit son

existence qu'à une règle de droit⁵¹ ». Cela nous invite naturellement à réfléchir sur les limites qu'il faudrait imposer aux limites car le contenu de ces textes gouvernementaux réprimant le terrorisme est attentatoire aux droits et libertés⁵². Selon l'art.4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Suivant cette définition, aucun droit ne peut s'exercer sans limites et la théorie des droits « limités » est à ce jour la meilleure solution pour mieux rendre compte de la structure des droits fondamentaux⁵³. Les droits fondamentaux ne sauraient donc être absolus car cela conduirait à leur ineffectivité. En réalité, la question de la limitation des droits fondamentaux dépasse le cadre strictement juridique. Selon l'art. 29 al.2 de la Déclaration Universelle des

⁴⁹ Robert Pape, « The strategic logic of suicide terrorism », *American Political Science Review*, vol.97 (3), August 2003, pp.323-361; Stephen Holmes, *The Matador's Cape. America reckless response to terror*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, Ch.1; Georges. Kepel, *The roots of radical islam*, New York, Saqi Books, 2005 ; *Terreur et martyre*, Paris, Flammarion, 2008; A.K. Cronin, « Sources of contemporary terrorism » in A.K. Cronin, J. L. Ludes (éds.), *Attacking terrorism, op. cit.*, pp.19-45; John Stevenson, *Counter Terrorism: containment and beyond*, Adelphi Papers, Oxford University Press, 2004; Cf. aussi Jack Soppelsa, « Les Etats Unis et le terrorisme international », *Revue Politique et Parlementaire*, 2010; Paul Tavernier, « Terrorisme et droits de l'Homme », *Revue Politique et Parlementaire* 2010; Jean-Pierre Filiu, « Al-Qaida : le Jiha global », *Revue Politique et Parlementaire* 2010 ; R-N. Castellani, « Le terrorisme dans l'histoire », *Revue Politique et Parlementaire* 2010.

⁵⁰ Cette réaction des autorités américaines peut être résumée par des propos d'un éditorialiste du New York Times : « Fight terror as if there were no rules », Thomas Friedman, cité par N. Strossen, « Maintaining Human Rights in Time of Terrorism », *New York Law School Journal of Human Rights*, n°19, 2003, p.3.

⁵¹ François Saint-Bonnet, « Exception, nécessité, urgence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland, Stéphane Rials (dir.), Paris, PUF., (Quadrige), 2003, p.673.

⁵² Philip Heymann, *Terrorism, freedom and security. Winning without War*, the M.I.T. Press, Cambridge, 2003, p.12; Philip Heymann, Juliette Keyyem, *Protecting liberty in an age of terror*, The M.I.T. Press, Cambridge, 2005, p.2; *La France face au terrorisme*, Paris, La documentation française, 2006; David Rapoport, « The four waves of modern terrorism », in David Rapoport (éd.), *Terrorism. Critical concepts in political science, 4 vols.*, London, Routledge, 2006, vol. 4, *The fourth or religions wave*, p.4

⁵³ Martin Borowski, « La restricción de los derechos fundamentales », in *Revista espanol de derecho constitucional*, n°59, 2000, p.56. C'est aussi dans ce sens que la doctrine allemande a considéré qu'il existait des « limitations immanentes » (*immanente Schranken*) à tous les droits fondamentaux.

Droits de l'Homme, les droits sont soumis aux limitations découlant « des justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général de la société ». La limitation fait ici référence au bornage, du latin « *limitatio* » et renvoie aux restrictions volontaires et non des entraves engendrées par des phénomènes d'exclusion, ou résultant de l'ineffectivité des garanties⁵⁴. Les limitations peuvent résulter deux types d'actions. Elles peuvent être d'origine interne par le constituant, le législateur ou le juge qui vont confronter un droit par rapport à un autre. La seconde restriction peut être justifiée par des événements exceptionnels et a été réglée par certaines Constitutions européennes⁵⁵ telles que celles de l'Espagne ou du Portugal. Cette argumentation que nous avons faite vise à montrer que la question de la limitation des droits fondamentaux suite à des événements exceptionnels n'est pas propre aux Etats-Unis seulement et même dans ce pays, les attentats de 2001 ne sont pas le seul cas où cette question s'est posée.

Il convient maintenant de s'intéresser à la législation burkinabè.

2- Les législations anti-terroristes burkinabè

La législation antiterroriste burkinabè actuelle trouve sa source dans une loi de 2015 du Conseil National de la Transition. A l'époque, il s'agissait de répondre à l'ampleur inédite que prenait le fléau notamment après la chute de Blaise Compaoré, l'ancien Président. Auparavant, c'était une loi de 2006 qui régissait la lutte contre le financement du terrorisme et le blanchiment de capitaux. Il existe aussi des moyens inscrits dans la Constitution qui permettent de restreindre les droits fondamentaux en période de lutte contre le terrorisme. Il s'agit notamment des mécanismes de l'état de siège, de l'état d'urgence et des pouvoirs exceptionnels du Chef de l'Etat. Mais il existe un Code pénal et un Code de procédure pénale qui régissent la matière.

Ce sont les articles 361-1 et 361-2 du Code pénal qui régissent les infractions de terrorisme au Burkina⁵⁶. De manière spécifique en ce qui concerne les dossiers terroristes et s'agissent de la garde à vue, il est prévu un délai de quinze (15) jours. Cette durée peut être augmentée de dix (10) jours⁵⁷. La prolongation doit être par faite soit du procureur du Faso par le

⁵⁴ Daniel Lochak, « Les bornes de la liberté », in *Pouvoirs* n°84, 1998, p.15.

⁵⁵ Art.55 al.2 de la C. espagnole et art. 19 de la C. portugaise.

⁵⁶ Il s'agit de la loi n°025-2018/AN portant Code pénal du 31 mai 2018. C'est l'article 121-1 du titre II du livre I

⁵⁷ Article 515-15 Code de Procédure Pénale (C.P.P.)

président du tribunal de grande instance ou le juge par lui délégué, soit par le juge d'instruction. Une autre condition est la présentation de la personne arrêtée. Deux conditions sont prévues pour la prolongation. Il s'agit d'une part de la nécessité d'une décision écrite du président du Tribunal de Grande Instance (TGI) ou le juge par lui délégué, soit par le juge d'instruction et d'autre part de la présentions du mis en cause au Magistrat en charge de la prolongation.

La détention provisoire a suscité diverses inquiétudes dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, y compris la supervision judiciaire de ce type de privation de liberté, le droit de ne pas être soumis à la torture, le droit d'être informé rapidement des motifs de l'arrestation et de l'existence de chefs d'accusation quelconques et le caractère illégal de toute détention préventive prolongée.

Le CPP⁵⁸ pose le principe du caractère exceptionnel de la détention provisoire⁵⁹. Il fait une distinction entre les délits⁶⁰ et les crimes⁶¹. Pour les délits, lorsque le maximum de la peine prévue par la loi est inférieur ou égal à un an d'emprisonnement, le mis en examen ne peut être détenu plus de trois mois après sa

première comparution devant le juge d'instruction s'il n'a pas été déjà condamné soit pour un crime, soit à un emprisonnement de plus de trois mois sans sursis pour délit de droit commun. La prolongation ne peut excéder un an. Toutefois, le juge d'instruction peut ordonner une prolongation supplémentaire de la détention provisoire d'un an en matière criminelle pour la traite des personnes et pratiques assimilées, le grand banditisme, la vente d'enfants, prostitution d'enfants et pornographie enfantine, la torture et pratiques assimilées, l'infraction à la législation sur les stupéfiants en bande organisée, le blanchiment de capitaux. L'article 261-83 en son alinéa 3 prévoit que par exception aux 261-80, alinéa 2, 261-81, 261-82 et des alinéas 1 et 2 de son article, que le juge d'instruction puisse pour les infractions d'actes de terrorisme et de financement du terrorisme, ordonner la prolongation de la détention provisoire pendant toute la durée de l'information et jusqu'à l'audience de jugement. La procédure pénale burkinabè prévoio principalement une disposition relative à l'arrestation et la garde à vue. Il s'agit ainsi de l'article 251-14 du CPP. Il y est indiqué que *« la personne interpellée est immédiatement informée dans une langue qu'elle comprend :*

⁵⁸ Code de procédure pénale

⁵⁹ Article 261-79

⁶⁰ Article 261-80

⁶¹ Article 261-81

1. de l'heure du début de la garde à vue ;
2. du droit d'être assistée d'un avocat ;
3. de la qualification, de la date et du lieu présumé de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre ;
4. de l'obligation de déclarer une adresse et de ce que toute notification, citation ou signification faite à cette adresse sera réputée faite à sa personne ; en cas de changement d'adresse, elle doit en aviser la juridiction par tout moyen laissant trace écrite ».

Plusieurs dispositions du code procédure pénale posent le principe de l'interdiction de la torture, que cela soit pour rechercher des preuves, soit pour punir. Ainsi, toute déclaration obtenue par suite de torture ou de pratiques assimilées ne peut être utilisée comme un élément de preuve dans une procédure, sauf pour établir la responsabilité de l'auteur de l'infraction⁶². En pratique, la question touchant au terrorisme rebat les cartes en ce qui concerne aussi la police judiciaire ou la détention. En ce qui concerne la police judiciaire, il apparaît de plus en plus que ce

sont les militaires qui sont en opération au Burkina Faso et nul ne sait dans quelles conditions certaines personnes sont appréhendées. La même observation peut être faite en ce qui concerne la détention provisoire. L'essentiel des présumés terroristes est presque dans l'incapacité de définir ce qu'on appelle torture ou traitement inhumain ou dégradant. En tout état de cause, la mise en œuvre de l'interdiction des atteintes à l'intégrité physique ou morale sous-entend une connaissance et une appréciation des événements. Il apparaît nécessaire qu'autres intervenants impartiaux et indépendants peuvent être associés au processus de répression des infractions terroristes.

Peu avant sa chute, c'est-à-dire fin 2014, l'ancien Président Compaoré avait déjà instauré l'état de siège puis l'état d'urgence avant quelques temps plus tard de déclarer la vacance du pouvoir. Il existait déjà à cette époque des raisons de penser que le pays serait confronté au terrorisme mais c'est véritablement après l'élection et la prise de pouvoir de Roch Kaboré que le pays va basculer dans la violence. Les premières attaques terroristes enregistrées au Burkina sont intervenues en Janvier 2016 sur l'avenue Kwamé N'Krumah très fréquentée par les ouagalais et certains expatriés vivant au Burkina. Le

62 Article 251-11

Splendi Hotel, le Restaurant Café Istanbul et le Cappuccino ont tour à tour été visés. Ce fut ensuite le tour de l'Ambassade de France à Ouagadougou puis de l'Etat-major des forces armées. Ensuite, la menace va se déplacer à l'intérieur du pays. En plus du foyer originel qui est le Sahel burkinabè, d'autres localités telles que l'Est, le Centre-Nord, la Boucle du Mouhoun, les Hauts-Bassins, la Comoé sont aujourd'hui touchées. Il faut dire que quasiment toutes les localités du pays sont concernées par la menace qui se rapproche chaque jour un peu plus des grandes villes. Prenant conscience de l'ampleur de la situation, le Gouvernement Kaboré va faire adopter une loi par l'Assemblée nationale en créant les Volontaires pour la Défense de la Patrie (V.D.P.) qui sont venus s'ajouter aux groupes d'auto-défense qui existaient déjà dans les localités à fort défi sécuritaire. L'adoption de ces mesures a permis d'épauler les forces de défense et de sécurité avec des supplétifs civils qui les aident sur les différents théâtres d'opérations à travers le pays. Les attaques les plus importantes intervenues récemment ont eu lieu à Sohlan où des tueries de masses de civils ont été enregistrées, à Inata où c'étaient les gendarmes qui étaient visés puis plus récemment à Seytenga non loin de la frontière nigérienne. Dans certaines localités telles que l'Est du pays ou la

Boucle du Mouhoun, l'état d'urgence a été instauré, ce qui entraîne notamment des restrictions de la liberté d'aller et de venir avec l'instauration du couvre-feu, les libertés de manifestation, de réunion. Toujours dans le cadre des mesures restrictives, le Gouvernement Kaboré peu avant sa chute avait adopté une loi qui interdit de diffuser notamment de diffuser des informations sur les opérations militaires en cours, les attaques terroristes et les bilans chiffrés autres que ceux donnés par le Gouvernement. La presse et les organisations de défense des médias s'étaient sentis directement visés par ces mesures liberticides qui selon elles constituent une entrave au libre exercice de leur métier. Cette législation est toujours en vigueur. La loi de 2015 qui régit la lutte contre le terrorisme au Burkina comporte les mêmes caractéristiques que beaucoup de législations dans ce domaine. Elle ne donne pas une définition objective du terrorisme mais se contente de lister les actes susceptibles de constituer des actes terroristes. Cela est problématique dans la mesure où un acte à caractère terroriste peut être posé sans relever de la catégorie de ceux prévus dans cette liste. Dans ce cas, les Magistrats sont obligés de recourir à la qualification d'infraction en relation avec une entreprise terroriste pour atteindre le seuil criminel pour inclure l'acte en question dans la catégorie des actes

terroristes. Pendant longtemps, le Burkina a constitué un havre de paix, un modèle de pays de tolérance. Mais l'insurrection populaire de fin 2014, combinée à la chute puis au départ en exil de Blaise Compaoré a changé la donne. Depuis le mois de Juin 2022, le nouveau régime militaire qui dirige le Burkina suite au coup d'état du 24 janvier 2022 a créé des zones dites d'intérêt militaire dans un but de sécurisation de ces localités dites à fort défi sécuritaire. Ces zones d'intérêt militaire se situent dans le Sahel à proximité de la frontière malienne et à l'Est du pays. Il s'agit selon le Commandement des Opérations du Théâtre National (le C.O.T.N.), la nouvelle structure chargée de coordonner les actions anti-terroristes sur le terrain, de libérer ces localités de l'emprise des groupes armés. Selon le Commandant de cette structure, la création de ces zones et les consignes données aux populations locales pour libérer ces localités afin de permettre aux forces de sécurité de mener leurs opérations n'a pas rencontré de difficultés majeures.

Il reste que la lutte contre le terrorisme en tant qu'impératif pour la survie même de l'Etat entraîne des contraintes pour ces mêmes populations dont on doit restreindre les prérogatives afin d'assurer leur propre survie. Dans cette tâche difficile des forces de défense et de sécurité, il y a souvent des atteintes aux droits fondamentaux et des

violations. Il convient maintenant de s'y intéresser.

II- Les violations des droits fondamentaux en période de lutte antiterroriste au Burkina Faso et aux Etats-Unis

La lutte contre le terrorisme est une réaction logique de l'Etat pour assurer sa survie. En tant que telle, elle constitue un impératif auquel l'Etat et à travers lui les populations adhèrent dans leur propre intérêt. Mais des dérives existent et elles constituent la face cachée de cette œuvre étatique. Malheureusement les forces de sécurité se livrent souvent à des violations des droits fondamentaux. Sujet tabou au Burkina (**A**), la question a été largement relayée aux Etats-Unis où il existe des contre-pouvoirs sont plus forts et la presse indépendante plus développée (**B**).

A- La face cachée de la lutte antiterroriste au Burkina

Au Burkina peu de médias font cas des stigmatisations des communautés pour plusieurs raisons et notamment parce qu'il s'agit d'un pays multi-ethnique où la cohésion sociale est plus que jamais menacée et surtout parce que l'opinion nationale dans sa majorité y est hostile parce que le terroriste a fait beaucoup de

ravages et a traumatisé les populations. Il convient d'examiner d'abord la question de la stigmatisation des communautés (1). Ensuite, il convient de s'intéresser aux autres violations des droits fondamentaux (2).

1- La stigmatisation des communautés

Au Burkina, la question de la stigmatisation des communautés n'est pas nouvelle. Elle a toujours existé de manière latente dans la société burkinabè. C'est un pays multi-ethnique avec une ethnie majoritaire à plus de 60%. Pour plusieurs raisons, la répartition des richesses et des ressources du pays n'a pas toujours été équitable et objectives. Les promotions politiques n'ont pas toujours respecté cette origine ethnique ou régionale chère aux burkinabè.

Mais la question a pris un relief particulier avec l'arrivée puis de l'expansion du terrorisme islamiste et de l'insurrection à main armée qui est en cours dans le pays. Selon le Gouvernement, certains burkinabè pour des raisons diverses notamment politiques, religieuses, idéologiques, économiques, ethniques ont pris des armes contre l'autorité centrale dans le but de le renverser. Selon certains médias, des communautés sont en conflit contre les autorités centrales et les forces de défense et de sécurité qui les représentent auprès de

ces populations. Les élus locaux, les autorités coutumières et religieuses, les autorités politiques déconcentrées sont souvent ciblés par ces groupes armés.

Il s'en est suivi des massacres de masses dont les plus importants ont eu lieu à Yirgou, à Kain dans le Nord puis à Tawalbougou dans l'Est du pays. Plus récemment des attaques et tueries de masses ont été enregistrées à Solhan puis à Seytenga. Dans ces différents massacres, ce sont des communautés et des ethnies bien précises qui étaient visées. Par exemple, à Yirgou, c'était la communauté Peulh qui était visée et suite à ce massacre intervenu un 31 décembre, c'est le Président Kaboré lui-même qui s'était rendu sur les lieux afin d'apaiser les tensions. Mais le dossier Yirgou est resté à ce jour impuni. Jamais les auteurs de ces crimes de masses n'ont été poursuivis et traduits en justice. Pourtant, selon les mêmes autorités centrales, la justice est désormais indépendante suite aux réformes en cours depuis 2015 et les magistrats sont à l'écoute des populations. Un collectif contre la stigmatisation des communautés a été créé et vise à défendre les droits et intérêts des minorités brimés dans leurs droits sous couvert de la lutte antiterroriste. Il en résulte que cette stigmatisation des populations et de certaines communautés apporte de l'eau au moulin des groupes armés dont la capacité de recrutement n'a

cessé de s'accroître au cours de ces dernières années. Ces dérives étatiques permettent aux groupes armés de convaincre facilement les jeunes désœuvrés pour des raisons ethniques à s'engager dans la lutte armée contre leur propre Gouvernement. A Seytenga, selon certaines informations, c'est la communauté mossi qui était visée et ces attaques non seulement ont touché les civils qui ont péri mais se sont déplacés massivement mais contribuent à alimenter les informations qui pointent du doigt la justice accusée de partialité et de traitement diligent seulement de certains dossiers au détriment d'autres dossiers.

Les massacres de masse relayés par les médias nationaux et certains médias internationaux ont créé la psychose, la peur et la méfiance entre les communautés et au sein de la population. Les populations du Sahel, en majorité constituées par l'ethnie peulh sont souvent associées au terrorisme et aux attaques des groupes armés. Selon des propos tenus récemment c'est-à-dire en juillet 2022 à l'occasion de son audition par le Groupe d'amitié France-Burkina, l'ambassadeur de France au Burkina, son excellence M. Luc Hallade a déclaré que le conflit qui est en cours au Burkina est une guerre civile. Il a expliqué qu'une partie de la population a pris les armes et veut renverser le Gouvernement. Ces propos ont été contredits par le Gouvernement

burkinabè qui parle plutôt d'exagération dans l'analyse faite par le diplomate français. Pourtant, le Gouvernement burkinabè a bien reconnu que ce sont des Burkinabè pour diverses raisons déjà mentionnées dans cette étude qui ont pris les armes contre leur Gouvernement et les Forces de sécurité. Selon des informations de la Ministre du Genre relayées récemment c'est-à-dire en juillet 2022 par la presse, une tendance inquiétante s'observe désormais dans ce conflit c'est-à-dire que des femmes participent au conflit aux côtés des groupes armés en leur apportant de l'aide notamment dans la logistique, le renseignement et sur les différents théâtres d'opérations. La tendance à la généralisation du conflit est bien réelle et le risque de guerre civile généralisé est aussi une réalité. C'est la conséquence non seulement des difficultés rencontrées par les forces de sécurité à pacifier les localités à fort défi sécuritaire, mais aussi c'est une conséquence de la stigmatisation de certaines communautés. En réalité, un conflit ethnique est en cours au Burkina selon les propos mêmes du porte - parole du Gouvernement, le Ministre de l'éducation nationale, M. Lionel Bilgo. Ces propos vont dans la droite de ligne des affirmations de certains médias qui suite à des investigations ont révélé qu'une partie des populations qui se sont constitués en groupes armés se battent

contre les forces de sécurité burkinabè pour des raisons ethniques. Selon le Ministre Bilgo qui a parcouru la région de l'Est et la zone des trois frontières qui est frontalière avec le Niger, les stigmatisations des communautés sont en grande partie la cause de la guerre qui oppose le Gouvernement central burkinabè aux groupes armés qui le combattent à l'intérieur du pays. Selon aussi les études menées par le Centre pour la Gouvernance Démocratique, 70 % des personnes qui ont pris les armes contre l'Etat burkinabè et ses forces de sécurité ont agi ainsi suite à des dérives dans la lutte contre le terrorisme et notamment la stigmatisation des communautés à travers les enlèvements, les disparitions forcées, les tortures, les exécutions sommaires. Telle est donc la face cachée de la lutte contre le terrorisme au Burkina. Seuls quelques médias audacieux relayent ces informations sur les dessous de cette lutte contre le terrorisme qui se mène dans le Burkina profond. Mais ce n'est pas tout. Il existe d'autres violations des droits fondamentaux qu'il convient d'examiner à présent.

2- Les autres violations des droits fondamentaux

Aucune guerre par nature n'est propre et les dérives existent de part et d'autre. La guerre qui se mène au Burkina contre le terrorisme n'échappe pas à cette réalité. Du côté des groupes armés, on distingue cette

insurrection à main armée dirigée contre l'Etat central de la part en grande partie d'autres Burkinabè pour des raisons diverses qui ont largement été développées dans cette étude. Mais on distingue également des groupes jihadistes affiliés aux différents mouvements internationaux tels que Al Qaida ou l'Etat islamique qui opèrent au Nord Mali avec leurs implantations et ramifications au Burkina.

La Convention sur la répression du financement du terrorisme indique que toute personne placée en détention préventive se voit garantir un traitement équitable et, en particulier, jouit de tous droits et bénéficie de toutes les garanties prévues par la législation de l'État sur le territoire duquel elle se trouve et les dispositions du droit international, y compris celles qui ont trait aux droits de l'homme⁶³.

Pour ce qui est du droit à l'assistance d'un défenseur, le Comité des Droits de l'Homme

s'est inquiété des mesures de lutte contre le terrorisme qui empêchent le détenu d'avoir accès à un conseil immédiatement après son arrestation. La nécessité d'une mesure prévoyant un délai, qui doit rester bref, pour un tel accès, peut se justifier mais doit rester en conformité avec les obligations imposées par les articles 9 et 14 du Pacte

⁶³ Article. 17.

international relatif aux droits civils et politiques. Plusieurs dispositions du code procédure pénale posent le principe de l'interdiction de la torture, que cela soit pour rechercher des preuves, soit pour punir. Ainsi, toute déclaration obtenue par suite de torture ou de pratiques assimilées ne peut être utilisée comme un élément de preuve dans une procédure, sauf pour établir la responsabilité de l'auteur de l'infraction. Par exemple l'article 518-1 énonce que « *Sans préjudice des principes et règlements régissant la procédure d'extradition, nul ne peut être extradé, expulsé ou refoulé par les autorités burkinabè vers un Etat où il encourt le risque d'être soumis à la torture. Dans ce cas, les juridictions burkinabè ont compétence pour juger la personne sur les faits faisant l'objet de l'extradition si ceux-ci sont prévus et punis par la législation en vigueur au Burkina Faso ou s'ils constituent un crime international* ». De manière spécifique, lorsqu'il s'agit de procédure ayant la qualification de terroriste l'article 515-16 énonce simplement que les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction peuvent être opérées à toute heure du jour et de la nuit. Cette opération se fait sans contrepartie en termes de garantie. L'article 515-17 complète l'exception en ces termes « *Si les nécessités de l'instruction relative à l'une*

des infractions mentionnées aux points 1 et 2 de l'article 515-1 de la présente loi l'exigent, le juge d'instruction peut autoriser les officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire à procéder à des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction à toute heure du jour et de la nuit. Il peut notamment le faire :

- 1. lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit flagrant ;*
- 2. lorsqu'il existe un risque immédiat de disparition des preuves ou des indices matériels ;*
- 3. lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes se trouvant dans les locaux où la perquisition doit avoir lieu sont en train de commettre des crimes ou des délits entrant dans le champ d'application de l'article 515-1 de la présente loi ».*

Le recours à la torture est une réalité de la part de l'armée burkinabè. Sur ce point les ONG de défense des droits humains tels que Amnesty International, Human Rights Watch, la FIDH, le Mouvement Burkinabè des Droits de l'Homme et des Peuples ont toujours attiré l'attention des autorités burkinabè et de l'opinion nationale et internationale sur ces violations de ces engagements nationaux et internationaux

du pays. Dans les prisons secrètes du Burkina, le recours à la torture est avéré et le Collectif contre la stigmatisation des communautés a relayé plusieurs cas. Ce même collectif a aussi mentionné les cas de disparitions forcées de certaines personnes soupçonnées par les forces armées burkinabè d'apporter des soutiens aux groupes armés qui les combattent sur les différents théâtres d'opérations. Le problème majeur dans cette situation est que bien souvent, les personnes enlevées et qui sont ensuite portées disparues ou exécutées appartiennent à l'ethnie Peulh qui pour certains Burkinabè sont associés au terrorisme et à l'extrémisme violent. D'ailleurs, lors d'un de ses déplacements dans une base d'opération de l'armée burkinabè et notamment à Mangodara dans la région des Cascades, le chef de la junte militaire, le Lieutenant-Colonel Paul-Henri Sandaogo attirait l'attention des troupes sur la nécessité de refuser tout recours à la stigmatisation et à l'indexation d'une ethnie et d'une communauté comme source de l'extrémisme violent et du terrorisme. Il a insisté sur l'idée que la réussite de la mission des forces de sécurité burkinabè impliquait de travailler en bonne intelligence avec les populations locales et avoir leur concours et leur aide afin d'identifier les personnes soupçonnées ou impliquées dans le terrorisme et l'extrémisme violent.

Toutes ces illustrations qui sont mentionnées dans cette étude ne sont pas propres au Burkina. Ailleurs dans le monde, les mêmes dérives existent. Voyons comment les Etats-Unis qui ont dû affronter les attentats de New York en 2001 et leurs conséquences ont traité la question.

B- Les limitations spéciales des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte antiterroriste aux Etats-Unis

Dans ce pays, les attentats terroristes de 2001, les plus graves jamais enregistrés dans l'histoire, ont entraîné une réaction inédite des autorités politiques américaines. Plusieurs mesures juridiques, politiques et judiciaires ont été prises pour faire face au fléau. La mesure emblématique sur le plan juridique a été le vote par le Congrès américain à la demande de l'Exécutif américain du USA Patriot Act, une loi particulièrement restrictive des droits fondamentaux (1). C'est ensuite sur le terrain judiciaire que les limitations des droits fondamentaux ont été mises en œuvre (2).

1- Le Patriot Act par son contenu porte atteinte aux droits fondamentaux

Après de brefs débats qui ont traduit les préoccupations de certains parlementaires

en matière de libertés et sous la pression des événements, le Congrès adopte dans l'urgence (sans qu'aucune Commission du Congrès ne soit saisie pour en débattre), le Patriot Act⁶⁴ le 26 octobre 2001.

Le Patriot Act consacre tout d'abord une définition très large du terrorisme. Dans sa Section 802, il lie notamment la notion de « terrorisme intérieur » (domestic terrorism) à toute activité mettant en danger des vies humaines sur le territoire national en violation des lois des Etats-Unis ou d'un Etat et « visant à intimider la population civile ou infléchir la politique du gouvernement par le biais de la destruction massive, d'assassinats ou d'enlèvements ». Une telle définition peut s'appliquer à une très large variété d'activités qui ne sont pas liées au terrorisme.

Certains dispositifs du Patriot Act ont ainsi pu être utilisés par les autorités fédérales dans des affaires de droit commun pour obtenir des éléments de preuve dans des cas de chantage, de trafic de drogue, de blanchiment d'argent, de corruption de représentants d'Etats étrangers notamment⁶⁵. On peut ici faire un rapprochement avec la législation italienne

qui prévoit une incrimination dont la motivation est clairement politique : l'association subversive. Par cette incrimination, le Code pénal italien punit celui qui assure « la promotion » ou l'organisation » d'une association subversive, une organisation « destinée à établir violemment la dictature d'une classe sociale sur les autres » ou « à bouleverser par la violence l'organisation économique ou sociale instaurée par l'Etat ». L'incrimination permet aussi de poursuivre la simple participation à de telles associations. Le fait que l'incrimination d'organisation subversive puisse s'appliquer à des personnes qui pratiquent la désobéissance civile et l'activisme non-violent montre bien le caractère subjectif de la notion de violence utilisée dans cet article. Il n'est pas nécessaire de passer à l'action pour être incriminé puisque l'art.272 s'attaque à la propagande. L'Italie utilise trois techniques d'incriminations du terrorisme : les incriminations classiques, les incriminations périphériques, qui développent les circonstances aggravantes liées à l'intention de l'auteur de l'infraction, lorsque celui-ci poursuit « un but terroriste ou de renversement de l'ordre démocratique⁶⁶ ». Cette dernière technique est issue d'une loi-cadre qui ne définit pas

⁶⁴ Le texte est intitulé « Uniting and Strengthening America by providing Appropriate Tools required to intercept and obstruct Terrorism », *USA Patriot Act of 2001*, Public Law n°107-56, 115 Stat.272.

⁶⁵ Erwin Chemerinsky, « Losing liberties : applying a foreign intelligence model to domestic law enforcement », *51 UCLA Law Review*, 1619 (2004).

⁶⁶ Art. 270 bis du Code Pénal italien.

ce qu'elle entend par terrorisme. Ces techniques d'incriminations illustrent une marge d'appréciation quasi-illimitée donnée aux juges et aux forces de police.

Ensuite, le Patriot Act élargit le champ des dispositifs exceptionnels de surveillance électronique ou de perquisition applicables seulement jusque-là à des organisations étrangères ou à leurs agents, à des fins notamment de contre-espionnage⁶⁷. Désormais, le Patriot Act permet l'utilisation de tels dispositifs pour toutes enquêtes ou procédures de droit commun, concernant des nationaux comme des étrangers à la seule condition qu'elles puissent être liées à la recherche d'information concernant des organisations étrangères⁶⁸.

En dernier lieu, le Patriot Act accorde de nouveaux pouvoirs spéciaux de collecte d'information permettant en particulier l'identification des sources de communication par e-mail, des sites Internet visités, des adresses électroniques des destinataires, l'écoute et l'enregistrement de toute communication téléphonique y compris à partir de

téléphones publics. La principale modification intervenue en droit américain à ce niveau concerne la motivation pour justifier l'opération : il suffit désormais d'invoquer « les nécessités d'une enquête criminelle », standard plus laxiste que les exigences précédentes de « soupçon raisonnable » ou de présomption suffisante (*probable cause*).

Les pouvoirs spéciaux accordés par le Patriot Act sont à l'origine des conflits potentiels entre dispositifs de prévention et de répression du terrorisme et protection des libertés fondamentales dans le système américain actuel.

2- Les contradictions du juge américain à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme

Après la DDHC de 1789, l'Amérique offre avec son Bill of rights une référence première des conquêtes modernes de la liberté. Son système constitutionnel tout entier repose même sur les exigences de protection des libertés individuelles face au pouvoir politique⁶⁹. Comme la France, les Etats-Unis ont été marqués par des périodes de mises entre parenthèses de droits ou de violations des libertés lorsque des tensions intérieures ou extérieures placent le pays en situation de crise.

⁶⁷ Il s'agit en particulier du FISA (Foreign Intelligence Surveillance Act) de 1978 amendé en 1995 (FISA, Public Law n°95-511, 92 Stat. 1783 (1978) Codified as amended at So. USC, §1801-1811 (2000).

⁶⁸ Selon le Département de la Justice, pendant la seule année 2002, il y a eu 1128 mandats d'investigation qui ont été demandés sur la base du FISA amendé par le Patriot Act et accordés par l'organe judiciaire spécial (FISA Court) qui se prononce de manière totalement secrète.

⁶⁹ Bruce Ackerman, « The emergency Constitution » 113 *Yale Law Journal*, 1029 (2004); Cf. aussi Jacques Soppelsa, « Les Etats Unis et le terrorisme international », *Rev. Pol. Et parl.* 2010 ; Jean-Pierre Filiu, « Al-Qaida: le jihad global », *Rev. Pol. Et Parl.* 2010.

Dès 1798, le Congrès adoptant le « Alien and Sedition Act » qualifiait de crime fédéral toute critique erronée du gouvernement ou de ses représentants⁷⁰. Cette loi fut utilisée pour emprisonner des opposants et des peines d'emprisonnement manifestement disproportionnées furent prononcées. Suite à l'élection du Président Thomas Jefferson, la loi fut abrogée en 1801 et ce dernier entreprit de gracier les personnes condamnées. La guerre civile marqua la seconde période de remise en cause des libertés avec la décision du Président Lincoln de suspendre les recours d'habeas corpus et de faire emprisonner les individus s'élevant contre la conduite des opérations par le pouvoir fédéral. Soixante ans après *Marbury v. Madison*, la Cour suprême réagit et déclara la suspension inconstitutionnelle⁷¹. Les atteintes à la liberté d'expression d'opposants à la conscription et de pacifistes, condamnés parfois à de lourdes peines de prison, après l'entrée en guerre des Etats Unis en 1917 furent néanmoins validées au moyen du standard du « danger clair et imminent » (*clear and present danger test*)⁷². Des atteintes semblables ont été jugées « scélérates » et déclarées inconstitutionnelles comme contraires aux

exigences du Premier Amendement⁷³. Pendant la seconde guerre mondiale, plus de cent mille américains d'origine japonaise ont été internés dans des « camps de concentration » sans qu'aucun ne soit jamais poursuivi pour espionnage ou atteinte à la sécurité nationale. Dans une décision très controversée, la Cour suprême valida les mesures au nom de la déférence à accorder à l'Exécutif en temps de guerre⁷⁴. La période du « McCarthyism » et la chasse aux sorcières constitue ensuite la période qui a vu se produire des violations flagrantes des droits fondamentaux de personnes soupçonnées d'avoir des sympathies pour le communisme ou de conspiration contre le gouvernement dans les années 1950. La Cour suprême valida alors les poursuites et sanctions contre des personnes à raison de leurs opinions ou expressions, invoquant à nouveau le standard de « danger clair et imminent » au mépris des exigences du Premier Amendement⁷⁵.

Face à l'histoire qui se répète et aux nouveaux défis du terrorisme international, les Etats-Unis ont rapidement défini un cadre d'intervention aux implications particulièrement lourdes en matière de libertés et de droits fondamentaux à travers

⁷⁰ *Alien and Sedition Act of 1798*, 5 Cong. Ch.74, 1 Stat 596 (expired 1801).

⁷¹ *Ex parte Miligan*, 71 US (4 Wall.) 2 (1866)

⁷² *Schenck v. United States*, 249 US 47 (1919)

⁷³ Laurent PECH, *La liberté d'expression et sa limitation*, préf. Guy Scoffoni, Paris, Clermont-Ferrand, LGDJ-Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2003, pp.454 et svts.

⁷⁴ *Korematsu v. United States*, 323 US 214 (1944)

⁷⁵ *Dennis v. United States*, 341 US 494 (1951)

l'adoption et l'application du *Patriot Act*. Le cadre américain de lutte contre le terrorisme mérite une attention particulière de même que les conflits entre dispositifs de lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux.

Il arrive parfois que les procédures de droit commun soient utilisées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme⁷⁶ par les autorités américaines mais deux séries de prérogatives sont souvent aussi invoquées à savoir les pouvoirs exceptionnels et les dispositions particulières de la loi dite du « Patriot Act ». C'est le 14 septembre 2001 que le Président G.W. BUSH proclame « l'état d'urgence nationale en liaison avec les attaques terroristes » (*Declaration of national Emergency by Reason of certain Terrorist Attacks*⁷⁷) et invoque divers pouvoirs législatifs.

Quatre jours plus tard, le Congrès adopte une Résolution conjointe autorisant le Président à engager des actions militaires utilisant « toute force appropriée et nécessaire contre les nations, organisations ou personnes qui auraient selon lui

organisé, autorisé, exécuté ou soutenu les attaques terroristes du 11 septembre 2001, ou hébergé ces personnes, afin de prévenir toute action future de terrorisme international contre les Etats-Unis par ces nations, organisations ou personnes⁷⁸ ».

En vertu de la Constitution, les autorités fédérales disposent de pouvoirs particuliers en matière d'affaires étrangères, de défense nationale et de guerre (War Powers). Le Congrès dispose notamment du pouvoir de déclarer la guerre et de constituer des forces armées⁷⁹. Le Président, en vertu de son statut de commandant en chef des forces armées, est chargé de repousser toutes invasions ou attaques contre les Etats Unis⁸⁰. Par conséquent, les tribunaux fédéraux sont très respectueux des actions engagées par les autorités politiques relatives à la guerre et à l'utilisation des forces militaires à l'étranger⁸¹. Par ailleurs, en vertu du précédent de la Cour suprême dans la célèbre affaire *Youngstown*, les tribunaux font preuve d'une déférence plus sensible à l'égard de l'exercice des pouvoirs d'urgence sur le territoire national quand le Président agit sur la base d'une

⁷⁶ Les auteurs de l'attentat contre les ambassades américaines au Kenya et en Tanzanie en 1998 ont été jugés par une Cour fédérale de district de New York (*v. United States v. El-Hage*, 213 F3d 74 (2nd Cir.), cert. Denied, 531 US 881 (2000). R. Reid arrêté alors qu'il portait des explosifs dans ses chaussures a été poursuivi devant des juridictions de droit commun également (*v. United States v. Reid*, 214 F. Supp. 2d 84 (D. Mass 2002).

⁷⁷ *Proclamation 7463*, 66 *Federal register*, 48199 (sept.14, 2001).

⁷⁸ *Authorization of Use of military force, Public Law 107-40*, 115 Stat. 224 (sept.18, 2001). Le Président Bush signa cette résolution le même jour.

⁷⁹ Constitution des Etats Unis du 17 septembre 1787, Article I, §8, cls 10-16.

⁸⁰ Constitution précitée, Article II, §2, cl. 1.

⁸¹ Cf. La décision de la Cour d'appel pour le quatrième circuit dans l'affaire *Hamdi v. Rumsfeld*, 316 F. 3d 450, 462-470 (4th Cir. 2003).

autorisation du Congrès⁸². Sur ce point, nous pouvons nous référer à un cas célèbre.

La Cour suprême a en effet admis la constitutionnalité des poursuites contre des « combattants ennemis » devant les tribunaux militaires au lieu des juridictions de droit commun. Dans une décision *Ex Parte Quirin* de 1942⁸³, la Cour statuait en urgence sur le recours de six allemands et un américain contre la décision présidentielle en forme de *Military Order* ordonnant leur jugement par un tribunal militaire à raison d'actes commis sur le territoire national et portant atteinte à la sûreté de l'Etat, durant la deuxième guerre mondiale. La Cour admit à l'unanimité que le Président avait valablement invoqué les pouvoirs conférés par le Congrès pour organiser de telles instances. Qualifiés d'« ennemis combattants irréguliers » (*unlawful enemy combattants*), la Cour jugea qu'ils pouvaient tous, y compris le citoyen américain, relever des tribunaux militaires.

C'est sur ces bases que le Président Bush affirma rapidement sa volonté d'utiliser de tels tribunaux pour juger les terroristes présumés. Le 13 novembre 2001, il signa ainsi un *Military Order* autorisant le Secrétaire à la Défense à placer en

détention les terroristes présumés et préparer leur jugement par des tribunaux militaires⁸⁴. La mesure présidentielle pouvait potentiellement concerner toutes personnes dépourvues de la nationalité américaine et suspectées de participation ou complicité avec Al Qaeda ou autres complots terroristes contre les Etats Unis. D'autres dispositions furent promulguées par la suite par le Département de la défense et qui régissaient les tribunaux militaires, leurs compétences et procédures⁸⁵.

Le Patriot Act lui ne renferme aucune disposition spécifique prévoyant l'intervention des tribunaux militaires ou la détention d'« ennemis combattants » mais il constitue l'élément le plus significatif du nouveau régime américain de lutte contre le terrorisme et sans doute la plus grande menace pour les libertés.

CONCLUSION

La question de la limitation des droits fondamentaux dans le contexte de la lutte

⁸² *Youngstown Sheet and Tube Co v. Sawyer*, 343 US 579 (1952) et Hamdi, préc. 296 F. 3d art.281

⁸³ *Ex Parte Quirin*, 317 US 1 (1942).

⁸⁴ *Military Order, Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism*, 66 Federal Register 57833 (Nov. 13, 2001).

⁸⁵ Cf. notamment Military Commission Order n°1 (March 21, 2002) et Military Commission Instructions n°1-8 (April 30, 2003). Sur ces mesures, Cf. Gerard J. Clark, « Military Tribunals and the Separation of Powers », 63, university of Pittsburgh Law Review 837 (2002) et Jack GOLDSMITH and Cass SUNSTEIN, «Military tribunals and legal Culture: what a difference sixty years makes», 19 Constitutional Commentary 261 (2002).

contre le terrorisme n'est pas nouvelle. Elle date de depuis que le terrorisme se présente comme une menace pour la sécurité nationale et la survie même des Etats. Cependant, elle ne présente pas les mêmes visages suivant les pays et les régions du monde. C'est pourquoi une étude comparative est toujours intéressante dans ce cadre.

Cette étude a permis de constater que les justifications qui soutendent le recours à ces limitations sont nombreuses. Elles sont fondées notamment sur l'Etat d'exception, la raison d'état, les circonstances exceptionnelles. Ces limitations prennent aussi des formes variées. On peut mentionner à ce titre l'état de siège, l'état d'urgence, les pouvoirs exceptionnels des Chefs d'Etats. Parfois même, ce sont des législations dites d'exception qui permettent d'aboutir à ces limitations. Dans tous ces cas de figure, les habilitations législatives et constitutionnelles sont très prisées ainsi que le démontre par exemple le cas burkinabè où récemment en 2022, l'Assemblée Législative de la Transition, le Parlement transitoire a habilité le Gouvernement à légiférer par ordonnances dans le cadre des nécessités de sujétions liées à la défense nationale. La justification ultime de ces limitations ainsi que l'a mentionné le Lieutenant-Colonel Paul-Henri Sandaogo dans un discours durant le

mois d'Avril 2022 est le suivant : « il vaut mieux perdre sa liberté pour un moment pour la recouvrer ensuite pour toujours plutôt que de continuer en bénéficiant aujourd'hui pour ne plus l'avoir demain et pour les générations futures ». Pour cela, il faut selon ses propos, recourir à ces limitations qui font du Chef de l'Etat un « dictateur » à l'image de celui qui existait dans l'empire romain d'occident.

L'autre constante mentionnée dans cette étude c'est que ces limitations aboutissent non seulement à des limitations des droits fondamentaux pour le salut de l'Etat mais des dérives existent. Partout dans le monde, et même aux Etats-Unis, pays de référence et pionnier en matière de droits humains et de liberté, ces dérives ont été enregistrées. Elles vont des détentions secrètes, aux exécutions sommaires en passant par les tortures, les viols, les enlèvements et les disparitions forcées. Les ONG de défense des droits humains et certaines organisations de la société civile se font l'écho des dérives dans la lutte contre le terrorisme. Dans des pays comme le Burkina, il s'agit d'un sujet tabou en raison du caractère multi-ethnique du pays et surtout des ravages que le terrorisme a fait depuis maintenant 6 ans. Pourtant les règles de l'Etat de droit et des droits humains sont formelles. Les règles de droit sont les mêmes pour tous et il n'existe pas de hiérarchie entre la protection des droits

humains et la lutte contre le terrorisme. Les limitations aux droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme doivent être prévues par la loi et soumises à un contrôle judiciaire. Les règles de l'Etat de droit visent à protéger la liberté des citoyens.

DROIT DE VOTE ET PRESERVATION DE L'INTEGRITE DU TERRITOIRE EN PERIODE DE CRISE SECURITAIRE EN AFRIQUE : ÉTUDE A PARTIR DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE DES ÉTATS D'AFRIQUE NOIRE D'EXPRESSION FRANÇAISE

Dr. Martine BIKOE

Maitre-assistant

Enseignant-chercheur

Université de Ngaoundéré- Cameroun

RÉSUMÉ : Depuis plus d'une décennie, l'élection est devenue le mode par excellence de dévolution du pouvoir en Afrique. Sa manifestation concurrencée à travers l'instauration constitutionnelle du multipartisme a favorisé l'acceptation générale du principe de l'organisation d'élections libres et transparentes à intervalles réguliers. Mais, son déroulement dans des contextes de crise sécuritaire a enfreint, à plus d'un titre, le droit de vote du citoyen au sein de la circonscription électorale une et univoque, ceci à cause de la conception différenciée de l'intégrité du territoire dans les États africains. D'ailleurs, si la tenue des opérations électorales dans ce continent se heurte ces derniers temps au problème de la sincérité des votes et de l'effectivité des suffrages universels, cette situation semble amplifiée en période de crise sécuritaire du fait de la conception ambivalente par le juge africain de l'atteinte à l'intégrité du territoire, conception écornant parfois l'expression de la souveraineté par le peuple à travers le droit de vote. A juste titre, cette étude fondée sur la jurisprudence constitutionnelle des États d'Afrique noire d'expression française met en lumière la double conception qu'a le juge africain de la préservation de l'intégrité du territoire : préservation s'exprimant par degré en période de crise. Alors que le juge, d'une part, sacralise la préservation de l'intégrité du territoire sur la circonscription unique, cadre d'exercice du droit de vote du citoyen, d'autre part, il aménage l'exercice dudit droit en fonction du degré d'atteinte à l'intégrité territoriale. En permettant ainsi l'expression de la souveraineté malgré la menace, le juge participe à l'altération du droit au vote, un droit fondamental du citoyen dont l'exercice est nécessaire à l'enracinement de la démocratie en Afrique.

Mots clés : *Circonscription électorale, crise sécuritaire, constitution, démocratie, élection, juge.*

ABSTRACT: For more than a decade, elections have become the mode of devolution of power in Africa par excellence. Its competitive manifestation through the constitutional instauration of the multiparty system has favored the general acceptance of the principle of the organization of free and transparent elections at regular intervals. But its organization in context of security crisis has violated in more ways than one the citizen's right to vote within the one and unambiguous electoral constituency, this because of the differentiated conception of the integrity of the territory in most Africans' States. Moreover, if the conduct of electoral operations in this continent has recently come up against the problem of the sincerity of votes, and the effectiveness of universal suffrage, this situation seems to be amplified in times of security crisis due to the ambivalent conception by the African judge of the attack or threat on the integrity of the territory, a conception sometimes tarnishing the expression of sovereignty by the people through the right to vote. Quite rightly, this study based on the constitutional jurisprudence of French-speaking Black African States highlights the dual conception that the African judge has of the preservation of the integrity of the territory: preservation being expressed by degree in crisis period. While the judge, on the one hand, sanctifies the preservation of the integrity of the territory in the single constituency, the framework for the exercise of the citizen's right to vote, on the other hand, he has arranged the exercise of the said right according to the degree of attack on territorial integrity. By thus allowing the expression of sovereignty despite the threat, the judge participates in the alteration of the right to vote, a fundamental right of the citizen whose exercise is necessary for the consolidation of democracy in Africa.

Key words: *Electoral constituency, security crisis, constitution, democracy, election, judge.*

Parler d'élections libres et transparentes en Afrique aujourd'hui constitue une vraie gageure au regard de l'environnement d'instabilité presque transnationale. En effet, les circonstances de crises qui entourent leur organisation dans les Etats africains semblent compromettre leur sincérité. La plupart de ces Etats font face à des crises sécuritaires enfleignant le fonctionnement régulier des institutions. Dans pareil contexte sécuritaire attentatoire aux libertés individuelles, il est difficile que les résultats attendus des scrutins puissent refléter la volonté du peuple, gage de la libre expression démocratique. Cette volonté considérée, par la Déclaration universelle des droits de l'homme, comme le fondement de l'autorité des pouvoirs publics « doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote »¹. Selon l'article 21 de ce texte, l'élection apparaît comme l'un des principaux moyens dont disposent les citoyens pour participer à la gestion de la vie dans la cité. Le Pr Duverger souligne à juste titre que « l'élection est la base du modèle démocratique »². Il s'agit d'un mode de dévolution du pouvoir à travers lequel le citoyen opère un choix par l'intermédiaire d'un vote ou suffrage³.

Si avant les années 1990, la participation de la population africaine aux élections se faisait sans réel engouement, en raison « des élections sans choix à

résultat plébiscitaire »⁴, le retour du multipartisme va permettre aux élections de devenir un enjeu, mieux encore la pierre angulaire du processus démocratique ainsi amorcé. Ainsi, dès 1994, des élections compétitives, tenant compte des conditions de transparence, d'honnêteté, de périodicité et des droits et devoirs des citoyens, ont été organisées quasiment dans toute l'Afrique. Mais, la généralisation des processus électoraux formels n'a pas réussi à empêcher la remise en cause de la transparence du fait du maintien au pouvoir de certaines dynasties familiales⁵. D'ailleurs, dans la plupart des Etats d'Afrique, non seulement la pratique électorale va se trouver affectée d'un coefficient de négativité suffisamment élevé⁶, mais aussi, les élections ne se déroulent pas toujours dans un cadre de paix à cause de la multiplication des crises d'ordre sécuritaire. Par conséquent, la légitimité politique que confère la tenue d'élections pacifiques indispensables pour le fonctionnement optimal de l'Etat se retrouve écornée.

Comment donc parvenir à une élection libre, juste et transparente sur l'étendue du territoire alors même que l'exercice des pouvoirs au sein de l'Etat

¹ - Article 21 alinéas 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

² - Maurice Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Puf, « Thémis », 1980, p. 82.

³ - Yves Meny, Olivier Duhamel, *Dictionnaire constitutionnel*, Puf, 1992, p. 372.

⁴ - Luc SINDJOUN, « Elections et politique au Cameroun : concurrence déloyale, coalitions de stabilité hégémonique et politique d'affection », *Afr. j. polit. sci.* (1997), Vol. 2, N° 1, pp.89-121.

⁵ - Tel est le cas au Gabon, en République démocratique du Congo et récemment au Tchad etc. Voir Vincent DARRACQ, Victor MAGNANI, « Les élections en Afrique : un mirage démocratique », *Institut français des relations internationales / « Politique étrangère »*, 2011/4 Hiver, pages 839 à 850.

⁶ - Joseph-Marie ZAMBO BELINGA, « La scénographie de la déviance dans les scrutins politiques. La violence comme phénomène électoral d'ici et d'ailleurs », *Cahiers d'études africaines*, 185 | 2007, pp.1-31.

s'avère quasi impossible à cause des périls graves menaçant l'intégrité du territoire. Dans ces circonstances, lorsqu'une partie du peuple ne peut exercer son droit de vote, l'on assiste à une rupture d'égalité entre les citoyens et partant à une atteinte à la souveraineté du peuple. C'est cette situation observée en Afrique, à partir de la vague de démocratisation, qui justifie l'intérêt accordé à cette analyse relative au droit de vote et crise sécuritaire afin de cerner comment le constitutionnalisme africain assure la préservation de l'intégrité du territoire au sein d'un échantillon d'États où ces crises semblent récurrentes.

Le continent africain, dès le début des années dix neuf cent quatre-vingt dix, a été marqué par des mutations induites par la compétition électorale. Cette dernière, qui résulte de la réintroduction du multipartisme dans la plupart des pays dudit continent, a contribué à la réduction, mieux encore à la mise entre parenthèse des régimes autocratiques y ayant perduré au nom des impératifs de la construction nationale et du développement. En effet, la plupart des élections s'inscrivant dans les progrès d'État de droit révèlent une nouvelle vision du politique. L'élection, de part sa qualité de mécanisme de désignation des gouvernants, est devenue ainsi une condition nécessaire du développement démocratique⁷. Il n'est donc pas étonnant que la démocratie soit considérée comme cette forme de gouvernance où les choix politiques sont déterminés par le peuple dans le respect de certains droits et obligations⁸. Pareille

conception de la démocratie met l'accent sur la liberté de choix laissée aux citoyens dans la désignation des gouvernants pour déterminer son niveau au sein des régimes politiques africains. Qualifiée donc de démocratie électorale, « ce mécanisme de choix de dirigeants politiques »⁹ s'analyserait comme une technique plébiscitaire favorisant la démocratie pluraliste. Cette dernière qui prend corps dans les constitutions africaines est perçue comme un système politique fondé sur « une conception politique et juridique qui privilégie la diversité des oppositions, des intérêts et de leur groupement dans la société civile »¹⁰. Aussi, observe-t-on l'accentuation de sa pratique dans les années 2000, laquelle produit des effets de représentation et de légitimation du pouvoir.

Dans ce contexte d'essor du constitutionnalisme post 1990, la constitution est devenue un moyen de limitation du pouvoir. Faisant prédominer les techniques de liberté sur les techniques d'autorité¹¹, elle se trouve sacralisée dans la quasi-totalité des États africains, lesquelles prescrivent à juste titre le pluralisme politique. Ce dernier est ainsi inscrit dans les Constitutions du Congo, du

Schumpeter et l'autre théorie de la démocratie, Texte présenté au Colloque SCHUMPETER organisé par le Groupe de recherche et d'étude sur les transformations sociales et économiques [GRETSE] et l'Association d'économie politique [AEP] à l'Université de Montréal le 26 janvier 1990, p.2.

⁹ - Samuel HUNTINGTON, cité par Graciela DUCATENZEILER, « Nouvelles approches à l'étude de la consolidation démocratique », in *La consolidation de la démocratie : nouveaux questionnements*, *Revue internationale de politique comparée*, volume 8, n° 2, été 2001, p. 192.

¹⁰ - Yves PIMONT, « La constitution de la République du Mali », *RJPIC* 1993, pp. 265 et ss.

¹¹ - Ismaïla Madior FALL, *Pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des États d'Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 22.

⁷ - Dodzi KOKOROKO, *Contribution à l'étude de l'observation internationale des élections*, thèse, Poitiers, Université de Poitiers, 2005.

⁸ - Joseph PLAMENATZ, *Democracy and Illusion*, London, Longman, 1973, cité par Gilles PAQUET,

Niger et du Togo qui reconnaissent aux partis politiques le monopole de la présentation des candidats aux élections nationales¹², ou du Bénin à travers l'adoption d'une charte des partis politiques¹³. Il en est de même des constitutions du Cameroun et du Sénégal¹⁴ qui font des partis politiques, des institutions intermédiaires entre l'Etat et la société, concourant à l'expression du suffrage. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'ils sont considérés comme « les agents qui forgent les liens entre les citoyens et les décideurs. Leur raison d'être étant de créer des connexions entre les gouvernants et les gouvernés »¹⁵. Suffit-il de voir le nombre substantiel d'électeurs qu'ils mobilisent depuis leur reconnaissance dans le constitutionnalisme africain.

Mais, malgré cette appropriation de la constitution par le pouvoir, par les partis politiques et par les citoyens¹⁶, celle-ci va faire l'objet répété des manipulations conduisant à son affaiblissement. S'il est vrai que le caractère prolifère des

dispositions des nouvelles constitutions africaines vise notamment la garantie et la protection de l'ordre politique pluraliste, des irrégularités entachant la compétition électorale du fait de la persistance des logiques de personnalisation au pouvoir persistent¹⁷. A cela, s'ajoute la position des partis politiques qui, au lieu d'influencer l'action collective et les prises de décisions¹⁸, séduisent plutôt l'électorat pour défendre les ambitions individuelles de quelques dirigeants au détriment des intérêts sociaux¹⁹. Cette situation a conduit au désenchantement des peuples africains qui avaient placé beaucoup d'espoir dans la démocratie pluraliste ; les exemples probants d'alternance à la suite d'élections libres et honnêtes sont quasiment rares²⁰. Même s'il ne s'agit pas d'une exclusivité africaine²¹, force est de constater que les élections dans ce continent noir sont de plus en plus contestées et débouchent dans la plupart des cas sur des vagues de violence²². Voilà pourquoi l'organisation des élections concurrencées en Afrique aujourd'hui, au regard de leurs imperfections et irrégularités, expose les

¹² - Article 3 de la Constitution guinéenne du 23 décembre 1990.

¹³ - Article 5 de la Constitution du Bénin du 2 décembre 1990.

¹⁴ - Article 3 de la Constitution du Cameroun du 18 janvier 1996 ; au terme de l'article 4 de la loi n°2016-10 du 5 avril 2016 portant révision de la Constitution au Sénégal, « les partis politiques et coalitions de partis politiques concourent à l'expression du suffrage dans les conditions fixées par la constitution et par la loi. Ils œuvrent à la formation des citoyens, à la promotion de leur participation à la vie nationale et à la gestion des affaires publiques ».

¹⁵ - Kay LAWSON, *Political Parties and Linkage. A Comparative Perspective*, New Haven, Londres, Yale

University Press, 1980, p.4, cité par Anja OSEI « La connexion entre les partis politiques et les électeurs en Afrique : Le cas Ghanéen », *Khatala/Politique africaine*, 2006/4, n°104, p.40.

¹⁶ - Fabrice HOURQUEBIE, « Le sens d'une constitution vu de l'Afrique », *Conseil Constitutionnel/Titre IV*, 2008/1, n°1, p. 35.

¹⁷ - Pour ce qui est de la capacité d'adaptation conservatrice des élites dirigeantes, lire Jean-François BAYARD, *L'État en Afrique : la politique du ventre*, Paris, Fayard, 1989, 330 p.

¹⁸ - Lire Max WEBER, « Parteitypen und Parteistrukturen », in Kurt LENK et Franz NEUMANN (eds), *Theorie und Soziologie der politischen Parteien*, Darmstadt, Neuwied, Hermann Luchterhand Verlag, 1974, pp. 314-329.

¹⁹ - Voir dans ce sens la longévité de certains chefs d'Etat africains au pouvoir : voir les cas du Gabon, de l'Angola, du Burkina-Faso, du Cameroun, du Soudan, du Tchad etc.

²⁰ - Voir les cas du Ghana, du Botswana etc.

²¹ - Voir dans ce sens, les contestations des résultats de l'élection présidentielle aux Etats-Unis, dans un climat insurrectionnel provoqué par le président sortant Donald Trump.

²² - Voir au Kenya en 2007, au Zimbabwe en 2008, en Côte-d'Ivoire en 2011, au Cameroun 2018, au Mali en 2018 etc.

nouvelles démocraties de ce continent à de récurrentes crises.

Si la crise s'entend comme « une situation trouble (souvent conflictuelle) qui, en raison de sa gravité, justifie des mesures d'exception »²³, elle peut être provoquée soit par des urgences d'ordre sanitaire ou écologique, soit par celles de type sécuritaire. Ces dernières qui intéressent cette analyse résultent soit de la violence organisée, soit du terrorisme ou des actes issus de la sécession, lesquels entravent à la construction et à la consolidation de l'Etat de droit reconnaissant des droits fondamentaux de l'humain en Afrique. De telles crises sont liées soit à l'échec de l'État à répondre à l'hétérogénéité sociale de l'Afrique²⁴, soit au manque de dialogue et de coopération entre le pouvoir et l'opposition, à l'exploitation et à l'instrumentalisation des différences ethniques, à l'échec de la gouvernance, elle-même liée en grande partie aux pratiques néopatrimoniales²⁵.

Au regard de leur complexité, les crises sécuritaires compromettent souvent la capacité des Etats à organiser des élections dans le respect des normes internationales. Celles-ci, faisant de l'élection un élément central de la participation à la direction des affaires publiques, reconnaissent à tout citoyen le droit de vote et l'opportunité sans aucune discrimination et sans restrictions déraisonnables. Malheureusement, le droit et la possibilité de tout citoyen « 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 »²⁶ semblent restreints à cause des crises portant atteinte à l'intégrité du territoire.

L'intégrité du territoire est un principe qui détermine le statut territorial d'un Etat. Evoquant le droit et le devoir inaliénable d'un Etat souverain à préserver ses frontières de toute influence extérieure, ce principe qui a à la fois une fonction stabilisatrice et protectrice permet à l'Etat d'éviter toute atteinte à son être²⁷. Appréhendée comme le droit souverain d'existence de l'Etat, l'intégrité du territoire est indissociable de la notion de souveraineté. Aussi, s'assimile-t-elle au principe de l'inviolabilité du territoire. C'est parce qu'elle suppose « l'absence de toute dépendance extérieure et de tout empêchement intérieur »²⁸ qu'elle se trouve consacrée par les constitutions en Afrique. L'échantillon des constitutions d'Etats faisant l'objet de cette étude affirme ce principe. Voilà pourquoi les constitutions du Cameroun, du Burkina-Faso, du Congo-Brazzaville, de la Côte d'Ivoire, du Gabon, du Mali, de la République centrafricaine, du Sénégal ou du Tchad²⁹ accordent des pouvoirs exceptionnels au président de la République en cas d'atteinte à l'intégrité du territoire.

²³ - Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} édition, Paris, Puf, p.289.

²⁴ - Raymond W. COPSON, *Africa's Wars and Prospects for Peace*, Armonk (NY), M. E. Sharpe, 1994, p. 74.

²⁵ - Mamoudou GAZIBO, « L'instabilité en Afrique et ses déterminants », *Introduction à la politique africaine*, Presse de l'Université de Montréal, 2010, pp. 117-137.

²⁶ - Voir l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

²⁷ - Raymond Carré De MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, vol. 1, Paris, Sirey, 1920, p.4.

²⁸ - Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 2003, p.135.

²⁹ - Voir respectivement les articles 9, 59, 93, 73, 26, 50, 28, 52, 96 des constitutions en vigueur desdits Etats.

Toutefois, Bien que le territoire soit le substrat matériel de l'exercice de la souveraineté du peuple, son intégrité est de plus en plus mise en cause aujourd'hui par la montée en puissance des groupes armés identifiables ou non revendiquant la perte de la valeur du droit de vote. Les actes de violence perpétrés par ces groupes ou bandes rebelles³⁰ ne permettent plus véritablement à certains Etats africains de former une communauté unique et solidaire dont l'indivisibilité repose sur l'idée essentielle de l'homogénéité nationale. A côté des actes perpétrés par ces groupes, s'ajoutent ceux des candidats ou des partis politiques conduisant soit à la propagande en faveur de la guerre, soit à la sécession. Or, cette dernière porterait atteinte à l'unité de l'Etat expressément prévue par le droit constitutionnel. S'il est vrai que les constitutions africaines ne mentionnent pas le terme « sécession », leur silence peut suffire pour l'interdire d'autant plus qu'elle s'oppose à l'intégrité du territoire dont l'atteinte constitue un frein à l'exercice libre du droit de vote.

Si l'organisation des élections en Afrique pour consolider la paix et asseoir la légitimité des pouvoirs visait au départ la démocratisation des Etats ainsi que la sortie des crises socio-politiques, force est de constater de plus en plus aujourd'hui que les élections agissent comme un catalyseur de tensions à cause des logiques de personnalisation et de leur résilience. Les conflits qui en découlent tiennent souvent à des raisons politiques liées à l'inefficacité de la procédure électorale. Ces conflits qui soulèvent le problème de sécurité amènent à s'interroger sur la mise

en œuvre de cette dernière dont la marge de manœuvre est laissée à l'appréciation de chaque Etat. La difficile appréhension de manière unique du mot « sécurité », dans la mesure où elle doit, selon Charles-Philippe David, « s'adapter à une violence qui, par définition, se transforme en permanence »³¹, permet à chaque Etat d'adapter les moyens dont il dispose à la nature de la menace pesant sur les intérêts vitaux ainsi que sur les valeurs fondamentales. Assurer la sécurité du territoire en Afrique conduit parfois les Etats à adopter des mesures restreignant l'exercice du droit de vote, un droit fondamental posé par la constitution. Pourtant, les modifications de cette dernière relativement à la durée du mandat présidentiel, mettant à rude épreuve la démocratie et les élections, ont occasionné d'énormes conflits portant atteinte à l'intégrité du territoire.

Si l'intégrité du territoire, principe posé par le droit, vise le maintien de l'ordre territorial et politique de l'Etat, la quasi-totalité des constitutions d'Afrique sacralise ce principe. C'est au nom de cette sacralité qu'on ne saurait organiser ni votation, ni élection (aucune consultation électorale) en période de crise. Ce principe qui résulte de la mise en œuvre d'une politique juridique destinée à concilier l'intégrité de l'Etat et les aspirations de ses populations serait entamé chaque fois que l'Etat n'arriverait pas à assurer la protection de sa composante humaine ainsi qu'à exercer sans contrainte ses compétences sur l'étendue de son territoire. Chaque fois qu'une crise sécuritaire menacerait l'Etat de manière ponctuelle ou non, qu'elle soit généralisée

³⁰ - Voir au Tchad avec les djihadistes, Boko-Haram et les ambazoniens au Cameroun ; il en est de même au Mali, au Niger, en République centrafricaine etc.

³¹ - Charles-Philippe DAVID, Jean-Jacques ROCHE, *Théories de la sécurité*, Paris, Montchrestien, 2002, p.9.

ou localisée, non seulement elle ébranlerait le droit de vote des citoyens mais aussi, elle empêcherait à l'Etat d'exercer la plénitude de son autorité en matière électorale sur son territoire. Et pourtant, dans certains Etats d'Afrique noire francophone, à l'instar du Mali, du Cameroun ou du Burkina-Faso, des consultations électorales se sont tenues et ont été validées alors même que des parties de leurs territoires faisaient l'objet de graves crises, constituant une violation de l'intégrité territoriale.

Il est certes vrai qu'on ne saurait repousser la tenue du scrutin, fixé préalablement par la constitution³², sous prétexte qu'il y a un problème de sécurité de peur de remettre en question le principe de la périodicité favorable au droit de vote des citoyens. Mais, lorsqu'on fait appel au principe de l'intégrité qui fait du territoire l'être même de l'Etat, toute élection organisée dans les cas de péril la menaçant contribuerait à la scission, à la dislocation du territoire, cet élément constitutif de l'Etat. Aussi, une telle élection ne serait ni sincère et ne favoriserait non plus l'exercice de la souveraineté sans concurrence ni contrainte³³. Tout empêchement d'exercice de la souveraineté ne permettrait au territoire de demeurer la mesure à l'autorité de l'Etat. C'est donc au regard de la sacralité de l'intégrité du territoire, que cette étude entend soulever la question de l'expression de la souveraineté lorsque l'intégrité du territoire est menacée par des contraintes issues des crises sécuritaires. De cette problématique, naît une interrogation sous-

jacente, celle de savoir si l'on peut organiser des élections libres et sincères dans un territoire, objet de crise localisée ou générale ?

Si toutes les constitutions semblent sacraliser l'intégrité du territoire, sacralité rendant impossible la tenue des élections en période de crise, la position des juges constitutionnels africains, plus précisément des juges ivoirien, malien et camerounais, sur laquelle va reposer prioritairement cette étude diverge quant à la menace. D'où l'ambivalence quant à la conception de l'atteinte à l'intégrité du territoire. Alors que le juge ivoirien dans son avis n°003 du 17 décembre 2003 souligne le caractère indivisible de la souveraineté, c'est-à-dire que le corps électoral ne saurait s'exprimer si une partie du territoire est en crise, les juges malien et camerounais adoptent une position différente. Dans leurs décisions respectives n°2017-04-CCM-Réf. du 04 juillet 2017 et n°30/CE/CC/2018 du 18 octobre 2018, ces juges se basent sur le degré de la menace à l'intégrité du territoire pour permettre ou non la tenue des élections. Cette minimisation de la menace se trouve aussi encadrée par la loi électorale burkinabé du 25 août 2020. Dès lors, lorsqu'il y a une menace à l'intégrité du territoire, l'exercice du droit de vote semble nuancé. D'où la double conception de l'atteinte à l'intégrité du territoire. Dans le premier sens, le juge africain pose le caractère absolu de l'intégrité du territoire empêchant toute consultation électorale en cas d'une quelconque atteinte (I). Dans le second sens, il relativise ladite atteinte : l'exercice du droit de vote pouvant être possible si la menace à l'intégrité peut être contenue (II).

³² - Voir dans ce sens le quinquennat, le septennat ainsi que le cas des Etats Unis où les élections se déroulent tous les quatre ans etc.

³³ - Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, pp.109-197.

I- La conception absolue de l'intégrité du territoire, un moyen de limitation d'exercice arbitraire du droit de vote

L'ère du nouveau constitutionnalisme ouverte dans les années 1990 en Afrique a été marquée par l'institutionnalisation de la démocratie électorale. Cette dernière qui traverse le cycle constitutionnel des Etats africains fait de l'élection, le mode par excellence d'accession, mieux encore de légitimation du pouvoir³⁴. Favorisant ainsi l'implantation du pluralisme sur le continent noir, l'élection permet à chaque citoyen de pouvoir exercer sa liberté de choisir parmi plusieurs candidats, ceci dans sa circonscription de rattachement utilisée dans le cadre des scrutins majoritaires ou de liste. Mais, cette liberté de choix éprouve parfois des difficultés à être exercée sous le coup des canons et des bottes. A la question de savoir si une consultation électorale peut avoir lieu lorsque tout ou partie du territoire est en péril, le juge ivoirien répond par la négative. Cette réponse consacre la sacralité de l'intégrité du territoire (A) dont la préservation apparaît comme une condition sine qua none de l'exercice du droit de vote (B).

A- La sacralité de l'intégrité du territoire

Le principe de l'intégrité du territoire détermine le statut territorial de l'Etat. Visant le maintien de l'ordre territorial et

politique de tout Etat³⁵, ce principe s'analyse comme une obligation que les Etats ont les uns envers les autres, mais aussi envers leurs citoyens. En effet, ce principe qui évoque le droit inaliénable de l'Etat à préserver ses frontières de toute influence permet au territoire de demeurer un lieu d'expression du sacré favorable à l'exercice des droits des individus. C'est parce que l'expression de ces droits ne saurait véritablement s'opérer en situation de crise sécuritaire que la conception qu'a le juge ivoirien de ce principe peut être qualifiée de sacrée. Cette sacralité conduit d'une part, dans cette analyse, à confondre ou à assimiler l'intégrité du territoire à la circonscription électorale, espace d'exercice du droit de vote (1) ; et d'autre part, à supposer que le peuple dans sa totalité demeure le détenteur de la souveraineté (2).

1- L'assimilation du principe d'intégrité territoriale à la circonscription électorale

Le principe de l'intégrité territoriale trouve son essence dans la prohibition d'attenter à la constitution physique du territoire d'un Etat ou encore à son unité politique. Cette interdiction posée par la Charte des Nations Unies³⁶, réaffirmée dans le cadre régional africain dès l'époque de l'OUA³⁷ a été entérinée par la

³⁵ - Philippe CHRESTIA, *Le principe d'intégrité territoriale. D'un pouvoir discrétionnaire à une compétence liée*, Paris, L'Harmattan, 2002, 500 pages.

³⁶ - La Charte des Nations Unies, dans son article 2(4) interdit aux membres de l'organisation des Nations Unies de recourir, dans leurs relations internationales, à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat.

³⁷ - La Charte constitutive de cette organisation a insisté sur la nécessité de défendre aussi bien la souveraineté des Etats membres, leur indépendance ainsi que leur intégrité territoriale contre des

³⁴ - Adama KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », in *La constitution béninois du 11 décembre 1990. Un modèle pour l'Afrique? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, Paris, L'harmattan, 2014, pp.89-126.

quasi-totalité des constitutions des États d'Afrique noire francophone. Ces dernières ont une conception élargie de l'intégrité du territoire. En effet, cette conception intègre aussi bien les interventions étrangères³⁸ telle que posée par le droit international que les dangers résultant des groupements internes, lesquels ne sont pas soumis par le droit international au principe de non intervention dans les affaires intérieures de leur propre État³⁹. Une telle conception propre au droit national vise toutes les atteintes observées au sein de la circonscription électorale.

Perçue comme une division du territoire effectuée dans le cadre d'une élection, la circonscription électorale ne saurait garder son unité que si chaque citoyen demeure attaché à elle dans le cadre d'un vote. En sa qualité de territoire électoral, elle est cet espace à l'échelle duquel chaque citoyen désigne son ou ses représentants. Une telle désignation ne peut s'opérer en toute liberté dans une circonscription univoque, objet de tensions graves. Favoriser l'exercice du droit de vote dans un territoire électoral en crise, c'est porter atteinte au caractère sacré de l'intégrité du territoire. C'est allant dans ce sens que le juge ivoirien a affirmé qu'il ne saurait être initié de procédure de révision de la constitution en cas de périls graves menaçant l'intégrité du territoire.

Dans son avis N°003 du 17 décembre 2003, le juge constitutionnel ivoirien a été saisi par le président de la République sur

interventions extérieures ; voir articles 2 (c) et 3 (3).

³⁸ - Voir par exemple, la résolution 1244(1999) concernant le Kosovo. Ici le Conseil de sécurité y souligne l'intégrité territoriale de la Serbie.

³⁹ - Robert KOLB, « Autodétermination et « sécession-remède » en droit international public », *Global Community Yearbook*, 2013, p. 76.

le point de savoir : « si la situation qui prévaut en Côte d'Ivoire depuis le 19 septembre 2002 constitue un cas d'atteinte à l'intégrité du territoire ; si dans l'affirmative, elle fait obstacle à la révision de la Constitution ; si malgré cette atteinte à l'intégrité du territoire, il peut être recouru à une autre consultation du peuple sur tout ou partie du territoire » ?

Pour connaître de cette demande d'avis ne reposant, sur le plan de la forme, « sur aucune des dispositions expressément prévues par la Constitution relatives à la compétence consultative du Conseil constitutionnel »⁴⁰, le juge ivoirien va invoquer les articles 34 et 88 de ladite norme lui assignant des fonctions fondamentales⁴¹. Au regard de son rôle régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics, il se reconnaît compétent pour connaître de cette demande. Ce lubrifiant institutionnel⁴² chargé de stabiliser le régime va se fonder sur l'article 127 de la Constitution pour affirmer l'interdiction d'engager ou de poursuivre une révision constitutionnelle lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. Il démontre le cas échéant que le péril grave menaçant le fonctionnement régulier des institutions de la République et particulièrement

⁴⁰ - Voir notamment les articles 48, 52, 72, 75 de la Constitution.

⁴¹ - Selon ces articles, alors que le président de la République est chargé de veiller « au respect de la Constitution », le Conseil constitutionnel quant à lui assure la régulation « du fonctionnement des pouvoirs publics ». L'exercice de ces fonctions implique pour le Président de la République le pouvoir de consulter le Conseil sur toute question intéressant la Constitution et susceptible de mieux l'éclairer, et pour le Conseil constitutionnel devoir de lui fournir l'avis demandé.

⁴² - Nicaise MEDE, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », *AJJC*, 2007, pp. 45- 66 (notamment p.49).

l'intégrité du territoire résultait de l'occupation d'une partie du territoire par une force politico-militaire, indépendante du pouvoir central. Cette occupation à l'origine du dysfonctionnement des services publics constituait une atteinte à l'intégrité du territoire. Par conséquent, il ne peut être initié de procédure de révision.

Pour cette sentinelle contre toute velléité de retour à l'arbitraire, l'on ne saurait parler de respect de l'intégrité du territoire si la circonscription électorale ne parle pas aux citoyens. Une circonscription en péril demeure artificielle. Elle constitue un obstacle à l'exercice des droits fondamentaux des citoyens. En effet, l'interdiction du juge de tout recours à une consultation électorale démontre qu'il existe un lien étroit entre l'intégrité du territoire et la circonscription électorale, ce lieu d'exercice de la liberté individuelle. Les deux semblent même se confondre. Une telle assimilation permet d'identifier le sacré dans la conception de l'intégrité du territoire. L'identification du sacré dont il est question ici ne se réduit pas à la manifestation d'une puissance transcendante ; elle désigne plutôt une chose tout à la fois consacrée et protégée contre la violation⁴³. D'ailleurs, le constitutionnalisme africain fait de l'intégrité du territoire un principe digne d'un respect absolu dont la garantie est assurée par le président de la République. Ne pouvant donc être séparée de la circonscription électorale, cadre physique d'exercice du droit de vote, toute atteinte

qui lui est faite conduirait à la discontinuité et à la rupture du territoire. C'est à juste titre que le respect de ladite intégrité au regard de sa sacralité suppose son indivisibilité et son inaliénabilité.

Dans le cas d'espèce, le juge ivoirien étend l'atteinte à l'intégrité du territoire aux menaces résultant des forces internes autres que celles du gouvernement. Pendant la crise politico-militaire ivoirienne, le gouvernement n'arrivait plus à exercer l'autorité politique exclusive. D'ailleurs, la moitié du nord du pays était occupé par les forces nouvelles issues de la rébellion ; celles-ci ont coupé le pays en deux zones géographiquement distinctes, empêchant ainsi à l'autorité de l'Etat d'exercer de manière non équivoque ses compétences. Il y a donc atteinte à l'intégrité du territoire lorsque le gouvernement n'arrive plus à exercer ses compétences de manière exclusive et effective⁴⁴.

Cette limitation de l'exercice du pouvoir fragilise le caractère sacré de l'intégrité du territoire. A cause de la division issue de l'occupation par des groupes internes, le territoire de certains pays en Afrique a perdu de sa consistance à la suite des périls portant atteintes à son caractère inaliénable. Ainsi se sont fragilisés les liens de solidarité générale des peuples accompagnés par le développement des clivages sociaux marqués au sein de la société. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle se sont formés, aussi bien en Côte d'Ivoire, en République démocratique du Congo, au Mali ou encore au Rwanda, des groupes disjoints sur lesquels se sont construits « des réseaux de pouvoir, des appareils de

⁴³- Sur cette différence, lire, Aurélien LIARTE, « Le corps, territoire politique du sacré », *NOESIS*, [En ligne], mis en ligne le 28 décembre 2008, consulté le 29 novembre 2021. URL : <http://journals.openedition.org/noesis/1343> 12/2007.

⁴⁴ - Sur l'autorité politique exclusive, lire Catherine ROCHE, *L'essentiel du droit international public*, 8^{ème} édition, Gualino, 2017-2018, p.56.

violence et des circuits de profit qui font de la crise leur raison d'être »⁴⁵. Toutes les atteintes au territoire provoquées par ces groupes contribuent à la fragilisation de l'inaliénabilité du territoire. Si le territoire est un élément indissociable de la souveraineté de l'Etat, il s'agit donc d'un bien inaliénable qui ne saurait ni être cédé, ni divisé ou encore moins vendu.

S'il est vrai que le droit positif des Etats d'Afrique sus mentionné sacralise le territoire, c'est-à-dire le rend digne d'un respect absolu, les atteintes subies par ce dernier aliènent l'expression même de la volonté des populations dans des conditions indispensables de sécurité et de sérénité. C'est donc au regard de cette sacralité que le juge ivoirien souligne qu'on ne saurait consulter le peuple sur tout ou partie du territoire en cas d'atteinte à l'intégrité de ce dernier. Dès lors, le territoire ne saurait avoir le moindre lien avec le sacré chaque fois que le droit de participer du peuple au scrutin serait restreint dans la circonscription une et univoque. C'est pour cette raison que le juge ivoirien n'a pas hésité à se fonder sur les dispositions 31 et 32 combinés de la Constitution pour justifier le caractère intimement lié de la circonscription électorale à l'intégrité du territoire. Selon ces articles, « la souveraineté appartient au peuple. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice »⁴⁶. Il s'agit là d'un interdit posé par la loi fondamentale ivoirienne, et sa

violation ainsi que la souillure qui en résulterait seront perçus comme un facteur de désordre remettant en cause les principes et les valeurs d'une société donnée. En reconnaissant l'exercice du droit de vote à la totalité du peuple dans des conditions de sécurité et de sérénité au sein du territoire électoral, le juge ivoirien, dans son rôle de créateur du droit, vise à réduire ou à empêcher la production de telle situation.

2- Le peuple dans sa globalité, détenteur de la souveraineté

« La souveraineté a été la grande affaire de la France »⁴⁷. Cette affirmation du professeur Georges Vedel s'observe à la lecture de la quasi-totalité des constitutions africaines. Certaines dans leur préambule, d'autres dans leur titre premier posent : « ... de la souveraineté »⁴⁸ et en identifient le détenteur. Tel a été le rôle joué par le juge ivoirien dans la demande d'avis précitée dont il a été saisi. Pour identifier le détenteur de la souveraineté, il va combiner les articles 31 et 32 de la Constitution. Ces articles lui permettent de déclarer le peuple dans son entier comme l'unique propriétaire de la souveraineté. A cet effet, cette dernière ne peut être détenue ni par une section du peuple ni par un individu. Une telle affirmation qui fait de la globalité du peuple le détenteur de la souveraineté conduit dans cette étude à

⁴⁵ - Voir Joseph VITALIS, « Les crises africaines. Violence, pouvoir et profit », *SER/ « Etudes », 2003/12, Tome 399, p. 587.*

⁴⁶ - Cette affirmation est contenue dans la plupart des constitutions d'Afrique noire francophone ; voir respectivement les articles 3 des constitutions du Bénin, du Gabon, du Sénégal, du Mali, de l'article 2 de la Constitution du Cameroun, de l'article 50 de la Constitution ivoirienne etc.

⁴⁷ - Georges VEDEL, *Commentaire*, n°59, automne 1992, p.640, cité par Arnaud HAQUET, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2017, p.123.

⁴⁸ - Voir les Constitutions du Bénin, du Cameroun, du Sénégal, de la République du Congo dont le titre premier est : « De l'Etat et de la souveraineté » ou alors « de la souveraineté et de l'Etat » comme en République de Guinée. Aussi, les constitutions d'Algérie, du Burkina-Faso, du Mali, de la Cote d'Ivoire ou du Niger dont les préambules parlent de « peuple souverain ».

revenir sur le mot souveraineté. Ce concept qui fait partie des idées pour lesquelles les hommes se sont battus pour l'obtenir ou le défendre a été théorisé par certains auteurs qui lui ont donné plusieurs sens.

Selon Raymond Carré de Malberg, le terme souveraineté dans son sens originaire désigne « le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique ». Dans le deuxième sens, il s'entend comme, « l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance de l'Etat ; et il est par la suite synonyme de cette dernière. Enfin, il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire de la puissance étatique et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe »⁴⁹. Cette dernière acception qui nous intéresse dans cette analyse transparaît dans les constitutions africaines, lesquelles font du peuple le détenteur de la souveraineté. Si la souveraineté est « une, indivisible, inaliénable et imprescriptible »⁵⁰, elle devient tout à la fois fondatrice, créatrice et justificatrice du pouvoir⁵¹. Dans cette optique, l'exercice de cet attribut du peuple, qui fonde l'autorité des organes suprêmes de l'Etat, est confié à une autorité. Cette dernière, qualifiée de « peuple », en est le détenteur. Une telle reconnaissance de l'exercice de la souveraineté au « peuple » amène à s'intéresser de plus près au concept de peuple. De quel peuple s'agit-il ? Est-ce le peuple vu comme une abstraction juridique

ou alors le peuple en tant que composante sociale, c'est-à-dire l'ensemble des individus d'une société ?

Qu'il s'agisse du droit international ou du droit constitutionnel, il n'existe pas de statut juridique du peuple en tant qu'entité distincte de l'Etat⁵². Le concept de peuple est difficile à appréhender juridiquement en droit international. Ce malaise est dû au fait que ce droit ne parle de peuple qu'au pluriel à travers le principe « droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ». Si le peuple constitue donc des « masses amorphes et anonymes, qui en tous temps constituent la substance de l'histoire [...] »⁵³, l'on ne saurait l'enfermer dans une détermination abstraite, au risque de négliger, selon Charles Chaumont, sa « liberté concrète ». D'ailleurs, cet auteur estime que l'appréhension du peuple « se fait dans le mouvement même d'un peuple, et bien entendu ce mouvement ne peut être que concret et repose sur une intensité de volonté. Il s'agit donc, non d'une caractéristique prédéterminée mais d'une action »⁵⁴.

Si en droit international, l'on tient compte du caractère dynamique du peuple dont seul le mouvement peut rendre compte⁵⁵, en droit constitutionnel, ce concept est perçu dans un sens plus étroit.

⁴⁹ - Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t.1, 1920, Sirey, rééd. CNRS, 1962.

⁵⁰ - Voir article 1^{er} Titre III de la première Constitution écrite française du 3 septembre 1791.

⁵¹ - Albert RIGAUDIÈRE, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p.5.

⁵² - Stéphane PIERRE-CAPS, « Le peuple à l'interface du droit constitutionnel et du droit international », *IRENEE* / Université de Lorraine | « Civitas Europa », 2014/1 N° 32, p.9.

⁵³-Arthur KOESTLER, *Le Zéro et l'infini*, Paris, Calmann-Lévy, 1945, 245 p.

⁵⁴- Charles CHAUMONT, « Le droit des peuples à témoigner d'eux-mêmes », *Annuaire du Tiers-Monde*, 1976, p.16. Pour la pensée juridique de cet auteur, lire Jean-Denis MOUTON, Batyah SIEPINSKI, « La pensée juridique de Charles Chaumont », *IRENEE* / Université de Lorraine | « Civitas Europa », 2015/2, N°35, pp.197-223.

⁵⁵ - Stéphane PIERRE-CAPS, « Le peuple à l'interface du droit constitutionnel et du droit international », *op.cit.*, p.9.

Le peuple est entendu ici comme le corps électoral, c'est-à-dire, « un organe institué détenteur de la souveraineté étatique »⁵⁶. Cette définition met en lumière la question du détenteur de la souveraineté. A ce propos, les Etats africains font du peuple le détenteur de la souveraineté. Une telle souveraineté se découvre dans les préambules, dans les formules de promulgation ou dans les dispositions du texte constitutionnel de la Côte d'Ivoire, du Cameroun, du Gabon ou du Mali⁵⁷ etc. Dans la plupart des constitutions africaines, les expressions telles que « le peuple souverain »⁵⁸, « nous, peuple (...) »⁵⁹ ou encore « le peuple (...) »⁶⁰ identifient le titulaire de la souveraineté. Il s'agit du peuple qui détient et exerce de manière absolue le pouvoir suprême. Ce souverain crée librement le droit positif sans être contrôlé⁶¹. C'est à lui que renvoient les articles 31 et 32 combinés de la Constitution ivoirienne auxquels le juge ivoirien fait référence. Pour ce surveillant de la constitutionnalité

de l'ordre juridique, la souveraineté appartient au peuple⁶². Le peuple auquel ce juge fait allusion renvoie à une personne réelle. Il s'agit de l'ensemble des citoyens d'un Etat, c'est-à-dire « une agrégation d'individus aux volontés disparates »⁶³. C'est ce peuple dans sa totalité qui est consulté par voie référendaire ou par ses représentants élus⁶⁴.

Indépendamment de son hétérogénéité dans la quasi-totalité desdits Etats, le peuple s'assimile à la population, celle-ci constituant l'existence humaine de l'Etat. Il s'agit donc selon les Professeurs Gicquel, d'« un groupe d'individus sédentaires et solidaires et qui présente une individualité par rapport à d'autres, au point de constituer une nation »⁶⁵. Cette dernière⁶⁶, dans la mesure où elle est la substance de l'Etat, est composée d'individus dotés de droits et d'obligations interchangeables. Il s'agit des citoyens, lesquels, en droit électoral, « sont mobilisés dans le cadre du contrôle du découpage des circonscriptions électorales

⁵⁶ - François BORELLA, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Presses de Sciences Po, 2008, p.168 (440 p).

⁵⁷ - Voir l'article 50 de la Loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire, l'article 3 de la Constitution du Gabon du 26 mars 1991, l'article 2 de la Constitution du Cameroun, l'article 26 de la Constitution du Mali du 25 février 1992.

⁵⁸ - Voir préambule de la Loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire, préambule de la Constitution du Mali du 25 février 1992 et du préambule de la Constitution du Burkina-Faso du 11 juin 1991, révisée le 27 janvier 1997.

⁵⁹ - Voir respectivement, les préambules de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 et de la Constitution du Burundi du 13 mars 1992, de la république du Congo du 15 mars 1992.

⁶⁰ - Voir les préambules des constitutions du Cameroun du 18 janvier 1996 et du Gabon du 26 mars 1991.

⁶¹ - Olivier BEAUD, « Le souverain », *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp. 33-45, notamment p.34.

⁶² - Voir dans ce sens avec quelques nuances près, l'article 4 de la Constitution du Togo de 2003, les articles 3 des constitutions du Gabon et du Sénégal, l'article 4 de la constitution du Bénin, l'article 5 alinéa 1^{er} de la Constitution de la République démocratique du Congo, l'article 26 de la Constitution du Mali, l'article 32 de la Constitution du Burkina Faso, aussi l'article 2 alinéa 1^{er} de la Constitution du Cameroun du 18 janvier 1996 etc.

⁶³ - Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op.cit.*, p.155.

⁶⁴ - Voir article 32 alinéa 1^{er} de la loi n°2000-513 du 1^{er} août 2000 portant Constitution de la Côte d'Ivoire.

⁶⁵ - Jean GICQUEL, Jean-Eric GICQUEL, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 2011, p.54.

⁶⁶ - Pour ce qui est des rapports entre Nation et Etat, lire Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 1, Sirey, 1920, p.14 ; Georges JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, 1911, rééd. éd. Panthéon-Assas, 2005, t. 1, p. 203-211, t. 2, pp. 219-255.

sur la base du principe d'égalité du suffrage, avec pour souci de ne pas accroître les disparités démographiques existantes »⁶⁷. C'est cet ensemble d'individus qui exerce la souveraineté en l'absence de toute crise susceptible de l'empêcher de jouir de ce droit fondamental à travers le vote.

Pendant les échéances électorales, qu'elles soient présidentielle, parlementaire ou sénatoriale, l'exercice de la souveraineté ne saurait être l'œuvre d'une section du peuple ni d'aucun individu étant entendu que le titulaire de la souveraineté est chaque individu composant le peuple et détenteur d'une parcelle de ladite souveraineté. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle Jean-Jacques Rousseau a inscrit la théorie de la souveraineté populaire⁶⁸ dans la perspective du contrat social. Selon lui, si l'Etat est composé de dix mille citoyens, « chaque membre de l'Etat n'a pour sa part que la dix millième partie de l'autorité souveraine »⁶⁹. Ce pouvoir d'ordre essentiellement politique n'est pas un

pouvoir arbitraire ou totalitaire, mais il s'agit en droit d'un pouvoir incontrôlable. Ce pouvoir ne peut être exercé que par ce souverain lorsque les gouvernants lui font appel relativement à une question constitutionnelle. Ce peuple est celui qui s'exprime pour prendre en main son destin politique. Le juge ivoirien insiste sur sa consistance. Ce corps électoral ne pouvait, au regard de la situation d'instabilité qui prévalait en Côte d'Ivoire, être consulté uniquement sur une partie du territoire, à moins de vouloir se retrouver, selon une expression empruntée à Olivier Beaud, avec « deux souverains dans le même Etat »⁷⁰.

Le peuple est donc un et indivisible. C'est au nom de cet ensemble des citoyens qu'est exercée la puissance publique, et la constitution rend compte de son irruption comme acteur juridique dans ces Etats où il a été écarté jusqu'à la fin des années 1980. Dès lors, quelque soit le type d'élection, celle-ci ne saurait être valide si une portion de ce peuple se retrouve dans l'impossibilité d'exercer cette souveraineté dont il est investi du fait d'une quelconque crise. C'est à juste titre que le juge ivoirien a conclu qu'avec l'atteinte à l'intégrité du territoire observée en Côte d'Ivoire à cette époque, il ne pouvait être procédé à aucune consultation du peuple sur tout ou partie du territoire. Et comme la démocratie n'a de sens que parce que le peuple intervient comme le titulaire de la souveraineté, il s'agit en clair du peuple concret, lequel est appelé à s'exprimer lors de la votation constituante sur l'étendue du territoire national, selon le découpage de la circonscription électorale.

⁶⁷ - Laurent TOUVET, Yves-Marie DOUBLET, *Droit des élections*, Paris, Economica, coll. « Corpus Droit Public », 2007, p.427, cité par Alain ONDOUA, « La population en droit constitutionnel. Le cas des pays d'Afrique francophone », *De Boeck Supérieur* | « Afrique contemporaine » 2012/2, n° 242, pp. 87 - 97.

⁶⁸ - Elle diffère de la souveraineté nationale énoncée par Sieyès en 1789 dans son ouvrage intitulé : *Qu'est ce que le Tiers-Etat ?* Selon cet auteur, la souveraineté nationale implique que la source du pouvoir réside dans la nation. Contrairement au peuple, la nation est une personne abstraite qui se distingue des individus qui la composent. Lire dans ce sens, Isabelle THUMEREL, Gilles TOULEMONDE, *L'essentiel des principes fondamentaux de droit constitutionnel*, 5^{ème} édition, Gualino, 2017-2018, p.33.

⁶⁹ - Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre III, chapitre 1^{er}, 1762, cité par Arnaud HAQUET, *Droit constitutionnel en 11 thèmes*, Paris, Dalloz, 2017, p.135.

⁷⁰ - Olivier BEAUD, « Le souverain », *op.cit.*, p.38.

B- La préservation de l'intégrité du territoire, une condition d'expression de la souveraineté

Le principe de l'intégrité du territoire est un principe généralement admis en droit constitutionnel. Sa préservation est très présente dans la quasi-totalité des constitutions en Afrique. Celles-ci font du président de la République, le garant de cette intégrité⁷¹ et son ultime rempart en cas de crises graves. Le président dispose, à cet effet, des pouvoirs exceptionnels⁷² pour prendre toutes mesures visant à limiter des comportements ou des phénomènes tels que la sécession ou le terrorisme conduisant à des crises sécuritaires. Cette protection particulière accordée par la constitution à l'espace d'exercice de la souveraineté du peuple constitue une richesse pour la Nation. D'ailleurs, la protection de l'intégrité du territoire résulte des valeurs auxquelles les crises sécuritaires s'opposent⁷³. L'une de ces valeurs, auxquelles les constitutions africaines faisant l'objet de cette recherche font référence, est l'indivisibilité du territoire. Cette dernière qui doit être mise

en parallèle avec la volonté d'éviter les conflits suppose l'unité du pouvoir politique reposant sur l'unicité du souverain tel qu'interprété par le juge constitutionnel. On parle alors de « l'indivisibilité de la souveraineté ».

Cette expression empruntée à Bodin fait du peuple, l'autorité légitime par le seul fait qu'il décide et tranche au moyen des élections. L'indivisibilité de la souveraineté pourrait signifier l'impossibilité de séparer l'idée de pouvoir souverain et son exercice par le peuple. C'est justement la raison pour laquelle, devant le climat délétère qu'a connu la Côte d'Ivoire en 2002, le juge ivoirien dans son avis n°3 a souligné qu'il ne saurait y avoir consultation du peuple pendant cette période. Cette affirmation du juge met en lumière le caractère inaliénable et indivisible de la souveraineté. Celle-ci ne saurait être fractionnée car la volonté du peuple est une volonté générale ; cette volonté est celle du corps du peuple et non seulement d'une partie. Précisément, la souveraineté pose le principe de la République comme étant le « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ». Il s'agit d'un attribut inhérent à l'Etat. Elle sert à désigner l'entité de légitimation ultime des normes et des actions produites par d'autres entités. C'est cet attribut qui « dote les gouvernants de la capacité de décider librement des mesures qu'ils entendent prendre et mettre en application sur l'étendue d'un territoire »⁷⁴.

La notion de la souveraineté du peuple apparaît donc comme l'élément fondamental de la théorie du

⁷¹ - Voir article 64 de la Constitution de la République du Congo, article 41 alinéa 2 de la Constitution du Bénin, article 5 al.2 de la Constitution du Cameroun, article 29 de la Constitution du Mali, article 33 al.4 de la Constitution centrafricaine, article 46 al.4 de la Constitution du Niger, article 58 de la Constitution du Togo, article 42 al.3 de la Constitution du Sénégal, article 47 al.1 de la Constitution guinéenne etc.

⁷² - Ces pouvoirs se résument en l'Etat d'urgence, l'Etat d'exception, l'Etat de siège ou toutes autres mesures exceptionnelles exigées par les circonstances de crises etc., voir article 9 de la Constitution du Cameroun, article 47 de la Constitution sénégalaise, article 85 de la République démocratique du Congo, article 73 de la Constitution de Côte d'Ivoire, article 93 de la Constitution du Congo etc.

⁷³ - Parmi ces valeurs, l'on peut citer entre autres, l'unité de la République, l'indivisibilité, l'inaliénabilité, ou l'imprescriptibilité.

⁷⁴ - Albert OGIEN, Sandra LAUGIER, « L'exercice de la souveraineté », *Démocratie et Antidémocratie*, La Découverte/ Cahiers libres, 2017, pp.129-158, notamment p.130.

constitutionnalisme démocratique. Cette souveraineté exprime le pouvoir originaire, c'est-à-dire le pouvoir du peuple au nom duquel toutes les décisions sont prises. Aussi, elle concourt à structurer la démocratie. Si cette dernière repose sur le principe selon lequel le pouvoir appartient au peuple, le pouvoir dont il est question ici c'est celui qui est exercé au nom de ses membres et par tous ses membres. Il convient de souligner que, c'est même parce que « la décision appartient à celui ou à celle qui vote »⁷⁵ que la plupart des constitutions, à l'instar de celle française rappelle qu'« aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice »⁷⁶. Dès lors, le peuple dans sa totalité devient la seule source du pouvoir et ce pouvoir n'a de légitimité que parce qu'il résulte de sa volonté exprimée dans le cadre du suffrage universel ou des référendums (ceux-ci portant sur certains projets de loi ou sur les révisions constitutionnelles).

Parler de démocratie suppose le droit à des élections libres. Ce droit essentiel de l'être humain social représente un pilier central de la démocratie ; celle-ci pose une égalité politique entre les citoyens, égalité se matérialisant par la reconnaissance de la liberté de tous les citoyens et partant de leur singularité. On voit bien que l'exercice de la souveraineté en démocratie exige que le peuple soit véritablement constitué de citoyens libres et égaux. L'exercice du pouvoir pour le peuple, c'est-à-dire dans l'intérêt commun de l'ensemble des citoyens, ne saurait permettre à une portion du peuple de

détenir le droit de vote au détriment d'une autre partie sans aliéner la souveraineté. C'est dans l'optique d'éviter la rupture du lien social résultant du sentiment d'appartenir à un même peuple⁷⁷ que le juge africain démontre le caractère insécable de la souveraineté à travers la combinaison qu'il fait des articles 31 et 32 de la Constitution ivoirienne. Selon ces dispositions, la « souveraineté appartient au peuple » qui l'exerce par la voie du référendum ou par ses représentants élus. Un tel exercice évite le morcellement du peuple en lui permettant d'avoir toujours devant ses yeux, les bases de sa liberté. Dès lors, toute consultation de ce peuple ne peut prospérer que si elle est faite sur l'ensemble du territoire. Or, les dysfonctionnements des services publics observés sur une partie du territoire ivoirien en 2002 à la suite de l'occupation de cette partie par une force politico-militaire ont occasionné l'atteinte à l'intégrité du territoire. Cette situation de crise constituait un frein à l'exercice de la souveraineté par le corps électoral indivisible. Permettre à une partie de s'en approprier l'exercice conduirait à l'aliénation du détenteur de la souveraineté telle que le pose l'article 127 convoqué par le juge ivoirien. Cet article interdit de façon non équivoque de donner suite à une révision constitutionnelle en période de crise.

La souveraineté ne peut pas être détenue seulement par « une partie du peuple ou par un individu » car, elle n'est pas, selon la formule de Cardin Le Bret, « divisible que le point en géométrie ». Son exercice, à travers le droit de vote, réside dans le fait qu'il caractérise une

⁷⁵ - Yannick LECUYER, « Introduction », *Le droit à des élections libres*, Conseil de l'Europe/ Hors collection, 2014, p.9.

⁷⁶- Voir article 3, de la Constitution de la France telle que modifiée le 1^{er} juillet 2020.

⁷⁷- Claude J. DELBOS, « Le peuple souverain dans la démocratie et la République », *Humanisme*, 2014/4, n°305, pp.29-34.

période charnière où l'ensemble des prérogatives individuelles se mettent en mouvement pour aboutir à des décisions collectives. L'exercice de la souveraineté par l'ensemble des membres d'une communauté permet que tous disposent d'une prérogative de même nature à faire valoir leurs préférences, leurs intérêts ainsi que leur volonté d'exercer le pouvoir ou d'influencer son exercice.

En période de crise, toute atteinte à l'intégrité du territoire constitue une anémie à l'exercice de la souveraineté du peuple. Il s'agit d'un obstacle à l'intégrité du vote. Lorsque le peuple ne peut s'exprimer librement, l'intégrité du vote et son caractère éclairés se trouvent altérés du fait des menaces empêchant sa préservation. Or, l'exercice libre du droit de vote doit se matérialiser par le consentement et la responsabilité des gouvernés ainsi que l'inclusion égalitaire des citoyens dans la prise des décisions. Il s'agit là de quelques critères de légitimation de la démocratie, celle-ci se fonde sur la reconnaissance du principe d'égalité politique. On ne saurait préserver une telle égalité sous le coup des canons et des bottes. Tout exercice du droit de vote en période de crise dans ce contexte conduit à une crise de représentation car la force légitimante de l'élection ne renvoie plus au peuple souverain auquel fait allusion la constitution. En interdisant toute procédure de consultation en raison du péril grave qui menaçait l'intégrité du territoire, la position du juge ivoirien visait ainsi la protection absolue de l'intégrité du territoire et par ricochet la protection de l'intégrité du vote. Mais, cette position ne semble pas partagée par les juges camerounais et maliens qui estiment que le droit de vote peut bien être exprimé tant

que la menace peut être contenue, sans que cela ne fragilise l'exercice de la souveraineté par le peuple.

II- La conception relativisée de l'intégrité du territoire, une condition d'aménagement d'exercice du droit de vote

La quasi-totalité des constitutions africaines font régulièrement référence à la nécessité de sauvegarder l'intégrité territoriale sans déterminer la provenance de la menace⁷⁸. Que celle-ci résulte d'une intervention militaire extérieure ou de tout empêchement intérieur, il est clair que toute crise sécuritaire entraîne forcément la violation de l'intégrité du territoire. Mais, une telle violation totale ou partielle de l'espace d'expression du droit de vote ne saurait empêcher, selon les juges camerounais et maliens, l'expression de la souveraineté. Ces derniers estiment que le peuple peut l'exercer en cas d'endigement de la menace sécuritaire par les autorités administratives(A). Pourtant, un tel endiguement semble enfreindre à l'essence même de la souveraineté du peuple puisque la menace à l'intégrité du territoire, indépendamment de sa forme, constitue un obstacle à l'expression par l'ensemble des citoyens de leur liberté positive, entendue comme l'essence même de la démocratie⁷⁹. Minimiser pareille atteinte amène à

⁷⁸ - Voir article 9 de la Constitution du Cameroun du 18 janvier 1996, l'article 93 de la Constitution du Congo Brazzaville de 2015, l'article 52 de la loi constitutionnelle n°2019-10 portant révision de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001, l'article 85 de la Constitution de la République démocratique du Congo de 2006, l'article 116 de la Constitution du Burundi du 17 mai 2018 etc.

⁷⁹ - Amadou MOCTAR DIALLO, « Penser la démocratie au-delà des élections », *Ethique publique*, vol.13, n°2, 2011.

s'interroger sur le sens réel de la garantie du droit de vote (B) sur un territoire électoral en péril.

A- L'endigement de la menace sécuritaire, une garantie du droit de vote

L'exercice du droit de vote en Afrique permet de constater une préservation différenciée de l'intégrité du territoire derrière des valeurs communes, telles que la paix, la stabilité ou la volonté des citoyens, auxquelles renvoie ladite intégrité. Si dans certains États africains, l'on a observé une extension de l'atteinte à l'intégrité du territoire aux actes de terrorisme, source d'atteinte aux droits fondamentaux des individus, il en va différemment dans d'autres États africains où l'on assiste à une minimalisation de cette atteinte (1). D'ailleurs, face aux menaces internes, l'interprétation que le juge malien ou camerounais fait de l'intégrité du territoire est fonction du degré de la menace qu'elle subit. En cas de menace légère ou contenue, le droit de vote peut être exprimé ; cette expression limitée de la souveraineté pendant la crise soulève une interrogation quant à une légitimation des résultats des élections issues du contexte de crise (2).

1- La minimalisation de l'atteinte à l'intégrité du territoire

La garantie de l'intégrité du territoire constitue un élément fondateur du droit. Son importance se justifie certes au niveau international par l'obligation faite aux États de respecter l'intégrité territoriale des

autres États⁸⁰. Mais, « l'unité nationale et l'intégrité du territoire » de tout État⁸¹ visés par ce droit semble limité dans la mesure où il écarte sans ambiguïté tout droit de sécession d'États indépendants. C'est à ce niveau que le droit constitutionnel apparaît comme celui qui offre le mieux une préservation considérable de l'intégrité du territoire. Pareille préservation est manifeste à travers la détermination du garant de ladite intégrité. C'est ce que démontre la plupart des constitutions africaines conférant au président de la République une grande marge de manœuvre quant à la détermination, dans le concret, des exigences qu'implique l'intégrité du territoire⁸². S'il est vrai que lesdites constitutions n'énoncent pas les mesures que doit prendre cette autorité en cas de péril grave menaçant cette intégrité, il revient naturellement au juge, en tant

⁸⁰ - Joshua CASTELLINO and Steve ALLEN, *Title to Territory in International Law: A temporal Analysis*, Aldershot, 2003, pp. VXi, 238; Giovanni DISTEFANO, *L'Ordre international entre Légalité et Effectivité: Le Titre juridique dans le contentieux territorial*, Paris, Pedone, 2002, 590 pages. Malcom N. SHAW, «Territory in International Law», 13 *Netherlands YIL*, 1982, p. 61.

⁸¹ - Depuis la création de l'organisation des Nations Unies, celle-ci « a manifesté la plus grande réticence à accepter la sécession unilatérale de parties d'États indépendants si le gouvernement de cet État s'y opposait. Dans ce cas, le principe de l'intégrité territoriale a constitué une sérieuse contrainte. Depuis 1945, aucun État créé des suites d'une sécession unilatérale n'a été admis à l'organisation des Nations Unies si l'État prédécesseur avait exprimé clairement son désaccord ». Voir dans ce sens, James R. CRAWFORD, *Creation of States in International Law*, Oxford, 2^{ème} éd., 2006, p. 390 (870 pages). Aussi, *Chronique mensuelle des Nations Unies* (février 1970), p. 36.

⁸² - Lire dans ce sens, Gérard CONAC, Xavier PRELOT (dir.), *La constitution de la République française*, Analyses et commentaires, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 2008, pp.229-296, notamment p.242.

qu'autorité ou pouvoir⁸³, d'amener l'autorité politique ou administrative à respecter l'impératif de sa préservation de manière absolue. Or, tel n'a pas été l'attitude du juge africain, en l'occurrence celui malien dans son arrêt n°2017-04-CCM-Réf. du 04 juillet 2017.

Dans cette affaire, la conception qu'a le juge malien de l'atteinte à l'intégrité du territoire semble circonscrite face aux réclamations⁸⁴ dont il est saisi. Dans les faits, les députés de l'Assemblée nationale du Mali « ont, en application de l'article 88, alinéa 2 de la Constitution, déféré à la Cour constitutionnelle la loi n°2017-31/AN-RM du 02 juin 2017, portant révision de la Constitution du 25 février 1992 aux fins de la déclarer inconstitutionnelle ». Les requérants exposent que la loi querellée viole l'article 118 de la Constitution dont l'alinéa 3 dispose qu'« aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ».

Face à cette requête, le juge prend position. Il reconnaît certes que la situation dans laquelle le Mali se trouve, particulièrement dans les régions du Nord, ne permet pas à l'Etat de faciliter l'exercice effectif la souveraineté par le peuple. En effet, relativement à la préservation de l'intégrité territoriale, le juge malien souligne que cette intégrité est

manifestement atteinte au sens des articles 47 et suivants du Code pénal invoqué par les requérants. Dans ce contexte, organiser un référendum reviendrait à violer l'alinéa 3 de l'article 118 de la Constitution. Il serait donc judicieux que soit déclarée inconstitutionnelle, la loi objet de la convocation du collège électoral à l'occasion du scrutin référendaire.

Toutefois, le juge malien ne va pas suivre la logique des requérants. La conception qu'il a de l'intégrité du territoire n'est pas favorable à l'annulation de la loi portant révision de la Constitution. Pour lui, le renvoi des requérants aux dispositions textuelles du droit interne ne permet pas d'appréhender ce qu'est l'intégrité du territoire au sens du droit international. Parce que l'intégrité du territoire s'entend concrètement de l'entière d'une entité territoriale dans ses rapports avec les autres, le juge estime que le Code pénal à travers l'emploi illégal de la force armée, de la dévastation et du pillage public ne fait que cerner les différents comportements individuels ou collectifs susceptibles d'être punis et les peines y afférentes⁸⁵. C'est à juste titre qu'il balaie, d'un revers de main, cette référence au droit interne pour apprécier l'effectivité ou non de l'intégrité du territoire malien. Il estime que la menace provoquée par ces comportements ne résultant pas à proprement parlé d'une influence extérieure ne saurait être constitutif d'atteinte à l'intégrité du

⁸³ - Olivier DUHAMEL et Yves MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, 1^{ère} éd., Paris, PUF, 1992, p.549.

⁸⁴ - Il s'agit entre autres de la violation de l'article 118 de la Constitution ; erreur sur la date d'adoption du projet de loi constitutionnelle ; forme inappropriée de présentation du texte soumis à la Cour constitutionnelle ; silence sur la durée du mandat des sénateurs, du Président de la République et enfin ouverture d'une procédure parlementaire de révision de la Constitution à travers le Congrès.

⁸⁵ - Articles 47 et suivants du Code pénal. Aux termes de l'article 47, « l'attentat dont le but est soit de provoquer la sécession d'une partie du territoire de la République, soit d'inciter à la guerre civile, en armant ou en poussant les citoyens ou habitants à s'armer les uns contre les autres, soit de porter la dévastation, le massacre et le pillage dans une ou plusieurs régions, villes, communes et villages de la République, est puni de la peine de mort ou de la réclusion à perpétuité.

territoire. Ce faisant, les conditions sécuritaires ainsi évoquées ne sauraient constituées une limite temporelle à l'opération de révision, encore moins une violation de l'interdiction posée par l'alinéa 3 de l'article 118 du texte constitutionnel. En excluant ainsi toutes les formes d'atteinte à l'intégrité résultant des situations internes, le juge malien circonscrit l'intégrité du territoire au seul droit et devoir inaliénables d'un Etat souverain à préserver ses frontières de toute influence extérieure⁸⁶.

Pour justifier la démarche adoptée, le juge n'hésite pas à invoquer l'Accord pour la paix et la réconciliation du Mali issu du processus d'Alger pour démontrer le caractère résiduel de l'insécurité invoquée par les requérants. Analysant la vie constitutionnelle de ce pays à l'ère démocratique⁸⁷, le juge, dans sa mission générale de régulation du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics⁸⁸, va se fonder sur l'article 3 dudit Accord pour démontrer qu'il ne s'agit que d'une insécurité qui peut être contenue. D'ailleurs, depuis la signature de l'Accord, les troubles éparses ne semblent émaner que de certains irréductibles qui continuent de se comporter en terroristes à travers des actes de défiance dont les victimes sont les populations civiles. Au regard de l'absence des troupes d'occupation étrangère sur le

territoire malien, l'insécurité restante observée ne saurait, à elle seule, remettre en cause la régularité d'un referendum. Une telle insécurité qui n'est persistante qu'en certains endroits est de moindre amplitude par rapport à celle qui sévissait dans le pays en 2012. Même cette dernière se caractérisant par l'occupation des régions du nord par des forces d'obédience sécessionniste, djihadiste et autres venues d'horizons divers, « n'a d'ailleurs pas privé le peuple, plus tard, de son droit d'exprimer sa souveraineté à l'occasion des élections générales de 2013, ce, conformément aux dispositions des articles 24, 26 et 27 de la Constitution du 25 février 1992 ». En clair, pour le juge malien, une simple atteinte ne saurait empêcher à l'Etat d'exercer ses compétences sur son territoire.

Mais, cette qualification qui minimise l'atteinte à l'intégrité du territoire, dans cet environnement d'insécurité non favorable au fonctionnement régulier des institutions, ne facilite ni la pacification du territoire national, ni l'exercice par le citoyen de son droit d'exprimer son choix au sujet d'une loi de révision constitutionnelle. Pourtant, l'article 118 invoqué ne faisait référence à aucune forme d'atteinte en particulier. Dès lors, il incombait au juge considéré comme « le recours ultime, le point d'aboutissement de tous les autres services publics lorsque ceux-ci n'ont pu accomplir leur mission, (de) résoudre les conflits ou protéger les citoyens »⁸⁹. Au lieu de circonscire l'atteinte à l'intégrité du territoire, l'article sus évoqué lui aurait permis de tenir compte de toutes les formes de menace à l'intégrité du territoire afin d'assurer

⁸⁶ - Avis n° 2017-01/CCM/Réf du 06 juin 2017 sur la Loi portant révision de la Constitution du 26 février 1992.

⁸⁷ - Cet Accord fait référence au consensus minimum qui avait été obtenu entre le Gouvernement et les mouvements de nationaux armés en rébellion contre l'Etat. Il s'agissait pour tous de préserver l'unité nationale, l'intégrité du territoire, le respect de la souveraineté de l'Etat du Mali ainsi que sa forme républicaine et son caractère laïc.

⁸⁸ - Article 85 de la Constitution du Mali.

⁸⁹ - Elisabeth GUIGOU, « La justice, service public », *Après-demain*, 2010/3, n°15, pp.8-11.

l'effectivité de l'exercice par l'Etat de la souveraineté qui semblait sérieusement compromise sur son territoire.

Cette attitude du juge malien consistant à se cacher derrière le paravent du droit international semble guidée ou nourri par un certain pessimisme, qui vient ainsi déteindre sur sa compétence constitutionnelle (de contrôle des lois électorales) concernant l'organisation des pouvoirs publics. Un tel pessimisme se justifierait par la minimalisation qu'il a de l'atteinte à l'intégrité territoriale, minimalisation touchant à la garantie du droit de vote du citoyen. Or, le territoire ne fait pas partie, comme le soulignait Carré de Malberg, de l'avoir de l'Etat, mais de son être⁹⁰. Par conséquent, lorsque cette assise physique de l'Etat semble diminuée ou amoindrie par les crises sécuritaires, on ne saurait plus parler d'intégrité du territoire dans la mesure où celle-ci n'est que « la conséquence territoriale de l'indivisibilité »⁹¹.

Pareille appréhension étroite de l'intégrité du territoire qui déteint sur l'exercice de la souveraineté par le peuple s'observe aussi au Burkina-Faso. Dans cet Etat, le parlement a adopté le 25 août 2020, la Loi n°034-2020 portant modification de la Loi n°014-2001/AN du 03 juillet 2001 portant Code électoral. Bien que cette loi fasse du territoire national, la circonscription électorale pour le référendum, elle valide les consultations référendaires dans les parties du territoire

où elles ont effectivement eu lieu⁹². Peu importe l'impossibilité d'organiser le référendum sur une partie du territoire national ou à l'extérieur. Une telle loi qui prend en compte la situation de cas de force majeure et des situations exceptionnelles en matière électorale constituent une limite circonstancielle à la préservation de l'intégrité du territoire. En excluant du processus de désignation de leur représentant les parties de la population assujetties à des forces centrifuges, elle empêche à ladite partie d'exprimer librement sa volonté et porte ainsi atteinte à la souveraineté du peuple. La mise en œuvre de pareille loi minimisant l'atteinte à l'intégrité du territoire permet-elle encore au juge constitutionnel d'assurer sans restriction la suprématie de la constitution⁹³ ?

On ne saurait répondre que par la négative puisque l'intangibilité de la constitution connaît des failles. Aussi, l'engagement ou la poursuite du processus de révision limite à n'en point douter le rétablissement de l'intégrité du territoire. Dans un cas d'espèce comme dans l'autre étudié, le fait pour le juge constitutionnel de valider la poursuite du processus de révision malgré l'atteinte à l'intégrité du territoire amène à s'interroger sur sa qualité de pouvoir mieux encore sur son autonomisation organique. Voilà par exemple une loi qui porte atteinte aux droits et libertés des citoyens que garantit la constitution. L'attitude du juge africain conduisant ainsi à l'aliénabilité du droit de

⁹⁰ - Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, vol. I, Paris, Sirey, 1920, p.4.

⁹¹ - François LUCHAIRE, Gérard CONAC, Xavier PRELOT (dir.), *La Constitution de la république française, Analyses et commentaires*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1987, p.129.

⁹² - Articles 122.2, 148, 155 et 236 de la Loi n°034-2020 portant modification de la Loi n°014-2001/AN du 03 juillet 2001 portant Code électoral.

⁹³ - Pour ce qui est de la place importante de la justice constitutionnelle dans la protection de la suprématie de la constitution, lire Louis FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2013, p.227.

vote du citoyen, cette liberté à travers laquelle l'on peut mesurer la vitalité de la démocratie dans un pays⁹⁴. Une telle loi fait d'un poids deux mesures : elle permet de distinguer au sein du peuple, comme le souligne un auteur, « un corps électoral qui s'est exprimé en toute quiétude et un autre dont les conditions de vote ont été incertaines »⁹⁵.

De même, le résultat des décomptes des voix des bureaux de vote ne sera pas requis sur l'entière étendue du territoire. Les irrégularités constatées par ci et là du territoire entachent considérablement tout le processus électoral. D'ailleurs, le député-maire de Dori, Aziz Diallo a qualifié cette loi modificative de « coup d'Etat contre la démocratie et la cohésion sociale »⁹⁶, puisqu'elle soustrait de milliers de burkinabé du droit de vote. En empêchant ainsi à certains citoyens de jouir librement de leur droit de vote, l'on porte, loin s'en faut, atteinte à un principe démocratique inaliénable, et cela amène à s'interroger sur la légitimité des résultats des élections.

2- L'élection, base de la légitimité démocratique

Tout citoyen a le droit fondamental de participer à la conduite des affaires publiques de son pays. Cette participation s'opère par le droit de voter ou d'être élu, sans discrimination, qu'il exprime lors des élections périodiques. Cette affirmation

qui ressortit de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁹⁷ met en exergue le lien qu'il y a entre la notion d'élection et celle de démocratie.

Traduisant l'idée selon laquelle le peuple a le droit de choisir son ou ses représentants, l'élection est la base de la légitimité démocratique. Il s'agit d'un mécanisme à travers lequel s'opère de manière pacifique le transfert du pouvoir politique. A juste titre, l'Afrique a connu, dès le début des années 1990, de nombreuses consultations électorales ayant mobilisé un nombre croissant d'électeurs grâce à la reconnaissance des partis politiques concurrentiels⁹⁸. Cette adhésion du peuple au processus démocratique ainsi enclenché⁹⁹ lui a permis d'exprimer sa volonté libre à travers ses bulletins de vote. Mais, cette liberté politique va vite connaître un essoufflement lié au non respect des libertés permettant à une démocratie de « se parer de sa légitimité »¹⁰⁰. D'où l'interrogation quant à la légitimité des résultats issus des

⁹⁷ - Voir article 21 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

⁹⁸ - Michaël WALZER, *Pluralisme et Démocratie*, Éditions Esprit, 1997, p. 60.

⁹⁹ - L'on a observé deux modalités de ce processus : soit par le biais des conférences nationales (Congo Brazzaville, Gabon, Niger, Togo etc..) soit alors à travers une stratégie défensive (tel est le cas du Burkina-Faso, du Cameroun, de la Côte d'Ivoire, du Ghana, du Niger, de Madagascar, de la Malawi, de l'Ouganda, de la Tanzanie etc.), ou offensive (Zambie, au Cap-Vert, à Sao Tomé-et-Principe etc.). Dans une stratégie comme dans l'autre, il s'agissait d'une reformation du système constitutionnel et politique soit sous les pressions nationales et internationales pour la première, soit par l'initiative de la démocratisation prise par le président de la République. Lire dans ce sens, Babacar NGEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *La démocratie en Afrique, Pouvoirs*, n°129, 2009, pp.5-26.

¹⁰⁰ - Jean Gicquel, Jean-Éric Gicquel, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Montchrestien, 2005, p.194.

⁹⁴ - Lire Martine BIKOE, « Le Mandat présidentiel dans les nouvelles démocraties en Afrique noire francophone : de la limitation à l'illimitation. Analyse des cas du Cameroun et du Gabon », *Revue africaine de droit public*, 2020, Vol.10, n°22, 2021, pp. 39-80.

⁹⁵ - Rodrigue NGANDO SANDJE, « Commentaire de l'arrêt Arrêt n° 2017-04/CCM/Réf. du 04 juillet 2017 », inédit.

⁹⁶ - In www.Burkina24.com, l'actualité du Burkina-Faso 24/24, consulté le 26 juillet 2021 à 13 heures.

élections en période des circonstances exceptionnelles, plus précisément en cas d'atteinte à l'intégrité du territoire.

La plupart des constitutions africaines font de l'intégrité du territoire une caractéristique fondamentale de l'Etat. En l'assimilant ou en la rapprochant de l'indépendance, de l'indivisibilité, de l'unité ou de la vie de l'Etat, elles visent à faire découler toute légitimité du texte constitutionnel. Mais, dans la pratique, l'on observe parfois des pouvoirs légitimes émanant d'une partie du territoire malgré l'impossibilité d'organiser les élections sur l'autre partie à cause du péril grave auquel fait face ledit territoire, frein à la préservation de la souveraineté du peuple. Comment donc parler de démocratie lorsque l'origine du pouvoir politique ne peut plus être placée dans la volonté collective des citoyens. La viabilité d'une telle démocratie semble être mise entre guillemets. Une véritable démocratie est celle qui repose sur le respect de la liberté et de l'égalité des citoyens. C'est celle qui permet à ces derniers de participer aux prises de décisions et même d'exiger des comptes de leurs dirigeants.

C'est le vote qui lie les citoyens à leurs élus dans l'acte même de la délégation d'autorité¹⁰¹. Pourtant, de plus en plus aujourd'hui en Afrique, les citoyens semblent fragilisés par les crises sécuritaires ; ces dernières venant s'adjoindre aux désillusions des réformes observées ayant conduit à la multiplication des alternances, sans que ces citoyens aient le sentiment de disposer d'alternatives¹⁰². C'est ce que révèlent les décisions de

certaines cours constitutionnelles africaines où la position du juge, quant à l'atteinte à l'intégrité du territoire, ne s'est pas affranchie des visions étroites pour s'enraciner résolument dans la politique démocratique au sens le plus large. Sinon, comment comprendre qu'une election soit valide sur l'ensemble du territoire national alors même que les citoyens dans certaines circonscriptions administratives n'ont pas pu exercer leur liberté de choix pendant les consultations électorales du fait des crises internes annihilant l'intégrité territoriale ?

Qu'il s'agisse du juge malien ou de celui camerounais, aucun des deux ne fait allusion à la prescription constitutionnelle autorisant le président de la République à prendre des mesures exceptionnelles toutes les fois que les institutions de la République, l'indépendance de la nation ou l'intégrité du territoire national sont mis en péril d'une manière grave¹⁰³ et immédiate. Dans les cas sus visés, le juge ne tient pas compte des conditions politiques faites de concurrence électorale dans lesquelles se déroule le jeu politique, conditions donnant aux mécanismes et aux règles de dévolution, d'exercice et de contrôle du pouvoir la possibilité d'être effectivement mis en œuvre. Or, face aux appels qui lui sont faits, il aurait permis l'application des mécanismes constitutionnels dans ces périodes de crises ou de troubles, d'autant plus que la règle électorale appartient au domaine constitutionnel de par sa fondamentale. Au lieu de se limiter à la menace mettant

¹⁰¹ - Nadège RAGARU, « Élections, légitimité politique et stabilité dans les Balkans : le lien manquant », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2003, vol.34, n°1, p.83.

¹⁰² - Ibid.

¹⁰³ - Article 9 de la Constitution du Cameroun du 18 janvier 1996 et l'article 50 de la Constitution du Mali du 25 février 1992. La plupart des constitutions en Afrique reconnaissent au Président de la République des pouvoirs exceptionnels en période de crise. Voir dans ce sens, l'article 59 de la Constitution du Burkina-Faso du 11 juin 1991 révisée le 27 janvier 1997.

en cause le principe constitutionnel de l'unité de la République et de son intégrité du territoire, le contenu et la justification de la décision du juge africain laisse entrevoir soit ses préférences personnelles ou celles relatives aux particularités nationales. Tel est le cas du juge malien qui semble se réfugier derrière une définition de l'intégrité du territoire posée par le droit international faisant abstraction des atteintes issues de l'intérieur de l'Etat. Et pourtant le Code pénal malien a eu à déterminer les caractéristiques d'un péril à l'intégrité. En négligeant ainsi l'impact de l'insécurité sur le processus électoral, il altère la gouvernance légitime, laquelle passe par l'intégrité du processus électoral.

Cette attitude semble avoir été également celle du juge camerounais dans sa décision n° 30/CE/CC/2018 rendue le 18 octobre 2018. Dans l'affaire qui a opposé Joshua Nbangi Osih à l'Etat du Cameroun, le requérant, candidat du Social democratic Front, un parti politique de l'opposition, à l'élection présidentielle du 7 octobre 2018 a saisi le juge du fait des violences et de l'état de guerre dont sont victimes les populations des régions du Nord-ouest et du Sud-ouest, fief de son parti. Pour le requérant, cette situation conflictuelle a entraîné de nombreux déplacés internes, lesquels du fait des violences n'ont pas pu exercer leur liberté de choix. D'ailleurs, il estime que « les circonstances ayant entouré l'élection présidentielle du 7 octobre 2018 ont gravement compromis la sincérité de celle-ci, à telle enseigne que les résultats attendus, seront complètement faussés et contraires à la volonté populaire pourtant primordiale en démocratie ». A juste titre, le requérant sollicite du juge, l'annulation totale de l'élection présidentielle au motif que celle-ci aurait été émaillée d'une

kyrielle d'irrégularités mettant à mal l'unité nationale et compromettant durablement la sincérité du résultat de ladite élection.

Le juge camerounais va rejeter cette conclusion du requérant, particulièrement en ce qui concerne l'intégrité du territoire dont l'atteinte constitue un frein à l'unité nationale. En se fondant sur les particularités nationales, il va démontrer que l'endigement de l'insécurité peut favoriser l'exercice du droit de vote. Il évoque les mesures prises par l'Administration, mesures qu'il juge susceptibles de « protéger les électeurs et de garantir leur liberté d'aller et venir ». Tel est le cas de la délocalisation des bureaux de vote par Elections Cameroon dans la région du Nord-Ouest. En effet, pour le juge, « la situation sécuritaire dans les régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest avait été jugée préoccupante par l'Administration, c'est précisément dans l'intention de permettre aux populations desdites Régions de prendre part au scrutin querellé qu'Elections Cameroon a installé les bureaux de vote dont le regroupement est incriminé dans les lieux où elles pouvaient accéder et voter sans aucun risque ». Une telle mesure visait à permettre aux forces de défense et de sécurité d'assurer pleinement la protection totale des électeurs.

Le juge camerounais considère la mesure de délocalisation prise par l'Administration comme « une décision responsable et de bon sens » ; elle l'est dans la mesure où elle permet d'éviter que les électeurs ne soient victimes des agressions physiques en allant accomplir leur liberté de choix. Cette mobilisation des forces de l'ordre en un lieu bien déterminé permettrait à chaque électeur qui le sollicite d'exercer pleinement son

droit de vote dans des conditions de sécurité maximale. Cependant, de telles mesures qui facilitent l'exercice du droit de vote semblent limitées. Elles peuvent être considérées simplement comme des garde-fous ponctuels circonscrits dans le rayon des Bureaux de vote. Au regard de l'insécurité, des violences ou de l'état de guerre permanente dans lesquels vivaient au quotidien les populations des deux régions susnommées, les mesures prises par l'Administration dans un lieu précis ne sauraient véritablement favoriser l'exercice du droit fondamental qu'est le droit de vote. En effet, combien d'électeurs ont eu le courage de braver les coups de canon en faveur des urnes dans cette zone de délocalisation ? Quid du droit de vote des déplacés internes ? De même, la sécurité à laquelle renvoie le juge dans ce cadre s'étendait-elle au-delà des bureaux de vote ?

La plupart des atteintes à l'intégrité du territoire observée dans lesdites régions ont cependant montré les faiblesses et parfois les défaillances de l'Etat d'assurer véritablement la protection des citoyens contre un ennemi non identifiable en période de crise. Quelle que soit la planification gouvernementale en matière d'atteinte contre l'intégrité du territoire, la vie des populations est toujours exposée à des risques. Il est souvent difficile à l'Etat d'assurer convenablement la continuité du service public. Indépendamment de la qualité des mesures prises par l'Etat, il demeure des poches d'insécurité. Dès lors, dans le cas d'espèce, le juge camerounais, en sa qualité de garant de la constitution, aurait pu rappeler l'obligation de protection de l'intégrité du territoire prescrite par la norme fondamentale. L'énonciation de cette mission fondamentale du président de la

République consistant en la défense ou en la restauration de l'intégrité du territoire¹⁰⁴ constituait, à n'en point douter, une porte favorable à l'annulation de ladite élection dans ce contexte de crise sécuritaire. L'on pourrait bien lier l'abstention dans les deux régions à la situation sécuritaire. Dans une certaine mesure, l'on pourrait affirmer que l'insécurité qui sévissait dans ces régions a privé ces populations de leur liberté de choix. Malheureusement, le juge a préféré énoncer l'absence de disposition constitutionnelle prévoyant la prorogation du mandat présidentiel et que par conséquent l'élection devait se tenir à la date.

A travers cette position, le juge africain a réussi à écorner non seulement l'atteinte à l'intégrité du territoire mais aussi la notion de régularité de l'élection, dont l'un des principes fondamentaux est la liberté de vote. Il a ainsi ignoré l'assimilation du vote à une « potion » démocratique liant les citoyens à leurs élus dans l'acte même de la délégation d'autorité et partant, favorisé le déclin de l'adhésion populaire à la démocratie. Il est difficile à mettre en œuvre la démocratie pendant les périodes de crises sécuritaires. Combien sont les citoyens qui peuvent mettre en péril leur droit à la vie pour exprimer leur droit de vote ?

Il est clair que la crise sécuritaire a pour corollaire la crise du vote en Afrique dans sa capacité à conférer aux élites politiques mandat et légitimité. En évitant de voir le lien étroit qui existe entre le droit de vote et l'atteinte à l'intégrité du territoire, le juge africain ne permet pas à celui-là de

¹⁰⁴ - Bienvenu Venceslas Wendpanga OUEDRAOGO, « Le principe de l'intégrité territoriale endroit constitutionnel d'Afrique noire francophone » *Revue burkinabé de Droit*, n°61, 2^{ème} semestre, 2020, p.238.

demeurer un facteur indispensable à la crédibilité du processus électoral. Il suffit d'observer les crises électorales des années 2000 en Afrique ayant conduit à une plus grande fragilisation des situations politiques et à une pseudo-légitimation du pouvoir¹⁰⁵. La plupart de ces crises sont la résultante des faiblesses dans la gouvernance des élections, des règles de la compétition politique organisée et même l'absence d'un pouvoir judiciaire impartial pour interpréter et statuer sur les différends électoraux¹⁰⁶ en période de crise. Dans la plupart des cas, le juge constitutionnel, malgré les périls graves menaçant l'intégrité du territoire, préfère protéger de facto « les lois électorales du contrôle politique du souverain, le peuple, en considérant que la continuité de l'État prime sur l'éventuelle inconstitutionnalité des lois régissant les élections »¹⁰⁷.

Si l'élection soutient et avance la cause démocratique, il n'est pas étonnant qu'elle puisse mener à des résultats contestés ainsi qu'à des conflits violents lorsqu'une partie de la population n'exprime pas sa volonté à travers son droit de vote à cause des atteintes à l'intégrité du territoire. C'est parce que cette dernière engloberait le cadre juridique des élections ainsi que les règles et pratiques électorales visant le respect des droits et libertés des citoyens

qu'il est nécessaire de prendre en compte l'ensemble de l'assise physique de l'Etat, cette mesure et limite à son autorité, pour permettre aux élections de demeurer l'expression légitime de la volonté populaire.

B- La garantie du droit de vote sur un territoire électoral en péril

Organiser les élections revient à respecter certaines conditions à savoir, la transparence du jeu démocratique, sa périodicité ainsi que les droits et devoirs des citoyens. Malheureusement, dans le contexte de l'Afrique noire francophone, ce principe tend à devenir une exception. Les expériences les plus récentes montrent une distanciation entre la régulation de l'atteinte à l'intégrité du territoire et le respect des principes cardinaux gouvernant une élection. D'où l'intérêt accordé à la sauvegarde des principes tenant à la régularité de l'élection (1) et à ceux relatifs à l'enracinement de la démocratie électorale dans un contexte de trouble (2).

1- La difficile mise en œuvre des principes tenant à la régularité de l'élection dans un contexte de trouble

L'élection est un instrument de la légitimation de la population dans son ensemble. Il s'agit d'un moyen par lequel le peuple s'exprime pour choisir ses représentants dans toute démocratie représentative. C'est à travers les élections que la légitimité est conférée à un gouvernement particulier. En effet, cet instrument de désignation des gouvernants apparaît comme « un substitut au tirage au sort, au hasard ou aux prédictions des oracles, à l'hérédité ou à la cooptation, une alternative viable à l'auto-désignation et un outil de participation des citoyens à la

¹⁰⁵ - Voir en République démocratique du Congo (2006), au Kenya (2007-2008), au Zimbabwe (2008), en Guinée Bissau (2008), au Nigéria (2007), au Gabon (2009), au Lesotho (2007), Togo (2005), au Sénégal (2012), au Mali en 2012 etc.

¹⁰⁶ - Rapport du groupe des sages de l'UA, *Les conflits et la violence politique résultant des élections. Consolider le rôle de l'Union africaine dans la prévention, la gestion et le règlement des conflits*, in La collection union africaine, décembre 2012, 120 pages.

¹⁰⁷ - Eleonora BOTTINI, « L'intervention du juge constitutionnel dans l'exercice du pouvoir constituant », *Jus Politicum*, n°18, juillet 2017, pp.117-154 notamment p.132.

gestion de la chose publique »¹⁰⁸. L'on peut toutefois se demander aujourd'hui si l'élection joue encore ce rôle en Afrique dans un climat de paix et de parfaite sérénité?

Il est vrai qu'avec l'ouverture démocratique en Afrique, les expériences électorales ont été marquées par leur effervescence. Mais, cette dernière à travers laquelle les populations voulaient réduire les excès d'autoritarisme n'a été que de courte durée, puisque la pratique a démontré que les élections successives ont contribué à alimenter la violence politique et des conflits qui ont annihilés les principes favorables à leur régularité. C'est ce qui a justifié des scrutins sans véritables électeurs faisant croire à un retour à des ères autoritaires. Lorsqu'on observe le pourcentage de participation aux scrutins en période de crise, celui-ci est décroissant. Non seulement les citoyens des zones en crise ne peuvent exprimer leur droit souverain sans mettre en péril leur droit à la vie, mais aussi, la plupart ne croit plus que les consultations électorales puissent déboucher sur un gouvernement meilleur. La désillusion du peuple semble accentuée par l'issue du contentieux électoral. La mission attendue du juge en sa qualité de juge des élections permet même de douter de sa capacité à dire le droit en matière de contentieux électoral. D'ailleurs, sa crédibilité dans la garantie de la constitution et partant des droits des citoyens semble, de plus en plus, selon Babacar Kanté, appréciée « à travers le tropisme partisan de son rôle en matière électorale, dans lequel il est enfermé. Il tombe d'ailleurs souvent lui-même dans le

piège tendant à l'enfermer dans ce rôle qui devrait être résiduel, à défaut d'être dérisoire, comme c'est le cas dans les démocraties avancées »¹⁰⁹. Pareille affirmation trouverait son fondement dans les décisions du juge dont les motivations ne semblent pas convaincre.

Dans la plupart des contentieux aux élections sus évoquées, la constitution permettait au juge d'annuler les scrutins pour éviter d'être accusé à tort ou à raison de partialité. Son interprétation des règles en Afrique, au lieu d'apporter la crédibilité de la garantie de la constitution, ressemble plutôt à un baromètre d'une démocratisation factice dans laquelle il est agi par le champ politique¹¹⁰. Il suffit d'observer la cristallisation des tensions et des violences liées aux élections dans les situations où les adversaires politiques ne respectent presque pas les principes tenant à leur régularité. Parmi ces principes, l'on peut citer l'universalité, l'égalité, la liberté et la périodicité du suffrage. Dans cette analyse, l'on a scruté de plus près l'universalité du suffrage ainsi que sa périodicité en période d'atteinte à l'intégrité du territoire.

En ce qui concerne l'universalité du suffrage, si déjà en période normale les citoyens font face à des restrictions quant à l'exercice du droit de vote, à plus forte raison en période de trouble. Dans ce dernier contexte, le suffrage universel éprouve des difficultés à assurer dans tous les cas la concordance de l'action du

¹⁰⁸ - Dodzi KOKOROKO, « Les élections disputées : réussites et échecs », *La démocratie en Afrique, Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°129, 2009, p.115.

¹⁰⁹ - Babacar KANTE, « La justice constitutionnelle face à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », in *La justice constitutionnelle*, Actes du colloque de Niamey, 2015, pp. 22-39, notamment p. 24.

¹¹⁰ - Kra KPRI KOBENAN, *Le Conseil constitutionnel ivoirien et la suprématie de la Constitution : étude à la lumière des décisions et avis*, Thèse de doctorat, Université de Bourgogne Dijon 2018, p.329.

gouvernement et la législation avec l'expression de la volonté du peuple. Cette situation a été perceptible dans l'Etat du Cameroun lors de l'élection présidentielle 2018. Le discours politique était émaillé des termes de sécurité, d'ordre et d'autorité étant entendu que l'Etat du Cameroun fait de la sécurité, le fondement de la vie en société. Mais, cette approche du maintien de l'ordre et de la sécurité s'incarnant dans le corps social n'a pas permis à la sécurité de se révéler comme un droit fondamental de l'homme. La preuve, assurer la sécurité à travers l'instauration ou la restauration de l'ordre pour favoriser le déroulement du scrutin a conduit, à n'en point douter, à l'exclusion de l'exercice de la souveraineté par certains citoyens. Cette exclusion d'user de sa liberté de vote a touché à l'égalité dudit droit et a entravé l'intégrité et l'effectivité de la procédure électorale.

Pour ce qui est du principe de périodicité des suffrages, celui-ci suppose l'organisation des élections libres à des intervalles raisonnables. C'est allant dans ce sens que la plupart des constitutions africaines ont opté soit pour le quinquennat, soit pour le septennat. Cette détermination constitutionnelle de la période de la tenue des élections permet d'éviter les intervalles trop courts ou trop longs afin de prendre en compte l'opinion du peuple¹¹¹. Voilà pourquoi l'on ne

saurait repousser la tenue d'un scrutin dans le temps sous quelque prétexte que ce soit, fut-il un problème de sécurité. Or, dans certains pays africains, l'on a assisté soit à l'organisation d'élections anticipées¹¹², soit à des prorogations des dates de tenue de scrutins. Le fait par exemple de proroger la tenue d'une élection constitutionnellement déterminée, sous prétexte de crise touchant relativement à l'intégrité du territoire, consiste à éluder ou à édulcorer l'opinion du peuple. C'est ce que l'on a observé dans certains régimes africains qualifiés d'autoritaire, lesquels, confrontés à des soucis de sécurité ont repoussé facilement le déroulement du scrutin¹¹³. Proroger ainsi la tenue d'élection peut résulter de l'absence de décisions du juge constatant la violation du délai entre deux élections et indiquant un délai à ne pas dépasser. Mais, en allant au-delà du caractère autoritaire du régime, l'on peut cependant se demander si une élection organisée dans les circonstances exceptionnelles demeure encore sincère ? Dans ce cadre, l'électeur est-il encore souverain dans son choix ?

La contestation des élections dans de nombreux pays d'Afrique et particulièrement en Afrique noire francophone, comme tel a été le cas au Gabon, au Burkina-Faso, au Cameroun ou en République centrafricaine, semble démentir de leur caractère libre et sincère. Si l'on s'intéresse particulièrement à l'élection présidentielle de 2018 au Cameroun, deux régions de cet Etat, le Nord-ouest et le Sud-ouest croulaient sous de vives tensions pendant tout le processus électoral. Devant ces tensions, les électeurs

¹¹¹ - Comme le souligne Yannick Lécuyer, lorsque l'intervalle entre les élections est trop court, cela peut porter atteinte aux stratégies politiques visant à mettre en œuvre les volontés de l'électorat. Pour ce qui est de l'intervalle trop long, celui-ci peut conduire à une absence de renouvellement de la représentation parlementaire, laquelle risquerait ne plus correspondre avec les aspirations dominantes des électeurs du fait de l'écoulement du temps. Yannick, LECUYER, « Le régime juridique du droit à des élections libres », *Conseil de l'Europe/Hors collection*, 2014, pp. 73-101.

¹¹² - Voir l'organisation des élections anticipées au Cameroun : la présidentielle de 1984, les législatives de 1992, au Gabon le 30 août 2009 etc.

¹¹³ - Tel a été le cas en Côte d'Ivoire en 2002.

vivant dans ces zones ont éprouvé des difficultés à exercer effectivement leur liberté de choisir. Dès l'instant où le vote ne pouvait normalement avoir lieu dans ces régions, cela a constitué un frein à l'universalité du suffrage.

Parler de suffrage est universel suppose que le droit de vote soit reconnu à l'ensemble des citoyens. Il s'agit de l'expression de la volonté individuelle de l'électeur. Certes, l'universalité du suffrage ne signifie pas qu'il soit accordé à tous, mais, qu'elle résulte néanmoins de l'assimilation de la qualité d'électeur à celle de citoyen. Or, dans les cas des États sus évoqués, l'avis du juge n'a pas semblé avoir tenu compte de ce principe dans les revendications des requérants. Cette attitude du juge a fait perdre de vue la logique de l'universalité du suffrage d'après laquelle chaque voix pèse d'un même poids afin qu'elle s'exprime librement. Malheureusement, dans les cas susvisés, la restriction du droit de vote n'a pas permis au suffrage universel de demeurer cette condition d'une vie politique démocratique. Dès lors, lorsqu'on observe le déroulement des élections dans cet échantillon en Afrique, il est difficile de parler de suffrage universel. Dans cette condition, est-ce que le juge constitutionnel peut valider le vote dès l'instant que sur une partie du territoire, le vote n'a pas pu se tenir normalement ?

La réponse à cette question débouche sur deux concepts issus des théories de la souveraineté populaire et de la souveraineté nationale. Il s'agit de l'électorat droit et de l'électorat fonction. Si dans la première théorie tout électeur a le droit de voter et doit être mis dans des conditions normales de vote, il en va différemment dans la seconde à travers

l'électorat-fonction. Ici, le vote n'appartient pas au citoyen, mais à la Nation ; c'est celle-ci qui décide des conditions relatives à son exercice et lui confère le caractère d'une obligation légale. La citoyenneté dans ce cadre est considérée comme une fonction et non un droit. D'ailleurs, l'attitude du juge en Afrique pendant les périodes de crises nous plongerait dans l'électorat-fonction, lequel justifierait la validité des résultats des élections en période d'atteinte à l'intégrité du territoire. Or, le constitutionnalisme africain faisant l'objet de cette analyse fait référence à l'électorat droit à travers la prescription du suffrage universel. Celui-ci supposant que tout citoyen remplissant les conditions fixées par la loi puisse jouir du droit de vote. Dès lors, une élection où la souveraineté du peuple n'est pas exercée par l'universalité des citoyens ne saurait être validée. Une telle validation qui conduit à l'aliénation de la pensée de chaque individu justifierait les remises en cause des résultats des élections en Afrique.

C'est cette situation de remise en cause de la crédibilité des élections comme moyen de promotion des alternances politique et démocratique qui aurait conduit le professeur Jean du bois de Gaudusson à souligner qu'elles sont portées par « un élan ambigu » depuis 1990¹¹⁴. Ces défaillances de la démocratie représentative qui ne sont pas propres à l'Afrique, puisqu'observées dans certains pays de l'Europe du Sud-Est, peuvent justifier des alternances sans alternatives¹¹⁵. Aujourd'hui en Afrique, les effets

¹¹⁴ - Jean du BOIS DE GAUDUSSON, « Les élections à l'épreuve de l'Afrique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 13, 2002, pp. 100-105.

¹¹⁵ - Nadège RAGARU, « Élections, légitimité politique et stabilité dans les Balkans : le lien

démobilisateurs des échecs répétés de la dévolution du pouvoir par les urnes ont conduit les citoyens à se désolidariser de l'élection comme remède miracle propre aux grandes démocraties. Cette dévolution du pouvoir par les urnes n'a été « qu'un procédé exceptionnel dans la durée »¹¹⁶, d'autant plus qu'on assiste à une véritable abstention des bureaux de vote par les électeurs. Ces derniers ne font même plus confiance au contrôle des lois électorales par le juge ; contrôle considéré comme ambigu au regard de la compatibilité de l'autonomie des pouvoirs législatif et constituant avec la constitution.

Le vote aujourd'hui en Afrique n'est plus véritablement ce moment où consentement et autorité s'engendrent mutuellement¹¹⁷. Il suffit de voir la trop grande fréquence des appels à l'arbitrage populaire particulièrement dans les périodes de crise sécuritaire. Ces périodes où l'on réalise aussi que les décisions du juge semblent peu ou pas se limiter à une application stricte du droit ; ce qui crée un flou dans la détermination de la citoyenneté, considérée soit comme un droit, soit comme une fonction. Toutes ces anomalies électorales conduisent à l'altération de la démocratie pluraliste.

2- L'atteinte à l'intégrité du territoire, un frein à l'enracinement de la démocratie électorale

La permanence des crises sécuritaires au sein des États africains ne va pas sans

manquant », In: *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 34, n°1, 2003, pp.83-102.

¹¹⁶ - Patrick QUANTIN, « Pour une analyse comparative des élections africaines », *Politique africaine*, n° 69, 1998, pp. 12-29.

¹¹⁷ - Nadège RAGARU, « Élections, légitimité politique et stabilité dans les Balkans : le lien manquant », *op.cit.*, p.87.

conséquence sur l'exercice du droit de vote, et partant de la démocratie. Ce système politique dans lequel la souveraineté est attribuée aux citoyens n'arrive plus à faire consensus aujourd'hui car certains de ses principes, entre autres, une personne, une voix ou l'organisation des scrutins à intervalles réguliers sont au cœur des revendications exprimées dans un contexte de crises ou de tensions. Ces dernières inhérentes aux processus électoraux cristallisent parfois les rapports de force politiques sans favoriser une légitimation du pouvoir. Dans ce contexte de péril grave menaçant l'intégrité du territoire, la qualité essentielle du droit de vote qu'est la liberté de choix subit des altérations. Ces dernières fragilisent davantage l'intégrité du vote menacée par un grand nombre d'atteintes à la sincérité, à la liberté des scrutins ainsi qu'à la transparence. Organiser une élection en pareille circonstance est une gageure dans la mesure où il est difficile de maintenir l'intégrité et l'effectivité d'une procédure électorale visant à déterminer la volonté du peuple à travers le suffrage universel. Admettre les résultats d'une telle élection consisterait à faire de la démocratie une coquille vide.

Telle semble avoir été la position du juge camerounais dans sa décision N° 30/CE/CC/2018 du 18 Octobre 2018. En rejetant le moyen du requérant Joshua Nambangui selon lequel les populations des régions du Nord-ouest et du Sud-ouest ont été privées du droit de vote conformément aux textes internationaux¹¹⁸, le juge camerounais a dissocié l'élection de la démocratie.

¹¹⁸ -Respectivement les Articles 21 et 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

D'ailleurs, il n'a pas hésité à aliéner le suffrage d'une partie des citoyens considéré comme une condition essentielle de la légitimité du pouvoir¹¹⁹. Il semble avoir oublié que le peuple en démocratie, c'est l'ensemble des citoyens ; c'est ce tout qui doit décider souverainement et ce conformément à la constitution. Lorsqu'il affirme que ni la Constitution ni le Code Electoral ne fixent pas un seuil de participation des électeurs pour la validité de l'élection présidentielle, il minimise ainsi le déchainement de la violence sur la sincérité du scrutin.

L'on ne peut parler d'élection lorsque la volonté des citoyens n'est pas manifeste à travers leurs bulletins de vote. Une telle élection ne pourrait à proprement parlé demeurer le principal moyen de régulation de compétition autour de la question fondamentale « qui va gouverner »¹²⁰ ? Cette question qui soulève celle de la justification de l'élection comme mode de désignation des gouvernants se fonde sur la liberté. Cette dernière suppose le consentement et la responsabilité des gouvernés ainsi que l'inclusion égalitaire des citoyens, critères de légitimité démocratique. Il ne peut avoir un lien étroit entre élection et démocratie que si celle-ci vise des élections libres, c'est-à-dire jouant un rôle essentiel dans

l'institutionnalisation d'un pouvoir légitime.

De même, la motivation du juge selon laquelle le faible taux de participation à l'élection présidentielle résulte du libre choix du citoyen semble manquer de cohérence et de constance. En effet, le citoyen est certes libre de prendre part ou non au processus électoral puisqu'aucune loi ne l'y oblige. Mais, quand il désiste à l'exercice de sa liberté de choisir parce que les moyens mis en œuvre par les autorités étatiques ne suffisent pas à garantir sa sécurité, peut-on encore parler d'un choix délibéré ? Il est difficile pour un citoyen d'exercer sa souveraineté dans un contexte de conflits ouverts. Certes, la décision de voter comme le souligne le juge est une décision personnelle. Mais, l'exercice de ce droit suppose, à tout le moins, la garantie de la liberté de circuler du citoyen en toute circonstance, c'est-à-dire depuis le départ de son domicile jusqu'au bureau de vote. Or, l'on ne pouvait mesurer la garantie des moyens mis en œuvre par l'État pour protéger la vie des citoyens devant le déchainement de la violence observée. En outre, la motivation du juge selon laquelle l'on ne peut lier l'abstention à la situation sécuritaire puisqu'aucune région du pays n'a connu un taux de participation égal à 100% ne semble pas convaincante. En effet, la liberté d'exercer le droit de vote demeurerait restreinte malgré l'endiguement partiel de l'insécurité. Une telle restriction peut être vue comme une discrimination du fait de son caractère déraisonnable. La preuve, les populations de ces deux régions n'ont pas participé à la décision politique par le vote dans les mêmes conditions d'égalité que celles des autres régions de la République. La saisine du juge en raison de cette inégalité devait le conduire, dans le cadre de l'exercice de

¹¹⁹ - Hervé POURTOIS, « Les élections sont-elles essentielles à la démocratie » ? *Philosophiques*, 43(2), 2016, p.413.

¹²⁰ - NIMUBONA (J.), *Mécanismes de résolution pacifique des conflits en Afrique : Cours sur la démocratie*, Chaire UNESCO, Année académique 2007/2008, p. 14, cité par Moustapha KANE, *Etude des processus électoraux en Afrique : l'exemple du modèle démocratique du Sénégal*, Thèse de doctorat droit public, Université de Perpignan via Domitia, 19 avril 2019, 392 pages, notamment p.10.

ses compétences et dans les limites de celles-ci, à rétablir l'ordre démocratique en faisant cesser la perturbation dont cet ordre était l'objet. S'il est vrai que le juge ne peut s'ériger en constituant ou en législateur pour combler les lacunes des textes, il aurait pu, tout au moins, en qualité d'interprète corriger le dysfonctionnement de l'administration du suffrage pour éviter de mettre entre guillemet l'exercice d'une autre liberté, celle d'aller et venir dont les conditions d'exercice nécessitaient des mesures de sécurité au-delà des bureaux de vote. Mais, en choisissant de limiter l'exercice d'une telle liberté, il a participé forcément à la restriction du droit au suffrage et par conséquent à l'exclusion de certains électeurs privilégiant le droit à la vie au droit de vote. En respectant la périodicité de l'élection présidentielle, le juge camerounais n'a pas réussi à assurer l'expression libre de la volonté des électeurs sur l'ensemble du territoire.

Il ne serait donc pas étonnant que la plupart des échéances électorales organisées en Afrique à l'issue des transitions démocratiques aient, malgré leur généralisation¹²¹, fait perdre à l'élection sa vitalité. D'ailleurs, elles sont devenues davantage un vecteur d'instabilité du fait du maintien de certaines élites au pouvoir se revendiquant, à tout le moins, du vocabulaire électoral et démocratique¹²². Elles ne semblent plus être ce puissant catalyseur pour une

meilleure gouvernance, encore moins pour une plus grande sécurité et développement humain. Dans la plupart des États africains, elles ont constamment donné lieu « à critique par une rhétorique forgée autour de notions telles que le tripatouillage, le hold-up, l'instrumentalisation de la loi électorale... révélant les difficultés à changer les habitudes politiques par des normes ou des mécanismes tout aussi primitifs que sophistiqués »¹²³. Il devient difficile de parler de démocratie pluraliste lorsque les élections, au lieu d'être la clé de voûte de celle-là, exposent malheureusement les nouvelles démocraties africaines à de graves crises.

Parler de démocratie électorale suppose la matérialisation de la notion d'égalité des droits entre les citoyens. S'il est vrai qu'il ne s'agit pas d'une égalité mathématique à étendre à tous, comme le souligne AWAD EL MOR¹²⁴, force est de noter que la notion d'égalité permet de protéger, à tout le moins, les citoyens se trouvant dans la même situation vis-à-vis des exigences définies pour l'exercice du droit de vote. En situation de crise, les résultats des élections sont difficilement crédibles ; cette situation ne permet pas à la démocratie de conserver sa capacité d'autodéfense. C'est pour cette raison que lorsque l'avenir de la démocratie n'est pas déterminé par la volonté des électeurs, ceux-ci recourent parfois à la force pour la conquête et l'exercice du pouvoir au

¹²¹ - Voir l'élection présidentielle organisée par Gnassingbé Eyadéma au Togo, Omar Bongo au Gabon, Paul Biya au Cameroun, au Burkina-Faso par Blaise Compaoré, au Congo-Brazzaville par Denis Sassou Nguesso.

¹²² - Lire Vincent DARRACQ, Victor MAGNANI, « Les élections en Afrique : un mirage démocratique ? », Institut français des relations internationales | « Politique étrangère », 2011/4, pages 839 à 850.

¹²³ - Dodzi KOKOROKO, « Les élections disputées : réussites et échecs », *op.cit.*, p.117.

¹²⁴ - AWAD EL MOR, « Vers une déclaration universelle sur la démocratie », *La démocratie : principes et réalisation*, Union interparlementaire, Genève, 1998, p 54.

détriment d'un changement politique pacifique¹²⁵.

De plus en plus aujourd'hui, les africains ont une mauvaise image des élections. Leur méfiance résulte du caractère non loyal de la compétition électorale. D'ailleurs, bien que l'élection soit légitimée par le suffrage universel, la théorie de la souveraineté populaire qui traduit l'idéal démocratique est parfois mise en berne en période de crise. Il suffit de voir le contenu et la justification des décisions du juge, décisions venant parfois favoriser la confiscation du pouvoir. Il n'est donc pas étonnant de voir des contestations violentes résultant de la violation du droit de vote et d'éligibilité. Non seulement l'instrumentalisation par les politiciens des identités ethno-régionales ou locales débouche sur les tensions ou violences, mais aussi, l'ingérence de l'appareil étatique dans les listes électorales, dans les décomptes des bureaux de vote et même dans la manipulation du découpage électoral justifierait les mouvements de tensions post-électorales. Et comme si cela ne suffisait pas, voilà que certains juges africains autorisent les processus de révisions de la constitution et valident les résultats des élections malgré des périls graves menaçant l'intégrité du territoire ayant empêché à certains citoyens de jouir de leur liberté de choisir.

Pourtant, ce même juge africain, à l'instar de celui malien, en sa qualité de juge de la régularité des opérations électorales, n'a pas hésité à procéder à la

rectification matérielle des résultats. Dans son arrêt n°2-144/CC-EL du 9 août 2002 portant proclamation des résultats définitifs de l'élection des députés à l'Assemblée nationale, le juge est allé jusqu'à l'annulation desdits résultats pour absence d'un nombre suffisant d'assesseurs tel que prévu par la loi électorale. Son changement d'attitude en période de crise sécuritaire, créant chez les citoyens un sentiment d'injustice, a fait perdre aux élections toute leur crédibilité. Cette attitude du juge, dépossédant les citoyens de leur droit de décider par et pour soi-même quant à la conduite des affaires publiques dans le pays où ils sont citoyens, a été aussi celle du juge burkinabé. Ce dernier a entériné la loi portant Code électoral de 2020 lors des élections présidentielle et législative de la même année. Saisi de la requête de monsieur le Président du Burkina Faso aux fins de constater l'impossibilité de réalisation des opérations d'enrôlement des électeurs sur une partie du territoire du fait des crises, le juge va se fonder sur le Code électoral pour autoriser la tenue des élections malgré la violation de l'intégrité sur une partie du territoire. On assiste ainsi à l'exclusion territoriale d'une partie du peuple aux échéances constitutionnellement prévues.

Ces exclusions qui se manifestent de manière lancinante en Afrique donnent aux populations l'impression de ne pas faire partie du territoire, et les consultations électorales manquent ainsi de transparence et de compétitivité. En effet, l'interprétation que le juge fait de l'atteinte à l'intégrité du territoire constituerait aussi bien une atteinte au droit fondamental du citoyen qu'est le droit de vote, mais aussi à l'assise physique d'exercice de la souveraineté de l'Etat plongée dans les

¹²⁵ - Voir au Togo en 2005, en République démocratique du Congo en 2006, au Tchad en 2006, au Kenya en 2007, au Zimbabwe en 2008, en Zambie en 2008 ; voir aussi la controverse sur l'élection présidentielle du 27 août 2016 au Gabon, au Cameroun le 14 octobre 2018, au Congo-Brazzaville (depuis 1993) le 21 mars 2021.

crises. Une telle conception ébranle l'égalité des chances pour tous les citoyens admissibles à participer au choix de leurs représentants en tant qu'électeurs. Si le peuple dans son unicité ne peut donc plus user de ce mécanisme qu'est l'élection de manière intègre pour responsabiliser son gouvernement et si les recours existants pour violation des droits liés aux citoyens au moment des élections sont tronqués, les élections cessent d'être ce moyen permettant de « civiliser le conflit politique comme le veut la théorie démocratique ». L'absence de participation populaire ouverte, libre et non discriminatoire, exercée en accord avec la règle de droit fait des élections aujourd'hui, un moyen de régénérescence de la violence dans la plupart des Etats en Afrique noire francophone. Voilà pourquoi elles apparaissent comme un vecteur de polarisation de la société et d'instabilité, pouvant aller jusqu'à la guerre civile¹²⁶.

Conclusion

A bien considérer la conception de l'atteinte à l'intégrité du territoire en Afrique en rapport avec l'exercice du droit de vote, la jurisprudence africaine lui confère un double visage en période électorale. Dans le premier cas, le juge interdit de manière absolue toute procédure de révision de la constitution et de tenue d'élection en période de crise. Une telle prohibition lui permet de consolider le respect du principe d'intégrité du territoire solidement ancré dans le constitutionnalisme africain. Aussi, cette interdiction permet au droit de vote de demeurer un droit fondamental reconnu à chaque citoyen de l'Etat en crise. S'il est

vrai que certains Etats africains prennent le prétexte des soucis sécuritaires pour repousser le déroulement du scrutin afin d'empêcher à l'électeur de choisir ses gouvernants, il est tout aussi vrai qu'une élection organisée dans ces circonstances rencontrent des problèmes de liberté et de sincérité. D'ailleurs, là où il ya atteinte à l'intégrité du territoire, il ya forcément atteinte à l'égalité entre les citoyens et par voie de corollaire au suffrage universel. Le suffrage exercé sur l'ensemble du territoire permettant au droit de vote de demeurer le lieu où les électeurs peuvent sceller un contrat de confiance avec les élus. C'est ce qui transparait en filigrane dans la décision du juge ivoirien énoncée plus haut. Il en va différemment dans le second cas. La limite d'atteinte consentie par le juge africain à l'intégrité du territoire ne favorise pas la garantie de l'équilibre électoral du système représentatif présent en Afrique depuis les années 1990. Ne pas tenir compte des menaces graves et immédiates internes à l'intégrité du territoire, c'est porter atteinte à l'universalité du droit de vote. Les juges malien, camerounais et burkinabé semblent oublier que l'intégrité du territoire renvoie aussi à la maîtrise par l'Etat de sa souveraineté sur l'ensemble du territoire. C'est difficilement qu'un citoyen accepte exercer ce droit sous le coup des canons malgré les mesures de sécurité prises par les organes étatiques. Lorsque le juge camerounais ou celui malien n'arrive pas à donner une suite favorable aux requêtes des citoyens relativement aux élections organisées alors même que l'intégrité du territoire était en péril, il ne permet plus de voir en l'élection un élément essentiel de la consolidation des ordres politiques. Cette attitude qui amène à s'interroger sur sa légitimité découlant plus de la source de ses prérogatives que

¹²⁶ - Lire Vincent DARRACQ, Victor MAGNANI, « Les élections en Afrique : un mirage démocratique ? », *op.cit.*, p.843.

du mode de sa désignation¹²⁷ est critiquable ; critiquable dans la mesure où en refusant d'exercer sa liberté d'interprétation de la constitution, il valide des résultats ne permettant pas à l'élection de conserver sa sincérité et sa transparence, encore moins de maintenir l'équilibre de l'Etat. C'est ce que l'on observe de plus en plus en Afrique où les récents scrutins ont révélés l'aliénation de la démocratie pluraliste. D'ailleurs, la stabilité d'un Etat ne peut être préservée s'il n'est pas tenu compte de toutes les menaces graves et immédiates à l'intégrité du territoire à l'origine des exclusions dans l'exercice du droit de vote en période de crise. En limitant l'atteinte à l'intégrité du territoire aux seules menaces provenant de l'extérieur, le juge africain a participé ainsi à la « délégitimation des processus électoraux »¹²⁸ puisque la capacité de vote des électeurs se trouve ainsi réduite. Et si les électeurs n'arrivent plus à tirer profit d'une offre politique plurielle au sein du territoire indivisible dont la préservation est fixée par la constitution, cela justifierait l'instabilité ambiante que l'on observe de plus en plus en Afrique aujourd'hui.

Bibliographie sélective :

- **Adama KPODAR**, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », in *La constitution béninois du 11 décembre 1990. Un modèle pour l'Afrique? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glèlè*, Paris, L'harmattan, 2014, pp.89-126.

¹²⁷ - Théodore HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *La démocratie en Afrique, Revue française d'Etudes constitutionnelles et politiques*, n°129, pp.101-114.

¹²⁸- Nadège RAGARU, « Élections, légitimité politique et stabilité dans les Balkans : le lien manquant », *op.cit.*, p.96.

- **Alain ONDOUA**, « La population en droit constitutionnel. Le cas des pays d'Afrique francophone », *De Boeck Supérieur* | « Afrique contemporaine », 2012/2, n° 242, pp. 87 - 97.
- **Albert RIGAUDIERE**, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp.5- 21.
- **Albert de SURGY**, *Osons réinventer la démocratie. Comment rendre le pouvoir aux citoyens ?* Paris, L'Harmattan, 2018, 246 pages.
- **Anja OSEI**, « La connexion entre les partis politiques et les électeurs en Afrique : Le cas Ghanéen », *Khatala/Politique africaine*, 2006/4, n°104, pp.38-60.
- **Babacar NGEYE**, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *La démocratie en Afrique, Pouvoirs*, n°129, 2009, pp.5-26.
- **DARRACQ, Victor MAGNANI**, « Les élections en Afrique : un mirage démocratique », *Institut français des relations internationales / « Politique étrangère »*, 2011/4 Hiver, pp. 839 à 850.
- **Dodzi KOKOROKO**, « Les élections disputées : réussites et échecs », *La démocratie en Afrique, Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°129, 2009, pp.115-125.
- **François BORELLA**, *Eléments de droit constitutionnel*, Paris, Presses de Sciences Po, 2008, 440 p.
- **Graciela DUCATENZEILER**, « Nouvelles approches à l'étude de la consolidation démocratique », in *La consolidation de la démocratie : nouveaux questionnements, Revue internationale de politique comparée*, volume 8, n° 2, été 2001, pp. 191-198.
- **Gérard CONAC, Xavier PRELOT** (dir.), *La constitution de la République française*, Analyses et commentaires, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 2008, pp.229-296.
- **James MOUANGUE KOBILA**, « Droit de la participation politique des minorités et des populations autochtones. L'application de l'exigence constitutionnelle de la prise en compte des composantes sociologiques de la circonscription

dans la constitution des listes de candidats aux élections au Cameroun », *Revue française de droit constitutionnel*, PUF, 2008/3 n° 75, pp.629-664.

- **Joseph-Marie ZAMBO BELINGA**, « La scénographie de la déviance dans les scrutins politiques. La violence comme phénomène électoral d'ici et d'ailleurs », *Cahiers d'études africaines*, 185 | 2007, pp.1-31.
- Joseph VITALIS, « Les crises africaines. Violence, pouvoir et profit », *SER/ « Etudes »*, 2003/12, Tome 399, pp.585-595.
- **Luc SINDJOUN**, « Elections et politique au Cameroun : concurrence déloyale, coalitions de stabilité hégémonique et politique d'affection », *Afr. j. polit. sci.* (1997), Vol. 2, N° 1, pp.89-121.
- **Mamoudou GAZIBO**, « L'instabilité en Afrique et ses déterminants », *Introduction à la politique africaine*, Presse de l'Université de Montréal, 2010, 293 pages.
- **Nadège RAGARU**, « Élections, légitimité politique et stabilité dans les Balkans : le lien manquant », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2003, vol.34, n°1, pp.83-102 (p.83).
- **Robert KOLB**, « Autodétermination et « sécession-remède » en droit international public », *Global Community Yearbook*, 2013, p. 57-77.
- **Stéphane PIERRE-CAPS**, « Le peuple à l'interface du droit constitutionnel et du droit international », *IRENEE / Université de Lorraine* | « Civitas Europa », 2014/1, n° 32 | pp. 5 - 20.
- **Thomas EHRHARD**, « Le découpage électoral des circonscriptions législatives : le parlement hors jeu ? », *Le SEUIL/ « POUVOIRS »*, 2013/3, n°146, pp. 117-132.

LA CONSTRUCTION DU REFERENTIEL PENAL DANS LA JUDICIARISATION DES ACTIVITES MILITAIRES AU REGARD DE LA LOI N° 2017/012 DU 12 JUILLET 2017 PORTANT CODE DE JUSTICE MILITAIRE DE LA REPUBLIQUE DU CAMEROUN

Gaétan Mamert BILOA NTONGA

Docteur Ph.d en Droit Privé

Enseignant-Chercheur

Université Yaoundé II (Cameroun)

RÉSUMÉ : *Comme tous les agents de l'Etat, les militaires sont soumis au principe de responsabilité. En fonction des manquements constatés, les poursuites qui peuvent être engagées sont entre autres pénales. La judiciarisation qui en le pendant révèle la construction par le législateur du Code de justice militaire de 2017 d'un référentiel pénal d'abord au service de la discipline et de l'efficacité militaire ; et au détriment des droits et libertés fondamentaux. Pour le législateur de 2017, le droit n'a pas pour objectif d'inhiber l'action des armées. Bien au contraire, le droit doit précisément fonder cette action. Ce qu'il démontre à travers notamment la valorisation du respect des exigences du métier des armes et la minimalisation de la responsabilité des militaires.*

Mots-clés : *Référentiel pénal-
Judiciarisation- Tribuna militaire-
Justice- Activités militaires.*

ABSTRACT: *Like all state agents, the military is subject to the principle of accountability. Depending on the breaches observed, the proceedings that may be instituted are, inter alia, criminal in nature. The judicial system that is the counterpart to this reveals the construction by the legislature of 2017 code of military justice of a criminal reference system, primarily in the service of discipline and military efficiency, and to the detriment of fundamental rights and freedoms. For the 2017 legislator, the law does not aim to inhibit the action of armies. On the contrary, the law must provide a basis for such action. This demonstrated in particular by the promotion of respect for the requirements of the profession of arms and the minimization of the responsibility of the military.*

Key words: *Criminal reference system –
judicial system- Military court – Justice –
Military operation.*

INTRODUCTION

1-Les activités militaires sont de manière ancienne, soumises au droit. D'ailleurs même le recours à la force, quand il est autorisé, en raison de ses effets, doit s'effectuer en conformité avec la légalité nationale et internationale. Cette dernière, combinant elle-même le « jus ad bellum », c'est-à-dire le droit qui gouverne les conditions pour le recours légal à la force, contenu essentiellement dans la Charte des Nations Unies et le « jus in bello » qui est le droit qui gouverne la manière dont la force peut être utilisée au cours d'un conflit armé autrement dit, le Droit International Humanitaire.

2-Dans ce contexte, le bénéfice des actions couvertes par la nécessité militaire devient résiduel¹. Cette dimension juridique des activités militaires prend corps notamment à travers des prolongements judiciaires dont le niveau de maturité est la conséquence du mouvement perpétuel du droit, et des perfectionnements qui en découlent. On parle alors de la judiciarisation des activités militaires qui ici doit être

¹Même la guerre qui a pendant des siècles été considérée comme un moyen normal pour régler un conflit entre deux Etats a été rendue non conventionnelle par l'article 2 de la Charte des Nations unies qui prévoit que « les membres de l'organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques »

comprise comme la soumission des activités militaires au contrôle du juge. Il peut s'agir, suivant, les cas des poursuites disciplinaires, civiles ou pénales². Le principe « non bis in idem » qui postule qu'une même personne ne peut pas faire l'objet de deux actions répressives pour les mêmes faits ne trouvant pas à s'appliquer entre ces poursuites qui relèvent de fondements distincts.

3-La judiciarisation des activités militaires au Cameroun est ainsi polycentrique. Ce polycentrisme judiciaire s'entend comme l'aménagement des formes distinctes d'édification judiciaire originales adaptées chacune aux conditions économiques, politiques et sociales qui lui

²V. M.-L. MOQUET-ANGER, « La responsabilité des militaires », in B. THOMAS-TUAL (dir.), *La réforme du statut général des militaires*, L'Harmattan, 2005, p. 99. Cependant, suivant une jurisprudence constante, le juge administratif affirme le principe de l'irresponsabilité de l'Etat à l'occasion d'opérations militaires : « Que dans les circonstances de temps et de lieu où ils se sont produits de tels faits doivent être regardés comme des événements se rattachant aux opérations de guerre et ne sauraient par suite engager la responsabilité de l'Etat, à moins qu'une législation spéciale n'ait ouvert à l'intéressé un droit particulier à réparation » (CE 5 mai 1950 Clémencelle, Rec. P.265) . Ce principe a d'ailleurs été assez récemment confirmé par le Conseil d'Etat (CE 23 juillet 2010 Société Touax et Touax Rom, Req. n° 328757 ; H. Flavier, « L'absence de responsabilité de l'Etat du fait des opérations militaires », *Dr. Adm.* 2010, n° 10, comm. n° 136 ; H. Bel-Bernard, « A contre-courant : l'ilot de l'irresponsabilité de l'Etat du fait des opérations militaires », note sous CE 23 juillet 2010, Société Touax et Touax Rom, *AJDA* 2010, p. 2269.

sont particulières. Il s'agit donc concrètement de l'option pour la pluralité de pôles habilités selon les différents cas à opérer au nom du peuple, des contrôles juridictionnels sur les activités des forces armées ; et donc, à rendre justice. Il existe de ce fait dans la judiciarisation des activités militaires au Cameroun une structuration dont la particularité réside non seulement dans cet écart logique entre les juridictions militaires et les autres juridictions, mais aussi, dans des forces de cohésion entre les premières et les secondes à l'instar du tribunal criminel spécial et des juridictions pénales de droit commun.

4-On peut donc en déduire le double objectif du législateur à savoir, d'une part, rapprocher le droit pénal militaire du droit pénal général et, d'autre part, renforcer la cohérence du système judiciaire en multipliant des constantes procédurales applicables devant toutes les juridictions, malgré l'existence des règles dérogatoires fondées sur les particularités statutaires appliquées aux militaires. Cette technique d'enchâssement ou d'intrication des différents pôles de l'échiquier polycentrique construit était en fait pour le législateur pénal de 2017 comme un passage obligé. Tant il était nécessaire d'affirmer sur le plan procédural la convergence de finalité des compétences

éclatées sur le plan organique entre les juridictions de droit commun, le tribunal criminel spécial et les tribunaux militaires³.

5-Un tel contexte conduit donc le juriste, à s'interroger sur la perception législative des risques juridiques, en particulier pénaux, pesant sur les militaires dans le cadre de l'exécution de leurs missions. Le risque pénal s'entend comme le risque de faire l'objet de poursuites pénales pour des infractions commises dans le cadre du service⁴. Il est clair que c'est à l'aune de ce risque qu'il devient possible de saisir les options du législateur dans la construction du référentiel pénal. Ce dernier s'élabore donc à travers le prisme des interactions qui traversent le

³ L'imbrication entre le Tribunal Militaire et les autres juridictions est une autre des manifestations de ce souci de cohésion de l'ensemble polycentrique construit par le législateur pénal. D'abord, on peut remarquer la démarcation des mineurs des majeurs: les mineurs de 18 ans punissables pour les infractions pour lesquelles le Tribunal Militaire est compétent restent justiciables des juridictions compétentes en matière de délinquance juvénile. C'est-à-dire le Tribunal de Première Instance. (Imbrication entre le T M et le TPI art. 9 du Code de justice militaire de 2017). Aussi, les détournements d'effets militaires d'une valeur supérieure ou égale à 50 millions de francs CFA, commis par les militaires, relèvent de la compétence du Tribunal Criminel Spécial. (Imbrication entre le TM et le TCS, art. 53(6) du Code de justice militaire de 2017).

⁴J. -R. REBMEISTER, « La perception du risque pénal par les militaires », in *Droit pénal et défense*, Actes du colloque des 27 et 28 mars 2001, Ministère français de la Défense, Secrétariat général pour l'administration, Direction des affaires juridiques, Paris, Ecole militaire 2001, p. 76- 82.

champ pénal. Il est « la représentation que l'on (le législateur dans le cas d'espèce) se fait du secteur (pénal) ainsi que de sa place et son et de son rôle dans la société »⁵ militaire. C'est-à-dire la matrice grâce à laquelle les problèmes criminels dans le secteur militaire sont saisis analysés et résolus par le législateur pénal. Plus concrètement, l'axe principal d'orientation dans lequel il se situe non seulement dans la prédétermination concernant la mise en œuvre, le cas échéant de la responsabilité pénale des militaires, mais aussi dans la détermination des différentes situations d'exposition du militaire au risque pénal. Il se révèle donc bien que, même s'il faut rappeler que le référentiel pénal dans sa globalité peut être bien plus large dans la mesure où pour certains auteurs, il désigne l'ensemble des paradigmes mobilisables dans la lutte contre le phénomène criminel⁶, seule sa dimension normative semble opérationnable à travers cette étude.

⁵P.MULLER, « Un schéma d'analyse des politiques sectorielles », *Revue française de science politique*, 35 (2), 1985, pp. 1965-1988.

⁶V. B. JOBERT « Représentations sociales, controverses et débats dans la conduite des politiques publiques » *Revue française de science politique*, 42 (2), 1992, pp. 219-234. Toutefois, parmi les trois dimensions du référentiel pénal dévoilées par cet auteur, seule la dimension normative nous intéresse dans cette analyse. La dimension cognitive et la dimension instrumentale étant assez éloignées de l'objet de cette étude qui a essentiellement une base textuelle.

6-L'aménagement d'un cadre juridique adéquat organisant la justice militaire au Cameroun apparaît comme une préoccupation constante des pouvoirs publics. Le perfectionnement de ce cadre juridique semble cependant avancer au rythme des mutations du contexte politico-sécuritaire comme en témoigne la tribulation législative depuis la création du Tribunal Militaire par l'ordonnance n°72/5 du 26 Août 1972 portant organisation judiciaire militaire⁷. Cette ordonnance va en effet successivement subir de nombreuses modifications⁸ avec les lois n°74/4 du 16 juillet 1974, ensuite la loi n°90/048 du 19 décembre 1990, puis la loi n°97/8 du 10 janvier 1997 et la loi n°98/7

⁷Ce texte fait suite à l'ordonnance n° 62/OF/18 du 12 mars 1962 portant répression de la subversion qui a souvent été présentée par la doctrine comme un instrument juridique « d'importance capitale dans l'histoire politique et judiciaire du Cameroun ». V. J. L. ATANGANA AMOUGOU, Les tribunaux militaires et juridictions d'exception au Cameroun, in *Juridictions militaires et tribunaux d'exception en mutation : perspectives comparées et internationales*,(dir.) E. L. ABDELGAWAD, Paris, éd. Des archives contemporaines, coll « AUF » 2007. Il faut cependant noter que les débuts de la justice militaire au Cameroun se situent dans la période préindépendance. V. J. Ch. BILOBE AYISSI, La justice militaire au Cameroun français : compétence, organisation et fonctionnement de 1916 à 1960, Mémoire de Master, Université de Yaoundé I, 2014.

⁸Cette ordonnance intervient dans la même foulée que l'ordonnance n°72/4 portant organisation judiciaire qui elle aura tenu 34 années avant d'être abrogée par la loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire au Cameroun. (V. F. ANOUKAHA, « La réforme de l'organisation judiciaire au Cameroun », *Juridis-périodique* n° 68, p. 45).

du 14 avril 1998, elle-même abrogée par la loi n°2008/015 du 29 décembre 2008⁹.

7-Cela étant, le nouveau visage de ce contexte politico-sécuritaire particulièrement marqué par des transformations affectant les formes traditionnelles de conflictualité ne pouvait pas laisser le législateur camerounais indifférent. Plus concrètement, le droit des conflits armés classique¹⁰, qui oppose combattants et non combattants rencontre aujourd'hui au Cameroun comme ailleurs de grandes difficultés d'application. Ces conflits n'étant pas le fait d'armées étatiques. Il s'agit des théâtres d'opérations où l'on assiste à des guerres irrégulières¹¹, guérillas ou même insurrections¹². De ce fait, de nouveaux acteurs surgissent sur le

champ de bataille avec, en particulier, l'intervention de bandes armées terroristes ou non. Il devient alors difficile de qualifier juridiquement les opérations menées par les forces armées¹³.

8-II faut ajouter à cette difficulté le développement des opérations hors du territoire national¹⁴ dans un environnement où se sont multipliés les instruments juridiques, notamment les conventions et traités internationaux¹⁵, qui rendent plus

⁹V. loi n°2008/015 du 29 décembre 2008 portant organisation judiciaire militaire et fixant les règles de procédure applicables devant les tribunaux militaires.

¹⁰Ce droit en conformité avec le Droit International Humanitaire permet de distinguer deux types de conflits : les conflits armés internationaux (CAI) qui opposent au moins deux Etats, et les conflits armés non internationaux (CANI) qui opposent un Etat à un groupe armé ou plusieurs groupes armés entre eux.

¹¹V. C. Malis, H. Strachan, D. Danet (dir.), *La guerre irrégulière*, Economica, 2011.

¹²Des attaques à répétition de bandes armées aux frontières et à l'intérieur du territoire du Cameroun entraînent suivant les cas, soit des opérations de gestion de crise, soit alors des opérations de lutte contre le terrorisme. Dans le premier cas, une illustration peut être trouvée à travers les opérations menées par l'armée camerounaise dans les régions du Nord-Ouest et du Sud-ouest et dans le second à travers les opérations menées contre la secte terroriste BOKO HARAM dont les activités étaient montées en puissance entre 2014 et 2017.

¹³L'exercice de qualification juridique de telles situations est ainsi compliqué au moins par trois facteurs ayant trait à l'établissement des faits. Premièrement, il est difficile d'évaluer le degré d'organisation de certains groupes armés. Deuxièmement, il est souvent difficile d'identifier les auteurs d'actes violents lorsqu'ils ne sont pas revendiqués et donc de les attribuer à une partie à un conflit armé ou non. Troisièmement, les cibles visées par certains groupes sont multiples : il ne s'agit pas seulement des forces armées ennemies mais aussi des autorités administratives ou traditionnelles ou même les membres de la société civile.

¹⁴Des guerres civiles dans certains pays frontaliers à l'exemple de la Centrafrique ont souvent conduit à des interventions militaires dans lesquelles les forces armées camerounaises se sont déployées. Il s'agit des opérations de gestion de crise, en dehors du territoire national qui s'expriment soit dans le cadre d'opérations de stabilisation, soit dans le cadre d'opérations de plus grande ampleur. Dans tous les cas, et sauf exceptions (telles des opérations humanitaires), ces opérations extérieures se déroulent sous mandat international (ONU, UA, UE, OTAN) avec des règles opérationnelles d'engagement (ROE).

¹⁵Lire les dispositions des quatre conventions de Genève du 12 août 1949 ainsi que du protocole additionnel du 10 juin 1977 (protocole 1). Ces conventions régissent le sort des blessés et des malades des forces armées en campagne (convention I) et sur mer (convention II), le traitement des prisonniers de guerre (convention III) et la protection des populations civiles en temps de guerre (convention IV). Les infractions graves

complexes l'engagement des forces et obligent les Etats à une grande vigilance pour eux-mêmes, mais également pour leurs agents, faute de quoi, la responsabilité des uns et des autres pourrait être engagée devant les juridictions internationales et nationales.

9-Dans cette perspective d'adaptation du cadre juridique organisant la justice militaire au contexte politico-sécuritaire, l'engagement des pouvoirs publics dans la lutte contre le terrorisme, le grand banditisme et les atteintes à la sûreté de l'Etat entre autres a donc reçu une plus grande visibilité au plan interne. Ceci se traduisant concrètement par les ratifications de la convention de l'OUA (aujourd'hui Union Africaine) sur la prévention et la lutte contre le terrorisme¹⁶ et de son protocole¹⁷. Mais surtout par l'adoption et la promulgation d'abord de la loi n° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme

et ensuite celles de la loi n° 2017/012 du 12 juillet 2017 portant Code de justice militaire. Cette dernière vient donc abroger toutes les dispositions antérieures qui lui sont contraires. Notamment celles de la loi n°2008/015 du 29 décembre 2008 portant organisation judiciaire militaire et fixant des règles de procédure applicables devant les Tribunaux Militaires, celles du décret du 19 février 1940 et de l'arrêté du 21 mars 1940 rendant applicable au Cameroun le Code de justice militaire du 9 mars 1928.

10-Ces difficultés des activités et missions ainsi que cette complexité de plus en plus manifeste des cadres d'intervention contribuent sans doute à l'accroissement du risque pénal qui ce faisant, s'ajoute à tous les autres risques inhérents au métier des armes¹⁸. La construction du référentiel pénal dans la loi n° 2017/012 du 12 juillet 2017 portant Code de justice militaire s'est donc effectuée mesure prise de cette

ici prévues constituent des crimes de guerre (protocole I, art. 85 al 5); de la convention de New York du 4 décembre 1989 relative à l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires en ses articles 9 et 12 ; de la convention de Paris du 13 janvier 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques ; de celle du 18 septembre 1997, sur l'interdiction des mines antipersonnel et de la convention de Rome du 18 juillet 1999 instituant la Cour pénale internationale.

¹⁶Convention adoptée le 14 juillet 1999 à Alger.

¹⁷Protocole adopté le 08 juillet 2004 à Addis-Abeba.

¹⁸Il est absolument incontestable que la qualité de militaire exige en toutes circonstances un esprit de sacrifice pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême. La qualité de militaire est, en temps de paix, reconnue au personnel des Forces de Défense, notamment de la Gendarmerie Nationale, de l'Armée de Terre, de l'Armée de l'Air ou de la Marine Nationale (art. 31al 1(a) du Code de justice militaire de 2017); sont par ailleurs assimilés aux militaires pour les infractions commises dans une enceinte militaire ou dans l'exercice de leurs fonctions, les personnels civils en service au ministère chargé de la défense (art. 31al 2du Code de justice militaire de 2017).

situation qui obligeait le législateur malgré les acquis en matière de protection des droits de l'homme, à éviter de fragiliser ou de paralyser l'action militaire. Quelles sont les représentations fondamentales, les normes et images qui établissent les principes d'action dans la judiciarisation des activités militaires à la lecture de la loi n° 2017/012 du 12 juillet 2017 portant Code de justice militaire ?

11-Les réponses institutionnelles et fonctionnelles de judiciarisation des activités militaires dans la loi n° 2017/012 du 12 juillet 2017 portant Code de justice militaire semblent s'intriquer dans cette option législative qui est celle de la valorisation du respect des exigences du métier des armes au détriment de la protection des droits fondamentaux (I). L'assouplissement de la responsabilité des militaires qui découle de la réversibilité des schémas opérationnels de sa mise en œuvre confirme cette prudence législative dans judiciarisation des activités militaires (II).

I-La valorisation du respect des exigences du métier des armes au détriment de la protection des droits fondamentaux

12-Un article du journal *Le Monde* daté du 11 novembre 2009¹⁹ mettait en avant la crainte des militaires d'être victimes d'une « judiciarisation » des conflits armés au préjudice de leur efficacité opérationnelle. Ce constat paroxystique ne devrait cependant pas faire obstacle à une analyse rationnelle et lucide du référentiel pénal construit par le législateur afin de soumettre les activités militaires au contrôle du juge. C'est une entreprise à travers laquelle le législateur pénal devant les impératifs de protection des droits et libertés fondamentaux et les délicates exigences du métier des armes, est appelé à élaborer soit un ordre de priorité, soit alors un rapport d'équivalence. Ce qui oblige du moins concernant la législation pénale camerounaise du Code de justice militaire de 2017, à restituer la hiérarchie des valeurs dans la judiciarisation des activités militaires. On y décèle une soumission de la normativité pénale militaire au respect des exigences du métier des armes (A). Ce que confirme un certain nombre de

¹⁹N. GUIBERT, « L'armée craint d'être victime de la judiciarisation de la société », *Le Monde*, 11 novembre 2009.

restrictions aux garanties des droits et libertés fondamentaux dans le Code de justice militaire (B).

A- La soumission de la normativité pénale militaire au respect des exigences du métier des armes

13-Un des objectifs majeurs facilement perceptibles dans le Code de justice militaire de 2017 est le renforcement du commandement militaire à travers une protection judiciaire de la discipline dans les corps de défense. C'est dans la poursuite de cet objectif que le législateur de 2017 soumet la normativité pénale militaire au respect des exigences du métier des armes. Concrètement, il affirme la préservation du champ de bataille juridictionnel militaire (1), tout en lui conférant des compétences très étendues (2).

1- La préservation du champ de bataille juridictionnel militaire

14-Comme pour tout justiciable, se pose la question de la juridiction compétente vis-à-vis des militaires. Depuis la création du Tribunal Militaire par l'ordonnance n°72/5 du 26 Août 1972 portant organisation judiciaire militaire,²⁰

²⁰Ce texte fait suite à l'ordonnance n° 62/OF/18 du 12 mars 1962 portant répression de la subversion qui a souvent été présentée par la doctrine comme un instrument juridique « d'importance capitale

se dessine une constance de fond qui vise explicitement malgré les réformes successives à structurer et maintenir un écart mesuré entre justice militaire et justice de droit commun. Cela concerne les juridictions compétentes mais également les règles de procédure applicables²¹, ainsi que les garanties consenties²².

dans l'histoire politique et judiciaire du Cameroun ». V. J. L. ATANGANA AMOUGOU, Les tribunaux militaires et juridictions d'exception au Cameroun, in *Juridictions militaires et tribunaux d'exception en mutation : perspectives comparées et internationales*, op. cit.

²¹La procédure applicable révèle en effet un éclatement du droit pénal processuel. Au centre de cet éclatement, se retrouve la diversification des formes d'intervention pénale et le démantèlement d'une image traditionnelle et unifiée du droit pénal procédural, Cette loi est donc aussi une expression du morcellement du droit pénal devant la variabilité des phénomènes prégnants auxquels il doit faire face. La loi camerounaise n°2017/012 du 12 juillet 2017 portant Code de justice militaire comporte dans ce sens une large gamme de dérogations procédurales permettant nettement de mesurer l'écart que le législateur institue par rapport à la procédure pénale ordinaire:

la plainte avec constitution de partie civile n'est pas recevable devant le juge d'instruction. Il s'agit là d'une exception procédurale qui empêche la victime d'une infraction commise par un militaire de faire citer directement ce militaire devant une juridiction de jugement afin de ne pas désorganiser brutalement une unité dans un contexte opérationnel (art. 15 (1) (a) du Code de justice militaire de 2017) .Le juge d'instruction ou de jugement peut placer sous mandat de détention provisoire tout militaire qui commet une infraction constituant une atteinte grave à la discipline militaire, même si ladite infraction n'est pas un crime (art. 15 (1) (b) du Code de justice militaire de 2017) . Le juge d'instruction peut mener une information judiciaire foraine hors siège de sa juridiction (art. 16 du Code de justice militaire de 2017). La procédure applicable en temps de guerre (art. 27 du Code de justice militaire de 2017).

²²V. GIUDICELLI-DELAGE, « Les garanties procédurales et le droit au recours - Rapport de synthèse », in E. LAMBERT ABDELGAWAD

15-La question est importante mais délicate : en effet, si l'on décide que les militaires relèvent d'une juridiction spéciale, par opposition à une juridiction de droit commun, peut se développer l'idée selon laquelle est aménagé à leur profit un privilège de juridiction²³, mais en sens inverse, si le militaire est jugé par une juridiction de droit commun, surgit la crainte que ne soient pas prises en considération les exigences propres au métier des armes et notamment les éléments liés au contexte d'emploi des forces.

16-Le législateur pénal de 2017, dans la construction du référentiel pénal a comme ses prédécesseurs évité « une banalisation de la situation du soldat au regard de la justice »²⁴. Pour cette raison,

(dir.), *Juridictions militaires et tribunaux d'exception en mutation : perspectives comparées et internationales*, op.cit., pp 25-38.

²³Le privilège de juridiction est réservé par le Code de procédure pénale à certains bénéficiaires limitativement énumérés aux articles 629 et suivants dont les magistrats. C'est pour cette raison que l'article 28 al 1 du Code de justice militaire de 2017 prévoit que « lorsqu'un magistrat militaire est susceptible d'être poursuivi pour une infraction relevant de la compétence des juridictions de droit commun, les dispositions des articles 629, 630, 631 et 632 du Code de procédure pénale sont applicables ». V.S. THENAULT, « Les Tribunaux militaires et Juridictions d'exception: lutte contre l'impunité- Rapport de synthèse », in E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *Juridictions militaires et tribunaux d'exception en mutation: perspectives comparées et internationales*, op.cit., p. 42.

²⁴Général B. de La Presle, colloque « La place du soldat dans la société française », 9 décembre 2010, <http://www.asafrance.fr/actualité/613-colloque>.

il a maintenu l'écart entre les juridictions de droit commun et les tribunaux militaires. Ainsi, pour les infractions commises par les militaires sur le territoire de la République²⁵ ou en dehors du territoire de la République²⁶, en temps de guerre²⁷ ou en temps de paix, on assiste à la disqualification légale des juridictions de droit commun et à contrario à l'habilitation légale du Tribunal Militaire²⁸.

17-En réalité, cette structuration de l'écart entre les juridictions de droit commun et les tribunaux militaires fait écho à une exigence de spécialisation qui est bien perceptible dans le dispositif juridique mis en place par le législateur camerounais depuis 1972. Lequel attribue la compétence en la matière au Tribunal Militaire qui est une juridiction spécialisée²⁹. Les Tribunaux Militaires sont donc des juridictions à compétence spéciale. Leurs particularités résident dans le fait qu'elles ne sont compétentes que dans des cas strictement prévus par la loi, pour juger certaines infractions ou certains délinquants que la loi détermine

²⁵V. art. 8(e) du Code de justice militaire de 2017.

²⁶V. art. 4 al 2 du Code de justice militaire de 2017.

²⁷V. art. 8 (i) du Code de justice militaire de 2017.

²⁸V. B. M. KEM CHEKEM, « La répression des infractions relevant des tribunaux militaires dans le nouveau Code de justice militaire au Cameroun », *Juridis Périodique*, n° 115, juillet-août-septembre 2018, pp 111-124.

²⁹V. art. 2 (1) du Code de justice militaire de 2017.

limitativement³⁰. Elles ont ainsi un statut plus ou moins dérogatoire au droit commun, par leur composition³¹, ou par la procédure qui doit être suivie devant elles³².

18-Le législateur du Code de justice militaire de 2017 ne se limite pas à la préservation d'un champ de bataille juridictionnel militaire à travers le maintien du tribunal militaire comme juridiction compétente en matière militaire. Il soumet plus manifestement la normativité pénale au respect des exigences du métier des armes par une détermination très extensive du champ de compétence du tribunal militaire.

³⁰Le champ de compétence du Tribunal Militaire vis-à-vis du militaire au regard de la loi de 2017 portant Code de justice militaire apparaît bien vaste, car il concerne non seulement les infractions militaires, mais également les infractions internationales (crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crime de génocide) ainsi que les infractions de droit commun commises pendant le service ou dans un établissement militaire et les infractions constitutives d'atteintes à la sûreté de l'Etat.(art. 8 du Code de justice militaire de 2017).

³¹En temps de paix, le Tribunal Militaire comprend : a) au siège, un président, un ou plusieurs vice-présidents, deux Assesseurs titulaires et des Assesseurs suppléants, un Greffier en chef, un ou plusieurs Greffiers. b) à l'instruction, un ou plusieurs Juges d'instruction, un ou plusieurs Greffiers d'instruction. C) au parquet, un Commissaire du gouvernement, un ou plusieurs Substituts du Commissaire du Gouvernement, un ou plusieurs Greffiers. (V. art. 5 al 1 du Code de justice militaire de 2017).

³²Des dispositions particulières sont par exemple prévues pour la composition du Tribunal Militaire et la procédure mise en œuvre en temps de guerre. (V. art. 27 du Code de justice militaire de 2017).

2- La détermination très extensive du champ de compétence du tribunal militaire

19-Il faut bien noter que la justice militaire, entendue dans une acception matérielle, est organisée sur la base d'une double distinction : d'une part selon que l'infraction est commise en temps de paix ou en temps de guerre et, d'autre part selon que l'infraction est commise sur le territoire de la République ou hors du territoire de la République³³.

20-A la faveur de l'avènement de la loi n°2017/012 du 12 juillet 2017 portant Code de justice militaire, la justice militaire se trouve affectée dans tous les cas par des mutations surtout sur le plan formel. C'est une tendance qui modifie en profondeur la justice militaire applicable en temps de paix en rapprochant ainsi le droit pénal applicable aux militaires au droit pénal de droit commun³⁴. Sur le fond, l'article 8 du Code de justice militaire élargi et reprecise le champ de compétence des tribunaux militaire en instituant douze cas de figure

³³Notons que la réforme de 2017 n'a pas affecté grand-chose concernant les règles applicables en temps de guerre car dans de telles circonstances, en effet, l'impératif de survie de la collectivité nationale doit l'emporter sur toute autre considération.

³⁴V. C. SAAS, « La justice militaire en France », *Archives de politique criminelle*, 2007/1, n° 29, p. 183 et s.

dans lesquels les tribunaux militaires peuvent être compétents.

21-De manière transversale, deux principaux types d'infractions sont de la compétence du tribunal militaire selon le Code de justice militaire. Il s'agit des infractions purement militaires visiblement caractérisées entre autres par la qualité de l'agent et les infractions de droit commun pour l'essentiel, grandement marquées ici par la gravité de l'atteinte. Les infractions purement militaires constituent une catégorie particulière d'atteintes au sein de laquelle il convient de distinguer les infractions intégralement militaires d'un côté et Les infractions objectivement militaires de l'autre.

22-Les infractions intégralement militaires s'articulent sur un manquement grave au devoir et à la discipline militaire commis par un militaire tel que prévu à l'article 30 du Code de justice militaire. Deux conditions se révèlent donc ici : la nature de la valeur sociale protégée (atteinte à l'organisation ou fonctionnement du commandement militaire) et la qualité de l'agent (l'infracteur doit être un militaire). A titre d'illustration, le Code de justice militaire de 2017 prévoit des infractions à l'obligation d'astreinte comme la désertion à l'intérieur en temps de paix en son article 32, la désertion à l'étranger en temps de

paix en son article 33 la désertion en temps de guerre en son article 34. Le législateur incrimine et sanctionne tout aussi les insubordinations à l'instar du refus de prendre part aux audiences des juridictions militaires ainsi qu'il est prévu à l'article 38, le refus d'obéissance tel que prévu à l'article 39, les outrages notamment l'outrage à supérieur en son article 42, l'outrage à un militaire malade ou blessé en son article 44. Les atteintes aux biens militaires sont également réprimées avec notamment l'incrimination de la dissipation d'effets militaires à l'article 52 du texte et le vol d'effets militaires en son article 54.

23-Les infractions objectivement militaires quant à elles supposent un manquement grave portant atteinte à l'organisation ou au fonctionnement des institutions militaires commis par un agent même non militaire. Elles sont ainsi caractérisées en présence d'une seule condition la remise en cause de l'organisation ou du fonctionnement d'une institution militaire. C'est le cas conformément à l'article 8 des infractions à la législation sur les armes de catégorie 1,2,3 et 4 telles que spécifiées dans la loi portant régime général des armes et munitions au Cameroun, des infractions de toute nature commises à l'aide de telles armes, des infractions de toute nature

commises par des personnes civiles dans un établissement militaire et ayant porté atteinte soit aux équipements ou installations militaires, soit à l'intégrité physique d'un militaire ou ayant troublé le fonctionnement du service et des infractions relatives à l'achat, l'importation, la vente, la confection, la distribution, le port ou détention d'effets ou d'insignes militaires tels que définis par la réglementation en vigueur.

24-A travers ce segment de compétence du tribunal militaire, le Code de justice militaire prend en compte un ordre public propre à la communauté militaire. Pour le législateur de 2017, la judiciarisation des activités militaires doit d'abord et surtout contribuer à assurer le bon fonctionnement des armées. Dans cette perspective, la justice doit s'investir pour assurer le respect d'un certain nombre de règles, à commencer par le principe central de la hiérarchie et de discipline, mais aussi à sanctionner les comportements fautifs qui contredisent l'essence même de l'engagement militaire ou des valeurs qu'il suppose ou qui nuisent aux règles de vie en société militaire. Il en ressort que le Code de justice militaire de 2017 conçoit l'intervention judiciaire en lien avec celle de l'autorité militaire et en complémentarité de l'action disciplinaire. Ce qui trahit à suffisance la soumission de

la normativité pénale au respect des exigences du métier des armes.

25-Les infractions de droit commun qui selon le Code de justice militaire sont soumises à la justice militaire représentent une catégorie d'une assez grande variabilité d'atteintes au sein de laquelle on retrouve les infractions internationales et les infractions constitutives d'atteintes à la sûreté de l'Etat³⁵. Les infractions internationales sont toutes les infractions qui faisant l'objet d'une définition internationale, sont au Cameroun portées à la connaissance du tribunal militaire. Le critère retenu par le législateur pour la définition de ces infractions est donc le critère formel. Cela étant, outre son champ de compétence habituelle, la justice militaire est désormais compétente pour juger des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, du crime de génocide, des infractions relatives aux actes de terrorisme, aux actes de piraterie et aux actes illicites contre la sûreté de la navigation maritime et des plates-formes. La dévolution de cette compétence à la justice militaire se fonde elle aussi sur le

³⁵Les atteintes à la sûreté de l'Etat dans le texte de 2017 sont fortement marquées par une sublimation de la peine de mort On peut le voir avec la trahison qui dans le texte est puni de la peine de mort (article.61 Code de justice militaire) l'intelligence avec l'ennemi également puni de la peine de mort (article 62 Code de justice militaire) et l'espionnage tout aussi puni de la peine de mort (article 63 Code de justice militaire).

primat du respect des exigences du métier des armes dans les choix du législateur de 2017 qui entend ainsi confier la compétence en la matière à une juridiction interne qui justifie d'une culture en matière d'opérations militaires.

26-Même s'il a été dit que « Les juridictions militaires ne sont pas un monde à part, expédient et expéditif, au-dessus des lois, hors du droit commun, une justice d'exception, sans contrôle ni contrepoids, ouvrant la porte à tous les abus et n'ayant plus de justice que le nom (...) »³⁶, il n'en demeure pas moins que selon le Code de justice militaire de 2017, d'importantes restrictions doivent grever les droits et libertés fondamentaux des justiciables devant ces juridictions.

B- Les restrictions aux garanties des droits et libertés fondamentaux dans le Code de justice militaire

27-La possibilité d'entreprises de déstabilisation de l'armée républicaine dans l'exécution de ses missions est aujourd'hui plus facile. Dès qu'un incident réel ou supposé est susceptible d'une exploitation adverse, des enregistrements

³⁶E. DECAUX, « La dynamique des travaux de la Sous-commission des droits de l'homme et la position des Etats », in E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *Juridictions militaires et tribunaux d'exception en mutation: perspectives comparées et internationales*, op.cit., p. 67.

vidéo, des conversations radio et parfois même la conversation de la messagerie opérationnelle sont dévoilés au grand public. L'accroissement du risque d'affrontement sur une scène judiciaire avec l'adversaire ou avec des victimes déclarées³⁷ semble avoir conduit le législateur de 2017 à donner à l'armée les clés pour s'approprier la géographie du champ de bataille fut-il juridictionnel afin de mieux prendre en compte les spécificités du métier des armes. Cette entreprise est saisissable au regard du balisage par le législateur du droit d'accès à la justice des victimes de l'action militaire (1), autant qu'au regard de la transgression du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs (2).

1- Le balisage du droit d'accès à la justice des victimes de l'action militaire

28-Le rôle déterminant de la victime dans le procès pénal ne fait plus débat de nos jours. En effet, malgré l'intensification du rôle de l'Etat en la matière³⁸, la victime

³⁷E. DREYER cité par I. P. MFEGUE, « Réflexions sur les critères d'influence de la victime : contribution à leur harmonisation en droit camerounais », *Revue africaine de droit et de science politique*, Vol VI, n° XIII, supplément 2018, Les éditions le Kilimandjaro, février 2019, p. 224.

³⁸S. TADROUS, La place de la victime dans le procès pénal, Thèse de Doctorat, Université de Montpellier, 1er décembre 2014, pp 18-19.

de l'infraction tient toujours une place non négligeable dans le déploiement de l'appareil judiciaire pénal. Dans certaines législations étrangères, elle a même basculé du statut d'« oubliée du procès pénal » à celui d'« ...enfant chérie du législateur »³⁹. L'une des manifestations essentielles du rôle de la victime dans le procès pénal dérive de la constitution de partie civile⁴⁰ qui en fait permet à la victime d'accéder à la justice pénale. Accès à la justice sans lequel la protection et la garantie de ses droits et libertés fondamentaux seraient bien illusoire⁴¹. Pourtant le Code de justice militaire de 2017 aménage deux grandes restrictions qui empêchent à la victime d'une infraction commise par un militaire de provoquer la mise en mouvement de l'action publique et donc de se faire rendre justice.

29-Ainsi, contrairement aux dispositions de l'article 17 de l'ordonnance n°72/05 du

³⁹P. BONFILS cité par S. TADROUS, La place de la victime dans le procès pénal, Thèse de Doctorat op. cit. p. 17.

⁴⁰Voir les articles 157 à 163 du Code de procédure pénale du Cameroun du 27 juillet 2005.

⁴¹Emmanuel DECAUX s'exprime ainsi : « c'est assez dire que la justice est la première garantie des droits de l'homme », in *Justice et droits de l'homme*, XXVIII^e congrès de l'institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises, 6-8 mars 2003 ; Actes édités sous le patronage de l'Organisation internationale de la Francophonie, de l'Agence intergouvernementale de la Francophonie, du Sénat français, de la République française, dans la collection Droit d'expression et d'inspiration françaises, p. 38.

26 août 1972 portant organisation judiciaire militaire de l'Etat et celles des textes subséquents⁴² qui élargissaient les possibilités de constitution de partie civile, l'article 15 (1) (a) de la loi n°2017/012 du 12 juillet 2017 portant Code de justice militaire dispose que « la plainte avec constitution de partie civile n'est pas recevable devant le juge d'instruction ». L'objectif de cette procédure dérogatoire est d'éviter les effets pervers inévitablement exploités par l'adversaire contre l'armée républicaine. En effet, lorsque le rapport de force ne permet pas un affrontement frontal comme c'est de plus en plus le cas de nos jours, l'adversaire innove pour atteindre ses objectifs. Les développements modernes des stratégies du faible au fort s'expriment ainsi à travers la manipulation des médias, ou l'instrumentalisation des foules. Mais l'innovation la plus emblématique réside dans l'instrumentalisation de la justice à des fins militaires ou politiques. Les différentes voies de droit dont dispose la victime combinées à la pression d'une opinion publique plus que jamais

⁴²V. notamment dans ce sens l'article 16 alinéa 3 de la loi n°2008/015 du 29 décembre 2008 portant organisation judiciaire militaire et fixant des règles de procédure applicables devant les Tribunaux Militaires : « la constitution de partie civile est recevable à tout moment de la procédure jusqu'à la clôture des débats. Elle se fait par conclusions écrites ou par déclarations orales ».

instrumentalisable⁴³ peuvent basculer la justice dans des procédures, qui généralement auront pour objectif de discréditer les forces armées et de saper la légitimité de leur intervention.

30-Il apparaît bien que pour le législateur du Code de justice militaire de 2017, il est nécessaire de priver d'effectivité la prérogative de constitution de partie civile⁴⁴ pour que les règles juridiques ne soient pas, par les juridictions saisies mises au service de la déstabilisation des forces militaires. Faute de quoi, ces juridictions deviendraient des complices des actions déloyales des combattants ennemis, elles, qui doivent protéger les intérêts de la Nation. Il reste que dans la même foulée, la protection des droits et libertés fondamentaux est désormais tellement associée à l'institution de la justice⁴⁵ pénale, qu'un tel filtrage

sévère des plaintes, en limitant le droit d'accès à la justice des victimes des activités militaires confirme que la trajectoire législative de 2017 est bien assise sur la logique de la primauté du respect des exigences du métier des armes sur la protection des droits fondamentaux.

31-C'est donc aussi conscient de ces potentialités d'une procédure judiciaire aux effets pervers pour les forces de défense que le législateur pénal de 2017 opte pour une absolue impossibilité de la constitution de partie civile en temps de guerre. Le Code de justice militaire à ce propos établit bien à travers son article 27 (i) qu'« en temps de guerre, (...) la constitution de partie civile est irrecevable ». La finalité à terme étant bien entendu de ne pas, par l'acharnement judiciaire de la victime,

devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou la loi » ; ou encore de l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur » ; ou enfin, l'article 2-3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 : « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à (...) (b) garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnels ». Le préambule de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996 prévoit dans le même sens que, « La loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice ».

⁴³Sur la facilité pour l'adversaire à instrumentaliser des victimes, voir le blog du *Monde* tenu par la journaliste Claire BILLET et notamment son post du 11 septembre 2009 « Uzbin, les villageois ont pris les armes » qui illustre une situation de combat où des victimes pourraient se porter partie civile devant le tribunal aux armées de Paris.

⁴⁴R. DEGNI-SEGUI, « L'accès à la justice et ses obstacles », in : l'ouvrage collectif sur *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Paris : Aupelf-Uref, ministère français de l'Enseignement supérieur et de la recherche, 1994, pp. 241 et s.

⁴⁵Pour illustrer cette réalité, on pourrait aligner de nombreuses citations des textes fondamentaux auxquels les Etats africains dont le Cameroun ont adhéré. Il en est ainsi de l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1945 : « Toute personne a droit à un recours effectif

courir le risque de désorganiser brutalement une unité dans un contexte opérationnel. Cette interdiction absolue de la constitution de partie civile en temps de guerre apparaît cependant empreinte de paradoxe du moment où il se dégage du même texte et précisément de son article 8 (a) (b) que c'est à la justice militaire « seule » qu'il revient la compétence « pour connaître des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du crime de génocide ».

32-Ces infractions qui constituent des situations de violations graves et massives des droits de l'homme ne peuvent donc en temps de guerre être réprimées à l'initiative des victimes qu'à travers leur assimilation au droit commun. Il en résulte que seuls les textes d'incrimination du Code pénal punissant les actes comme l'assassinat⁴⁶, le viol⁴⁷ ou autres comportements que l'on retrouve dans les conventions de Genève peuvent, du point de vue d'une action à l'initiative des victimes constituer un fondement à la répression des auteurs de ces violations massives des droits de l'homme. Le refus du législateur du Code de justice militaire de 2017, de légiférer en se plaçant sous l'angle de la victime quant aux infractions

internationales graves aux droits de l'homme cantonne ainsi la réception camerounaise des normes internationales y relatives au strict minimum. Ce cantonnement du respect des exigences du droit international des droits de l'homme trahit bien encore une fois le sacrifice des droits fondamentaux à l'autel du respect des exigences du métier des armes. Cette architecture de la hiérarchie des valeurs dans le Code de justice militaire se confirme encore une fois quand l'on y découvre la transgression du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs.

2- La transgression du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs

33-Le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, dans son rôle de rempart contre l'arbitraire des pouvoirs publics, est une des garanties les plus essentielles au service de la protection des droits et libertés fondamentaux dans les États démocratiques. Dans un de ses prolongements, il pose que seule l'autorité judiciaire peut apprécier s'il y'a lieu ou non d'ouvrir une enquête et d'exercer des poursuites⁴⁸. La lecture du Code de justice

⁴⁶Voir article 276 de la loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant code pénal du Cameroun.

⁴⁷Voir article 296 de la loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant code pénal du Cameroun.

⁴⁸Voir dans ce sens, l'article 37 alinéa 2 de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996. D'ailleurs, le préambule de la constitution du Cameroun du 18 janvier 1996 affirme « son attachement aux libertés fondamentales inscrites dans la Déclaration Universelle des Droits de

militaire de 2017, révèle cependant que les principes qui guident l'appréciation des poursuites en matière militaire ne s'alignent pas sur cette exigence de la séparation des pouvoirs. Concrètement, la loi n°2017/012 du 12 juillet 2017 portant Code de justice militaire offre un important droit de regard à l'autorité hiérarchique non judiciaire⁴⁹ dans la mise en mouvement et l'exercice de l'action publique devant le tribunal militaire. Certes, le texte en son article 13 (1) selon lequel « l'action publique devant le tribunal militaire est mise en mouvement et exercée par le commissaire du gouvernement dans les conditions prévues par le Code de procédure pénale », semble entreprendre une démarcation d'avec son prédécesseur de 2008. Ce dernier texte aux termes duquel, sauf cas de dénonciation de leur émanation, le

commissaire du gouvernement devait demander préalablement à tout acte de poursuite, même en cas de crime ou de délit flagrant⁵⁰, l'avis du ministre chargé de la justice militaire ou de l'autorité habilitée par lui⁵¹.

34-Cet avis ayant la portée juridique d'un avis conforme⁵² étant donné que le commissaire du gouvernement ne pouvait exercer l'action publique que lorsque celle-ci avait été mise en mouvement par le ministre en charge de la justice militaire⁵³.

l'Homme, la Charte des Nations Unies, la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples et toutes les conventions internationales y relatives et dûment ratifiées (...) ».

⁴⁹ Selon M. F. ZANETI il existe un couple presque incestueux entre l'exécutif et la justice car : « Il y a entre la Justice et le Prince, une vieille complicité. L'un apparaît difficilement sans l'autre, au point qu'on pourrait être tenté d'affirmer à la fois que l'autorité publique procède de la justice et que la Justice procède de l'autorité publique ». C. TCHOUNGANG, *De l'impossible justice au Cameroun*, Yaoundé, Les éditions du Schabel, 2015, p. 59. C'est aussi conscient de cette possibilité que le principe 13 des principes dits DECAUX insiste sur la garantie de l'indépendance et de l'impartialité des juges militaires par rapport à la hiérarchie militaire.

⁵⁰Article 12 (4) de la loi n° 2008/015 du 25 décembre 2008 portant organisation judiciaire militaire et fixant des règles de procédure applicables devant les tribunaux militaires, « Avant la mise en mouvement de l'action publique par le ministre chargé de la justice militaire et lorsque lui ont été déférées des personnes présumées avoir commis un crime ou un délit flagrant et s'il existe contre elles des indices graves et concordants, le commissaire du gouvernement peut ordonner leur garde à vue, celle-ci ne pouvant excéder dix (10) jours en attendant l'ordre de poursuite délivré par le ministre chargé de la justice militaire ».

⁵¹Malgré le silence du législateur sur l'admission de cette délégation, dans la pratique, cette compétence du ministre en charge de la justice militaire est parfois déléguée par ce dernier à une autorité délégataire qui se substitue à lui, dans les responsabilités encourues dans l'exercice de cette compétence.

⁵²Les décisions du commissaire du gouvernement étaient de cette manière prises sur avis conforme du ministre en charge de la justice militaire vu le caractère obligatoire non seulement de la consultation mais aussi de la prescription qui en résultait.

⁵³Aux termes de l'article 12 (8) de la loi n° 2008/015 du 25 décembre 2008 portant organisation judiciaire militaire et fixant des règles de procédure applicables devant les tribunaux militaires, « le commissaire du gouvernement agit sous l'autorité du ministre en charge de la justice militaire dont il est le subordonné ».

L'opportunité des poursuites⁵⁴ étant ainsi une prérogative exclusive du ministre en charge de la justice militaire dont les ordres retirent toute faculté d'appréciation au commissaire du gouvernement⁵⁵. Cette procédure dérogatoire a pour certains, l'avantage de permettre au ministre en charge de la justice militaire ou l'autorité habilitée à cet effet de porter à la connaissance du parquet des éléments déterminants relatifs au contexte opérationnel.⁵⁶ A l'inverse, certains arguments encore plus convaincants, nous semblent-il, plaident en la défaveur de cette procédure⁵⁷. Les

critiques ayant été dirigées contre cet ordre insistent sur la rupture d'égalité des justiciables ainsi consacrée⁵⁸ et la violation du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs dont l'un des prolongements pose que seule l'autorité judiciaire peut apprécier s'il y'a lieu ou non d'ouvrir une enquête et d'exercer des poursuites.

35-Le respect scrupuleux du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs appelait donc une suppression systématique du recours à l'avis du ministre de la Défense ou de l'autorité habilitée par lui. Le Code de justice militaire de 2017 par un mouvement d'aller-retour impose au contraire le statu quo. L'illusion du renforcement des pouvoirs des Commissaires du gouvernement en matière de poursuite par l'alignement de ces pouvoirs à la mesure de ceux des procureurs de la République⁵⁹

⁵⁴C'est dans l'initiative des poursuites que s'exerce l'appréciation de l'opportunité de l'action répressive. Les poursuites stricto sensu en procédure pénale visent la phase postérieure à l'enquête, lorsque le parquet décide de saisir une juridiction d'instruction ou de jugement.

⁵⁵L'article 12 (1) de la loi n° 2008/015 du 25 décembre 2008 portant organisation judiciaire militaire et fixant des règles de procédure applicables devant les tribunaux militaires est clair à ce propos, « l'action publique devant le tribunal militaire est mise en mouvement par le ministre chargé de la justice militaire qui délivre à cet effet, soit un ordre de mise en jugement direct s'il estime que l'affaire est en état d'être jugée, soit un ordre d'informer s'il juge que l'affaire nécessite une information judiciaire ».

⁵⁶R. BADINTER, garde des Sceaux, justifiait ainsi cette dérogation en 1982 en France en soulignant que « l'autorité militaire doit être informée des intentions du parquet et pouvoir faire connaître ses opinions ». (Cité par le rapport J. Michel, rapport fait au nom de la Commission de la Défense nationale et des Forces armées sur le projet de loi n°677 portant réforme du Code de justice militaire, Assemblée Nationale, 1998, n°959).

⁵⁷Les dispositions de l'article 12 (7) de la loi n° 2008/015 du 25 décembre 2008 portant organisation judiciaire militaire et fixant des règles de procédure applicables devant les tribunaux militaires aux termes desquelles, « une fois l'action

publique mise en mouvement, elle est exercée par le commissaire du gouvernement qui dispose des mêmes prérogatives que le procureur de la République », ne semblent pas pouvoir établir à l'idée contraire.

⁵⁸V. C. SAAS, « La justice militaire en France », op. cit.

⁵⁹Selon l'article 13 (1) du Code de justice militaire de 2017, « l'action publique devant le tribunal militaire est mise en mouvement et exercée par le Commissaire du gouvernement dans les conditions prévues par le Code de procédure pénale ». Le dévoiement de cette position de départ confirme cette incompatibilité souvent pointée du doigt entre le juge et le militaire, car comme le reconnaît M. Roberto GARRETON, l'essence du juge est l'indépendance et celle du militaire l'obéissance. R. GARRETON, « La compétence des Tribunaux

étant très vite battue en brèche par les termes de son article 13 (2). Il en ressort que « pour les affaires signalées » dont la détermination conformément à l'article 13 (3) du même texte est du ressort du ministre en charge de la justice militaire, « le commissaire du gouvernement est tenu d'en référer au ministre chargé de la justice militaire ». D'ailleurs, l'étendu de cette réserve en cas de contentieux relatifs aux affaires signalées pour lesquelles, les commissaires du gouvernement doivent solliciter l'autorisation du ministre en charge de la justice militaire⁶⁰ est si large qu'elle couvre la quasi-entièreté de la compétence matérielle du tribunal militaire telle que définit à l'article 8 du Code⁶¹.

militaires et d'Exception - Rapport de synthèse », in E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *Juridictions militaires et tribunaux d'exception en mutation : perspectives comparées et internationales*, op.cit., p. 15.

⁶⁰L'article 13 (2) du Code de justice militaire de 2017 précise dans ce sens que, « pour les affaires signalées, le Commissaire du gouvernement est tenu d'en référer au ministre chargé de la justice militaires ». Ce dernier détermine en tant que de besoin les affaires concernées conformément à l'article 13 (3) du Code de justice militaire de 2017.

⁶¹Aux termes la Directive n°1736/DIR/MINDEF/01 du 21 juillet 2017 pour application de l'article 13 alinéa 2 et 3 de la loi n°2017/012 du 12 juillet 2017 portant Code de justice militaire, lesdites affaires sont : les crimes de guerre; les crimes contre l'humanité; les crimes de génocide; les infractions de piraterie maritime et actes illicites contre la sûreté maritime et les plateformes; les infractions de terrorisme; les atteintes à la sûreté de l'Etat; les infractions commises en violation de la législation sur les armes de la 1ère à la 4e catégorie; les infractions de toute nature où se trouve impliqué un militaire ou assimilé perpétrées en temps de guerre ou dans une

C'est donc dans l'effectivité des choses, le ministre en charge de la justice militaire et non le Commissaire du gouvernement qui déclenche encore et toujours les poursuites devant la justice militaire⁶².

36-Par ailleurs, et ainsi qu'il est prévu à l'article 13 (4) du Code de justice militaire, « le ministre chargé de la justice militaire », sur prescription du président de la République « peut arrêter à tout moment, avant le prononcé du jugement, toute poursuite pénale devant le tribunal militaire ». Il s'agit bien là aussi d'une hypothèse dans laquelle l'autorité judiciaire est obligé de recevoir et de respecter une instruction hiérarchique en provenance d'une autorité non judiciaire lui ordonnant d'arrêter les poursuites. Autant dire que l'autorité judiciaire en principe en charge des poursuites devant la justice militaire plie sous le poids de diverses contraintes légales, qui sont à la mesure des enjeux que le législateur du Code de justice militaire met en avant pour démarquer la procédure de poursuite de

région soumise à l'état d'urgence ou d'exception; les détournements d'effets militaires; les vols avec port d'arme à feu et enfin, les infractions mettant en cause des Officiers, les autorités administratives et parlementaires.

⁶²A l'inverse et selon l'article 60 du Code de procédure pénale du Cameroun, c'est le procureur de la République qui apprécie librement à la suite de l'enquête s'il est opportun de poursuivre, qui doit le cas échéant être poursuivi et sous quelle qualification.

celle communément applicable à tous les justiciables.

37-La politique de l'Autriche qui se dégage de la lecture combinée de ces différentes dispositions du Code de justice militaire rend amplement compte du souci du législateur de soumettre les impératifs de protection des droits de l'homme aux exigences spécifiques du métier des armes et de l'efficacité de l'action militaire. De cette façon le législateur introduit de manière subtile des éléments qui entretiennent sa logique de valorisation du respect des exigences du métier des armes et surtout de la complexité des théâtres d'opération. Cette logique est tout aussi perceptible au stade de la mise en œuvre de la responsabilité des militaires au regard des schémas opérationnels que le législateur de 2017 construit pour sa minimalisation.

II- La minimalisation de la responsabilité à travers la réversibilité dans les schémas de criminalisation des activités militaires

38-Les schémas de criminalisation des activités militaires dans la Code de justice militaire de 2017 révèle la recherche d'un équilibre entre d'une part, ce qui oblige et expose à la sanction pénale et d'autre part, ce qui protège le militaire contre le risque

d'inhibition au plan opérationnel. Ainsi, dans l'objectif qui est le sien, le législateur mobilise différents éléments dont l'exploitation débouche sur une configuration à double dimension. C'est ce schéma qui permet au législateur de minimaliser la responsabilité pénale du militaire à travers le recours à la réversibilité et par le truchement d'une criminalisation à deux plateaux. D'un côté, une appréhension extensive des infractions susceptibles d'être commises par le militaire (A), et de l'autre une vision pragmatique des causes objectives d'exonération de sa responsabilité qui contrebalance le premier plateau (B).

A- L'appréhension extensive des infractions susceptibles d'être commises par les militaires

39-Une infraction se définit comme un comportement strictement interdit par la loi pénale, et sanctionné par une peine prévue par la loi. Le droit pénal distingue trois catégories d'infractions, selon leur gravité. Bien que l'article 21 du Code pénal dispose que « les infractions sont classées en crimes, délits et contraventions selon les peines principales qui les sanctionnent »⁶³,

⁶³Voir article 21 (1) de la loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant Code pénal. Les peines principales auxquelles le législateur fait référence ici sont la peine criminelle, c'est-à-dire la peine de mort ou une peine privative de liberté dont le maximum est supérieur à dix (10) ans pour les

le titre III du Code de justice militaire ne prévoit que des délits et des crimes en tant qu' « infractions militaires ». Cela étant, au-delà de la distinction classique entre infractions intentionnelles⁶⁴ et non intentionnelles⁶⁵, l'appréhension extensive des infractions susceptibles d'être commises par les militaires passe surtout dans ce texte par la configuration juridique de l'inaction coupable (1). Ce qui conduit aussi à s'interroger sur le point de savoir si l'ordre d'inaction est un ordre manifestement illégal (2).

1- L'inaction source de responsabilité pénale

crimes ; la peine correctionnelle à savoir la peine privative de liberté ou une amende lorsque la peine privative de liberté encourue est supérieure à dix (10) jours et n'excède pas dix (10) ans ou que le maximum de l'amende est supérieur à vingt-cinq mille (25 000) francs pour les délits et la peine de police qui s'exprime en un emprisonnement qui ne peut excéder dix (10) jours ou d'une amende qui ne peut excéder vingt-cinq mille (25 000) francs pour les contraventions.

⁶⁴Cette distinction met en avant la question de l'élément moral ou psychologique. Le code de justice militaire de 2017 prévoit notamment des infractions intentionnelles constitutives d'atteintes à la sûreté de l'Etat. Dans le texte ces infractions sont fortement marquées par une sublimation de la peine de mort: La trahison qui dans le texte est puni de la peine de mort (art.61 du Code de justice militaire) l'intelligence avec l'ennemi également puni de la peine de mort (art.62 du Code de justice militaire), l'espionnage tout aussi puni de la peine de mort (art. 63 du Code de justice militaire). Le texte prévoit aussi des infractions de droit commun à l'instar du vol avec port d'arme à feu (art.8 (h) du Code de justice militaire) ou encore de l'outrage au drapeau national (art.43 du Code de justice militaire).

⁶⁵Les infractions pouvant être non intentionnelles font également partie du texte. C'est le cas entre autres du sommeil pendant la faction (art.37 (1) et (2) du Code de justice militaire).

40-L'actualité des opérations de maintien de la paix rappelle certains actes d'inhumanité sur lesquels l'opinion publique a gardé l'impression qu'ils auraient pu être évités en raison de leur commission à proximité, voire en présence des forces militaires⁶⁶. De manière générale, l'Etat intervenant peut être désigné comme le responsable de ces crimes en raison de sa passivité. Ce qui suppose alors la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat ; le comportement illicite du militaire, agent de l'Etat, engagerait ainsi la responsabilité internationale de son Etat⁶⁷.

41-Mais, l'intérêt de cette solution mérite d'être tempéré. L'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat ne pouvant en principe être recherché que par un autre Etat et non par des personnes physiques. Or, les victimes de telles inactions que ce soit au plan international ou même au plan interne restent des personnes physiques. Dès lors, que les victimes dans de telles circonstances ne

⁶⁶Certains noms, comme le Rwanda évoquent en effet la faillite des opérations conduites par certaines armées pour ce qui est de la protection des populations civiles.

⁶⁷L'environnement juridique des forces terrestres dans les opérations extérieures de résolutions de crise, M. B. GRANET (dir), *cahier de recherche et d'enseignements doctrinaux*, n° 1, Commande de la Doctrine et de l'enseignement militaire supérieur de l'armée de Terre, Centre de Recherche et de Documentation, Ministère de la Défense, 2004, p. 128.

peuvent obtenir satisfaction par cette voie, il convient de rechercher si d'autres voies s'offrent à elles. Il faut ainsi se demander si la voie pénale nationale constituerait une piste sérieuse pour les victimes. Une réponse affirmative pourrait alors conduire à un glissement fâcheux de la responsabilité de l'Etat vers la responsabilité pénale individuelle du militaire contribuant ainsi à une extension de celle-ci.

42-L'hypothèse envisagée ici n'est donc pas abordée sous l'angle de la responsabilité du militaire pour usage de la force armée; mais sous l'angle de la responsabilité du militaire inactif à proximité ou en présence duquel des civils sont tués ou blessés. La question étant précisément de savoir dans quelles conditions la responsabilité individuelle du militaire pourrait être recherchée pour ne pas avoir agi lors de la commission des exactions dont il a connaissance. Cette recherche peut bien être menée au regard du droit camerounais dès lors que le militaire même en opération extérieure reste soumis au Code de justice militaire⁶⁸.

⁶⁸En opération extérieure, les militaires camerounais se retrouvent ainsi soumis au droit camerounais, au droit international humanitaire, au droit international des droits de l'homme et au droit local. V. C. BERGEAL, « Nouveau cadre juridique de l'emploi de la force en opérations extérieures », *Défense Nationale*, juillet 2005, p. 91-101. A ces différents droits, il faut adjoindre le droit des accords bilatéraux ou multilatéraux. V. R

Ce dernier énonce dans ce sens que « le Tribunal Militaire de Yaoundé est également compétent pour connaître des infractions de toutes nature commises par des militaires en mission ou en opération hors du territoire national »⁶⁹

43-Dans notre hypothèse, l'infraction reprochée aux militaires dans une telle situation est d'avoir commis ou du moins d'avoir été complice d'un crime, motifs que certains de leurs actes, en l'espèce des inactions, ont permis la commission d'un tel crime.⁷⁰ Les militaires, n'ayant cependant pas pris part d'une façon principale et directe à la commission de l'infraction, ne peuvent être poursuivis, au regard du droit camerounais, comme auteurs de ce crime.

44-Aussi, en application de l'article 30 (4) du Code de justice militaire selon lequel « le régime de la responsabilité pénale, ainsi que les modalités de modulation de la peine par le juge sont ceux prévus au livre 1^{er} du Code pénal, sauf disposition contraire », et donc aussi

MURPHY, *Operational and legal issue in practice*, Cambridge University Press, 2007, p. 107- 110.

⁶⁹Article 4 (2) du Code de justice militaire de 2017.
⁷⁰V. RENAUDIE, *L'articulation du droit international et du droit français : illustration par les responsabilités du militaire et de l'Etat français en cas de commission de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, Thèse de Droit public, Université de Limoges, 2005.

de l'article 97 du Code pénal ⁷¹ qui ne retient la complicité que s'il y'a eu un acte de participation, c'est-à-dire un acte positif se traduisant par une activité matérielle favorisant l'action, les poursuites à l'encontre des militaires apparaissent encore une fois sans fondement juridique. Car, en droit camerounais, celui qui assiste, sans l'empêcher, à la commission d'un crime ou d'un délit n'en n'est pas complice : il n'existe pas de complicité par abstention. ⁷² La complicité par inaction, par indifférence, par refus de faire obstacle à une infraction, ne saurait en effet en aucun cas constituer les actes positifs de provocation, de fourniture d'instructions ou de moyens d'aide ou d'assistance, seuls visés par la loi ⁷³.

45- Néanmoins, la qualification de complicité ne pourrait-elle pas être envisagée lorsque l'agent s'abstient volontairement d'accomplir un acte alors qu'il lui appartenait d'agir pour s'opposer à la réalisation de l'infraction ⁷⁴, dès lors que certains comportements passifs sont tels qu'il serait choquant de ne pas pouvoir appliquer la qualification d'actes de

complicité, du moins sous certaines conditions ⁷⁵? Ces conditions résidant dans « le pouvoir de s'opposer effectivement à l'infraction et la volonté de laisser l'auteur principal accomplir les actes délictueux dont on sait qu'ils se commettent actuellement ou vont se commettre prochainement » ⁷⁶.

46-A la lecture de ces conditions, la responsabilité pénale des militaires pour complicité paraît difficilement envisageable dès lors qu'il n'est pas facile de soutenir qu'ils aient dans de telles circonstances eu l'intention de laisser commettre l'infraction. Il reste que le désintérêt pour autrui qui se dégage de leur passivité permet de rapprocher leur comportement de deux types d'infractions incriminés par le Code de justice militaire de 2017 : les délits d'omission et les délits non intentionnels.

47- Le comportement envisagé ici se rapproche bien de la catégorie des faits infractionnels visés à l'article 8 (e) du Code de justice militaire : les « infractions de toute nature commises par des militaires (...) avec ou sans coauteurs ou complices civils dans l'exercice de leurs fonctions ».

⁷¹ Voir article 97 (1) (a) (b) de la loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant code pénal.

⁷² G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 1997, p. 262.

⁷³ A. VITU, « La complicité par abstention », *Revue de science criminelle*, 1990, p. 775.

⁷⁴ G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, op. cit. p. 263.

⁷⁵ La jurisprudence française a ainsi retenu la qualification de complicité dans le cas d'un douanier qui avait volontairement fermé les yeux sur les agissements de fraudeurs connus de lui, Crim. 27 oct. 1971, Bull. crim. , n° 384.

⁷⁶ A. VITU, op. cit. , p.775.

Les délits d'omission constituent un ensemble d'infractions pénales visant à réprimer des actes négatifs matérialisés par une inertie lorsque l'agent avait conscience du danger pour autrui. Ces délits sanctionnent ainsi l'indifférence dont fait preuve l'agent vis-à-vis d'autrui. Les articles 171 et 283 du Code pénal prévoient ainsi deux sortes d'infractions différentes qui en lien avec l'article 8 (e) du Code de justice militaire précité, peuvent bien être reprochées aux militaires passifs. Ces deux infractions permettent de différencier le fondement des poursuites selon que le militaire poursuivi était ou non sur le terrain et avait ou non connaissance de l'imminence des violences.

48-L'article 171 relatif à la « non intervention », vise l'hypothèse dans laquelle une personne sait qu'une autre personne va être victime d'une infraction, mais n'intervient pas pour empêcher la réalisation de ce projet⁷⁷. Ce qui est réprimé, c'est l'abstention de faire obstacle à la commission d'un crime ou d'un délit contre l'intégrité corporelle dès lors que

⁷⁷Il ne saurait s'agir ici d'un agissement de complicité car ce qui est reproché à l'agent dans cette infraction, c'est de n'avoir rien fait pour s'opposer au projet, et non d'en avoir facilité ou même souhaité la réalisation. L'article 171 de la loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant Code pénal prévoit en effet qu'est puni « celui qui, pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, la commission de tout crime ou d'un délit contre l'intégrité corporelle d'une personne, s'en abstient ».

l'agent avait conscience de la possibilité de l'infraction⁷⁸ et qu'il savait que son intervention pouvait empêcher l'infraction⁷⁹. Cette infraction pourrait donc être retenue contre les chefs militaires dont la mission est de commander les forces sur place, dès lors que, par des rapports de renseignement, ils avaient connaissance des projets d'infraction. Et malgré cette connaissance, ils se sont abstenus d'intervenir pour empêcher la réalisation desdits projets⁸⁰.

49-L'article 283 est quant à lui, relatif à la non-assistance à personne en danger. Connue sous la qualification d'« omission de porter secours », il pourrait être invoqué à l'encontre des militaires présents lors de la commission des faits, qui se sont abstenus d'agir. Mais également à l'égard de leurs supérieurs, si ceux-ci se sont abstenus de donner l'ordre d'agir alors même que les unités présentes sur le terrain les ont informés de la commission de l'infraction⁸¹. Les

⁷⁸M. L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers*, Paris, Dalloz, 1997, p. 318.

⁷⁹Y. MAYAUD, « L'omission d'empêcher une infraction ou du devoir d'agir », *Revue de science criminelle*, 1997, p. 379.

⁸⁰Y. MAYAUD, « La hiérarchie au sein de la fonction publique hospitalière, facteur de détermination des fautes personnelles : application à un interne en médecine », *Revue de science criminelle*, 2006, p. 827.

⁸¹Pour la jurisprudence, l'absence sur les lieux n'implique pas, en effet, l'impossibilité de porter

dispositions de cet article imposent donc l'obligation d'assister une personne contre un péril, que la jurisprudence définit comme imminent, incontestable, grave et nécessitant une intervention immédiate. A contrario l'infraction repose sur un élément interne qui est la connaissance par l'agent du péril et sur un élément volontaire qui est la volonté de ne pas agir alors qu'on avait la possibilité d'agir⁸². Or en présence d'infractions grave à l'intégrité corporelle, et au regard de la condition militaire, les prévenus pourraient difficilement soutenir qu'ils doutaient de la nécessité d'intervenir ou que leur inaction était involontaire.

50-Ce dernier argument portant sur le caractère involontaire de l'inaction conduit à explorer une autre piste dans la recherche d'une éventuelle responsabilité pénale des militaires pour inaction. En effet, leur responsabilité peut également être envisagée au regard des délits non intentionnels prévus à l'article 289 du Code pénal « homicide et blessures involontaires ». C'est bien l'article 8 (i) du Code de justice militaire qui rend cette position soutenable quand il prévoit que la

assistance. Cass. Crim. , 17 févr. 1972, Bull. crim. , n° 68.

⁸²Aux termes de l'article 283 de la loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant Code pénal, « est puni (...) celui qui s'abstient de porter à une personne en péril de mort ou de blessures graves, l'assistance que, sans risque pour lui ni pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ».

justice militaire est tout aussi compétente pour connaître « des infractions de toute nature où se trouve impliqué un militaire ou assimilé, perpétrées en temps de guerre ou dans une région soumise à l'état d'urgence ou l'état d'exception ». C'est une position qui se trouve d'ailleurs renforcée par l'article 30 (3) du même texte aux termes duquel « le Code pénal reste applicable aux faits non spécifiquement incriminés par le Code de justice militaire ».

51-En réalité, ce qui est reproché aux militaires, c'est de ne pas avoir protégé des individus. Attitude qui s'assimile à un certain mépris pour la vie de ces individus, citoyens ou étrangers, même s'ils n'ont eu conscience de commettre une infraction, ni désir des conséquences de leur comportement. Or, les auteurs le soulignent parfaitement, l'incrimination des infractions non intentionnelles repose sur ce désintérêt et ce mépris d'autrui qu'elles révèlent. Dès lors que ces comportements portent atteinte à une valeur particulièrement importante telle que le respect de la vie et l'intégrité physique de la personne⁸³. C'est pourquoi, la faute est punissable dès lors qu'un dommage à la personne résulte d'une indifférence coupable caractérisée par

⁸³F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, 15 éd., Paris, Economica, 2008, p. 445.

l'écart constaté entre le comportement en l'espèce et la normalité. Ce qui pourrait ainsi être reproché aux militaires sur le fondement des articles 289 du Code pénal, 8 (i) et 30 (3) du Code de justice militaire serait de ne pas avoir agi, alors même qu'ils auraient dû savoir ou prévoir que leur inaction aurait fatalement comme conséquence la mort ou des atteintes importantes à l'intégrité physique. Ce comportement étant considéré ici comme ayant participé à la réalisation du dommage⁸⁴. Le juge devra donc en effet, s'attacher à démontrer l'existence d'un lien de causalité certain entre les manquements des militaires qui seraient à l'origine du dommage et celui-ci. Les probabilités ou de simples possibilités sont en réalité insuffisantes⁸⁵. Si la responsabilité pénale des militaires semble ainsi pouvoir être engagée pour inaction, il conviendra en réalité de distinguer selon que cette inaction est une décision personnelle de

l'agent ou qu'elle trouve son origine dans un ordre hiérarchique.

2- L'ordre d'inaction, un ordre manifestement illégal ?

52-L'hypothèse envisagée à présent diffère de la précédente en raison de l'origine de l'inaction. Laquelle doit être recherchée non pas dans la volonté de l'agent mais dans l'ordre qu'il a reçu de ne pas agir. La question qui se pose est dès lors de savoir si à la lecture du Code de justice militaires de 2017, l'existence d'un ordre fait automatiquement disparaître l'illicéité du comportement de l'agent. En d'autres termes, l'ordre donné exonère-t-il dans tous les cas l'agent ou existe-il des hypothèses dans lesquelles cet ordre ne pourra servir de cause objective d'irresponsabilité ? Ces questions ont donné lieu à de vifs débats doctrinaux qui peuvent être synthétisés autour de trois constructions doctrinales.

53-Dans le premier système, dit de l'obéissance passive, l'agent n'a jamais à s'interroger sur la légalité de l'ordre donné, il est toujours couvert par l'obéissance à l'autorité et n'engage sa responsabilité pénale que lorsqu'il a refusé d'exécuter ce qu'on lui ordonnait. Les abus évidents auxquels peut conduire un tel système ont donné naissance à la théorie des baïonnettes intelligentes. Dans ce système,

⁸⁴ Il convient en effet de rappeler qu'en droit pénal, la faute n'a pas à être la cause exclusive du dommage. Ce dernier peut être le résultat d'une concurrence de fautes qui ont contribué à l'atteinte physique ou psychique subie par la victime. Chaque faute sera cependant considérée comme ayant causé l'entier dommage, il suffit qu'elle y ait concouru et qu'elle ait créé les conditions qui ont rendu ce dommage possible. V. Y. MAYAUD, « Violences involontaires (1. Théorie générale) », *Rép. Pén.* Dalloz, 2006, pp. 342 et ss.

⁸⁵M. VERON, « La certitude du lien de causalité », *Droit pénal*, n° 6, juin 2008, comm. 82, Y. MAYAUD, « Violences involontaires (1. Théorie générale) », op. cit. p. 174.

le subordonné n'est pas appréhendé comme un simple exécutant des ordres de ses supérieurs, il a le droit et le devoir de ne pas exécuter un ordre illégal. En conséquence, celui-ci doit refuser d'obéir aux ordres illégaux, sous peine de voir engager sa responsabilité pénale personnelle. Ce système a pour inconvénient de comporter de gros risques de paralyser le fonctionnement des armées et présuppose une connaissance fine des lois par tous les échelons de la hiérarchie militaire.

54-Pour pallier les inconvénients de ces deux premiers systèmes a été imaginé une troisième construction qui distingue selon que l'ordre est affecté d'une illégalité manifeste ou non. Dans le premier cas, le subordonné aurait le droit et le devoir de refuser d'exécuter le commandement illégal, sauf à engager sa responsabilité pénale personnelle. Dans le second, on admet qu'il puisse ne pas déceler l'illégalité, de sorte que seuls ses supérieurs hiérarchiques engageront leur responsabilité pénale⁸⁶. C'est ce dernier système qui a été retenu en droit camerounais⁸⁷. Ainsi, l'article 83 du Code

pénal⁸⁸ énonce dans son alinéa 1^{er} que « la responsabilité pénale ne peut résulter d'un acte accompli sur les ordres d'une autorité compétente à laquelle l'obéissance est légitimement due ». La rupture d'avec l'absolu dérive de son alinéa 2 qui ajoute que « les dispositions de l'alinéa 1^{er} ci-dessus ne sont pas applicables si l'ordre est manifestement illégitime ». Principe repris par le Code de justice militaire de 2017 qui pose que « tout militaire qui n'obéit pas aux ordres légitimes ou n'exécute pas les ordres légitimes reçus de son supérieur hiérarchique » est passible d'emprisonnement⁸⁹ « toutefois l'obéissance à un ordre manifestement illégal⁹⁰ tel que défini dans les règlements,

illégal et devoir d'obéissance dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile », *RDP*, 1975, pp. 867- 936.

⁸⁸L'article 83 de la loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant Code pénal est qualifié « obéissance à l'autorité légale ».

⁸⁹Ainsi, les militaires doivent obéissance aux ordres de leurs supérieurs et sont responsables de l'exécution des missions qui leur sont confiées. Le refus d'obéissance aux termes de l'article 39 (1) du Code de justice militaire de 2017 est puni d'un emprisonnement de un (01) à cinq (05) ans. Par ordre, il faut entendre, un commandement impératif ponctuel, donné par un supérieur hiérarchique d'accomplir une tâche ou un acte déterminé

⁹⁰La doctrine définit l'ordre manifestement illégal comme l'ordre entaché d'une illégalité évidente, appréciée in abstracto, que le citoyen moyennement avisé pourrait percevoir avec certitude. V. M. DANTI-JUAN, op. cit. p. 37. L'ordre manifestement illégal revêt donc un caractère objectif qui découle de la nature même de l'acte ordonné. V. F. DESPORTES, F. GUNHEC, op. cit. pp 688-689. Un auteur a même estimé que compte tenu du contexte particulier dans lequel évoluent les militaires en opération, l'appréciation du caractère illégal « se fait dans le contexte d'une

⁸⁶M. DANTI-JUAN, « Ordre de la loi », voir Responsabilité pénale, *Rép. Pen. Dalloz*, 1999, p. 40.

⁸⁷V. E. DESMONS, « L'articulation du principe d'obéissance hiérarchique et de la responsabilité pénale des fonctionnaires », *Petites Affiches*, 28 juin 1996, n° 78, p. 10 ; B. CHEVIGNY, « Ordre

engage la responsabilité pénale du subordonné, sans préjudice de celle du donneur d'ordre »⁹¹. Il s'en dégage qu'il ne peut être ordonné au subordonné, qui, si tel était le cas ne peut exécuter⁹² impunément des ordres contraires par exemple aux lois et coutumes de la guerre et aux conventions internationales. Aussi, la responsabilité propre des subordonnés ne dégage leurs supérieurs d'aucune de leurs responsabilités⁹³.

55-De l'évidence de l'illégalité de l'ordre, découle pour ainsi dire son caractère manifestement illégal. Même si l'évidence peut s'entendre de plusieurs manières, l'illégalité manifeste pourrait néanmoins être appréciée au regard de la

situation exceptionnelle, ce qui élève encore d'un degré le niveau d'appréciation de l'illégalité ». V. E. FORTIS, « Le commandement de l'autorité légitime », *Revue de science criminelle*, 2005, p. 66.

⁹¹Article 39 alinéa 1 du code de justice militaire de 2017.

⁹² Les tribunaux internationaux rappellent dans ce sens que « le devoir de désobéissance à l'ordre illégal ne pourrait céder que devant la plus extrême contrainte ». V. le Procureur c. Drazen Erdemovic, affaire n° IT-96-22, 29 nov. 1996, p. 18- 19.

⁹³On assiste donc ici à une chaîne de responsabilités. Cette situation ne doit cependant pas être confondue avec qui se réalise en cas de violation de consigne. Agissements prévus et réprimés à l'article 40 du Code de justice militaire de 2017. Concrètement, la responsabilité pénale du subordonné est exclusive en cas de violation de consigne. Par consigne, il faut entendre une mesure, une prescription, une recommandation ou une instruction donnée de façon permanente à l'armée en général, pour l'accomplissement de ses missions et son fonctionnement ; ou de façon ponctuelle à un militaire seul ou à un groupe de militaires pour l'accomplissement d'une mission. (Voir article 40 alinéa 2 du Code de justice militaire de 2017).

« gravité » juridique ou de la gravité naturelle, telle que perçue par le sentiment général de l'infraction réalisée⁹⁴. Partant de cette base, l'ordre d'inaction peut bien se ranger dans le répertoire des ordres manifestement illégaux à partir du moment où les conséquences de cet ordre s'analysent en termes d'atteintes graves à l'intégrité physique. Le caractère manifestement illégal d'un ordre de ne pas faire qui contribue, en empêchant pas leur commission, à la réalisation des crimes, ne fait de ce point de vue aucun doute. Car un tel ordre laisse des individus sans défense face à leurs bourreaux. Néanmoins, les difficultés du contexte dans lequel se trouvent souvent engagés les militaires ont obligé le législateur du Code de justice militaire de 2017 à rabattre assez rapidement ces élargissements et à finalement rétrécir l'épaisseur de la responsabilité pénale des militaires.

B- L'inaction justifiée

56-Si le principe de la responsabilité pénale du commettant ou de l'exécutant ⁹⁵militaire est retenu, ces derniers peuvent cependant démontrer que leur inaction n'est pas coupable en établissant l'absence

⁹⁴C. MASCALA, « Art. 12-4 », voir Faits justificatifs- Généralités- Ordre de la loi, *Jcl. pén.*, 2002, par. 14.

⁹⁵V. J. SALVAIRE, « Réflexions sur la responsabilité pénale du fait d'autrui », *Revue de science criminelle*, 1964, pp 307-315.

d'une ou de plusieurs des composantes indispensables à la qualification infractionnelle des faits⁹⁶. Cette démonstration portera sur la mise en lumière de l'impossibilité matérielle d'agir dans laquelle s'est trouvé le militaire poursuivi (1). Une seconde voie dégageant le militaire de sa responsabilité est l'invocation, alors même que les composantes de l'infraction seraient réunies, d'une cause d'exonération de responsabilité pénale. Toutefois, dès lors que la possibilité d'invoquer l'ordre de l'autorité légitime semble devoir être écartée, il reste à se demander si le militaire ne peut s'exonérer dans sa responsabilité en excipant une impossibilité matérielle d'agir (2).

1- La justification de l'inaction par le caractère risqué de l'intervention

57-La reconnaissance de la responsabilité pénale des militaires nécessite que soit démontrée la réunion des éléments constitutifs de l'infraction. En vertu des éléments légaux des délits non

⁹⁶C'est le cas notamment devant les différentes causes objectives d'exonération de responsabilité encore appelées faits justificatifs : la légitime défense (article 30 (4) du Code de justice militaire et 84 du Code pénal), l'état de nécessité (article 30 (4) du Code de justice militaire et 86 du Code pénal), l'ordre de la loi (article 30 (4) du Code de justice militaire et 76 du Code pénal), le commandement de l'autorité légitime (article 30 (4) du Code de justice militaire et 83 du Code pénal).

intentionnels et des délits d'omission, la partie poursuivante devra démontrer soit que l'inaction ne constitue pas une diligence normale, soit que l'intervention n'était pas risquée.

58-La responsabilité du militaire ne devrait pouvoir être engagée que s'il apparaît, au regard des difficultés de la mission, qu'il s'est abstenu d'agir alors qu'une intervention était possible. Il semble difficile, en effet, de soutenir que les militaires aient voulu participer à la commission de tels actes, l'intention coupable nécessaire pour que soit retenue à leur encontre une infraction pénale pourrait en revanche être déduite de l'attitude anormale de l'auteur ; leur responsabilité pénale pourrait alors être retenue s'il est démontré que leur inaction ne constitue pas une diligence normale⁹⁷. Car en définitive, la raison pour laquelle la responsabilité pénale des militaires est recherchée trouve sa source dans le caractère inadmissible de l'inaction au regard de la connaissance effective ou requise de la dangerosité des circonstances à l'origine du dommage. C'est en effet le sens qu'il convient de donner « aux dispositions spéciales contraires » annoncées à l'article 30 in fine du Code de justice militaire.

⁹⁷A défaut de cette démonstration, les infractions envisagées ne seraient, en effet, pas constituées.

59-Dès lors, se pose la question de savoir si l'inaction peut être considérée comme une attitude normale pour les militaires et plus largement si, au regard de la situation dans leur zone de responsabilité, une intervention était possible. Etant donné que l'inaction, en raison de la dangerosité de l'intervention, peut constituer une diligence normale. Ce qui sera pris en compte, c'est la gravité du risque auquel autrui est exposé. La gravité du risque généré par l'inaction des militaires pourra être perçue comme un indice de leur faute. Ainsi, pour déterminer si le comportement reproché constitue une faute caractérisée, la partie poursuivante devra démontrer l'existence d'un décalage entre les décisions prises et les diligences normales comprises comme celles que la situation d'un décideur militaire « lui permettait de concevoir et de mettre en œuvre pour prévenir le dommage⁹⁸. Sa condamnation n'interviendra que si l'anormalité des diligences au sens des articles 289 du Code pénal⁹⁹ et 30 (4) du Code de justice militaire dans toute leur inadaptation au regard des risques

prévisibles¹⁰⁰ sont démontrées. En clair, la raison pour laquelle la responsabilité pénale des militaires est recherchée, trouve sa source dans le caractère inadmissible des manquements au regard de la connaissance effective ou requise de la dangerosité des circonstances à l'origine du dommage.

60-La responsabilité du militaire devrait cependant, pouvoir être engagée seulement s'il apparaît au regard des difficultés de la mission, qu'il n'a pas accompli toutes les mesures ayant pu contribuer à diminuer ces risques. Ce qui suppose qu'il soit démontré qu'il n'a pas accompli les diligences normales compte tenu de sa compétence, de son pouvoir et des moyens dont il disposait ainsi que des difficultés de la mission. Ces critères objectifs invitent le juge à procéder à une appréciation *in concreto* du comportement du militaire au regard de la spécificité du métier des armes et de la situation particulière devant laquelle il se retrouve et donc, de ne pas l'identifier à l'homme ordinaire¹⁰¹. Il se devra alors de porter une attention particulière sur tous les signes de

⁹⁸H. SEILLAN, « Infractions d'imprudence. L'appréciation *in concreto* de la faute depuis la loi du 13 mai 1996 », *Dalloz*, 1997, IP, p. 200.

⁹⁹Cette anormalité au sens de l'article 289 de la loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant Code pénal dérive de la maladresse, la négligence, l'imprudence ou l'inobservation des règlements.

¹⁰⁰Crim. , 18 juin 2002, *JCP*, éd. G 2002. IV, n° 2411, Y. MAYAUD « La preuve des diligences normales dans les infractions d'imprudence : exigence de principe », *Revue de science criminelle*, 1997 p. 83.

¹⁰¹Y. MAYAUD, « Violences involontaires et diligences normales », *Revue de science criminelle*, 1997, p. 382.

diligences normales interdisant de considérer la faute comme pénalement constituée, ou au contraire ceux d'une insuffisance¹⁰². Autrement dit, le tribunal devra rechercher si le comportement reproché au militaire poursuivi est rattachable au dommage en raison d'une insuffisance dans la conduite de ses missions ou dans l'exercice de ses pouvoirs et compétences¹⁰³. La faute ne sera retenue que si le comportement du militaire peut être analysé comme un manquement au regard des exigences ou à des possibilités préétablies, et « non pas eu égard à un résultat idéalement recherché ou judiciairement souhaitable »¹⁰⁴.

61-Il reste cependant à déterminer ce que recouvre la notion de normalité. Celle-ci se rapporte, en effet à ce qui devrait être. Autant dire que la condamnation ou la relaxe du militaire consistera à comparer les diligences accomplies en l'espèce à celles qui

objectivement s'imposaient¹⁰⁵. La normalité des diligences pourra, dès lors, être déduite en comparant ces facultés aux initiatives effectivement prises. Ainsi, moins le militaire avait d'attributions légalement dévolues, de liberté d'action et de décision et plus il évoluait dans un contexte difficile¹⁰⁶, plus il sera aisé pour lui de démontrer que ses initiatives ont été suffisantes. Cette démonstration devant bien entendu être fondée en particulier sur les règles opérationnelles d'engagement qui encadrent les actions militaires en opérations¹⁰⁷. On peut donc déduire qu'en appréciant le caractère normal des diligences au regard de ces règles¹⁰⁸, le

¹⁰²Y. MAYAUD, « Fautes concurrentes et dimension personnelle de la responsabilité pénale dans la fonction publique territoriale », *Revue de science criminelle*, 2003, p. 334.

¹⁰³Y. MAYAUD, « La preuve des diligences normales dans les infractions d'imprudence : exigences de détail », *Revue de science criminelle*, 1997, p. 835.

¹⁰⁴Ibid, p. 835.

¹⁰⁵H. SEILLAN, op. cit. p. 20.

¹⁰⁶La difficulté du contexte peut parfois être relative à la proportionnalité entre le danger auquel est exposée la victime et le risque auquel s'expose l'intervenant. Le militaire, de par sa condition particulière devra pour s'exonérer prouver que l'intervention n'aurait pu se faire sans dommage pour les troupes compte tenu par exemple, de l'inégalité des forces en présence. C'est dire que le risque pris en compte par le juge pénal pour exonérer le militaire demeure un danger pour sa vie, pour son intégrité corporelle ou le même danger pour les tiers à l'exclusion de tout autre risque. Le risque étant ici considéré comme « celui qui fait reculer l'homme honnête et pondéré, placé dans les mêmes circonstances ». V. G. LEVASSEUR cité par P. GATTEGNO, *Droit Pénal spécial*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 73.

¹⁰⁷Même si certains auteurs s'opposent à leur invocabilité devant le juge pénal surtout lorsqu'il s'agit des opérations militaires multinationales. V. M. UBEDA-SAILLARD, « L'invocabilité en droit interne des règles d'engagement applicables aux opérations militaires multinationales », *RGDIP*, 2004, p. 149- 176.

¹⁰⁸M. B. GRANET (dir), « L'environnement juridique des forces terrestres », *cahier de recherche et d'enseignements doctrinaux*, n° 1, op. cit., p. 144- 145.

le juge aura tout aussi envisagé le lien de causalité¹⁰⁹ entre le comportement incriminé et le dommage par ailleurs indirect qui en découle. Dans le cas où l'inaction du militaire ou des militaires ne répond pas à toutes ces caractéristiques, le juge pourra alors sérieusement envisager la piste d'une exonération de leur responsabilité pénale. Complétant ainsi l'action de minimalisation de la responsabilité initiée par le législateur. Cette piste est même assez manifestement suggérée par le Code de justice militaire, qui dans le calibrage de la responsabilité pénale convoque avec récurrence la qualité d'officier comme circonstance aggravante de la responsabilité¹¹⁰. Cependant, les militaires poursuivis ne pourraient-ils pas se prévaloir d'une cause d'exonération de responsabilité plus facilement envisageable au regard du caractère particulier du système hiérarchique militaire en se fondant sur la contrainte matérielle ?

2- La justification de l'inaction par l'impossibilité matérielle d'agir

62-Les tribunaux internationaux rappellent que « le devoir de désobéissance à l'ordre manifestement illégal ne pourrait céder que devant la plus extrême contrainte »¹¹¹. Ce rappel paraît évident en ce qui concerne l'ordre de commettre des crimes. Toutefois, la question semble devoir être abordée en d'autres termes dans notre hypothèse où le comportement ordonné consiste en une inaction dont la conséquence est de permettre la commission desdits crimes. L'illégalité du comportement est en effet ici moins évidente, ce qui pourrait avoir des incidences sur la capacité du prévenu à s'opposer à son supérieur. Pourtant, le juge peut être tenté d'appréhender l'acte du subordonné comme « le fruit d'une décision spontanée, alors qu'il n'est que le reflet docile de l'ordre du supérieur »¹¹². Il devient dès lors justifié de se demander si les militaires subalternes ne perdent pas leur libre arbitre en raison du principe hiérarchique dont l'inobservation est punie

¹⁰⁹C'est-à-dire qu'au regard des moyens à sa disposition et la difficulté de ses missions, le militaire a commis une faute caractérisée dans la mesure où il avait la possibilité d'agir et ne pouvait ignorer les conséquences possibles de son inaction.

¹¹⁰V. notamment les articles 32, 33 et 34 du Code de justice militaire.

¹¹¹V. le Procureur c. Drazen Erdemovic, affaire n° IT-96-22, 29 nov. 1996, p. 18- 19.

¹¹²N. POULET-GIBOT LECLERC, « Le pouvoir hiérarchique », *RFDA*, 2007, p. 508.

par des sanctions disciplinaires¹¹³ et pénales. Le militaire, même quand il a conscience de l'illégalité de l'ordre ne se trouve-t-il pas dans l'impossibilité d'y désobéir¹¹⁴ ?

63-Dès lors que la provocation par ordre est déterminante dans l'action délictueuse du militaire, ne peut-on pas considérer que la nature même de la hiérarchie militaire et le principe d'obéissance qui en découlent peuvent être interprétés comme un cas de contrainte matérielle ayant comme incidence l'annihilation de sa liberté de décision et constituant de suite une cause de non imputabilité. En effet, en vertu des articles 77 du Code pénal et 30 (4) du Code de justice militaire, « la responsabilité pénale ne peut résulter (...) de la contrainte matérielle irrésistible »¹¹⁵. La contrainte matérielle peut donc être définie ici comme une pression exercée certes sur la volonté du militaire subalterne mais dont les causes sont tirées de la nature

spécifique dans son environnement de service. C'est donc, plus que la menace elle-même, la nature spécifique du cadre de service du militaire qu'il convient de mettre en avant pour expliquer la justification de l'acte prohibé commis¹¹⁶.

64-Il reste que le plus souvent, la contrainte matérielle constitue une cause d'irresponsabilité lorsqu'elle est externe. L'idée étant que le délinquant n'est pas lui-même l'élément générateur de la contrainte. Pour être retenue, la contrainte doit aussi être irrésistible, c'est-à-dire que l'agent doit être privé de sa liberté de choix. L'importance de la coercition de la hiérarchie militaire susceptible de s'exercer sur le militaire apparaît de ce point de vue comme un élément déterminant. La question étant bien entendu de savoir s'il existe un degré de coercition tel que le militaire ne peut que perdre toute liberté d'action. Pour déterminer le degré de coercition qui s'exerce sur les militaires, une piste peut être trouvée à travers les différents textes qui régissent la situation de ce dernier vis-à-vis de sa hiérarchie. Rappelons dans ce sens que l'article 39 du Code de justice militaire sur le « refus d'obéissance punit d'un emprisonnement de un (01) à cinq

¹¹³V. Décret n° 2007/199 du 7 juillet 2007 portant règlement de discipline générale des forces de défenses.

¹¹⁴H. DONNEDIEU DE VABRES, *Précis de droit criminel*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1953, pp. 104-109, M. DANTI-JUAN, op. cit. par. 39-41.

¹¹⁵V. article 77 de la loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant Code pénal qualifié « cas fortuit et contrainte matérielle ». La contrainte matérielle est toujours une excuse absolutoire, tandis que la contrainte morale, même irrésistible, ne peut être qu'une excuse atténuante conformément aux articles 81 et 82 du même Code.

¹¹⁶V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, 15^e éd., Paris, Cujas, 2004, pp 429-437.

(05) ans, tout militaire qui n'obéit pas aux ordres légitimes ou n'exécute pas les ordres légitimes reçus de son supérieur hiérarchique. Dans le même ordre d'idées, l'article 42 du même texte sanctionne l'« outrage à supérieur d'un emprisonnement de six (06) mois à cinq (05) ans. Sans oublier que l'invocation à tort du motif de l'illégalité de l'ordre pour ne pas l'exécuter expose aussi le militaire à des sanctions pénales et disciplinaires pour refus d'obéissance. On le voit donc très bien, le service des armes, les exigences du combat, les nécessités de la sécurité des forces reposent sur la discipline militaire qui est fondée sur le principe d'obéissance aux ordres. D'autant que les militaires qui, réunis au nombre de deux (02) au moins refusent, à la première sommation, d'obéir aux ordres de leur chef sont considérés comme étant en état de révolte¹¹⁷ conformément à l'article 41 alinéa 1(a) du Code de justice militaire de 2017. Il en est de même pour ceux qui « prennent des armes et agissent contre les ordres de leur chef »¹¹⁸ ainsi que le rappelle l'article 41 alinéa 1 (b) du Code de justice militaire de 2017.

¹¹⁷Article 41 alinéa 1(a) du Code de justice militaire de 2017.

¹¹⁸Article 41 alinéa 1 (b) du Code de justice militaire de 2017.

65-En définitive, malgré l'obligation de désobéissance qui ressort de la théorie de l'ordre manifestement illégal, il convient de prendre la pleine mesure des conséquences qu'exercent sur le comportement des militaires ce poids institutionnel de l'obéissance. Car l'obéissance ménage les forces, elle procure un certain confort intellectuel permettant de façon d'ailleurs égoïste, de mener une action sans trop se poser de questions, sans être agité de scrupules et, par là même, à conduire sa carrière sans courir de risque¹¹⁹. Le juge ne peut donc pas ignorer que dans la pratique, le subordonné n'est pas libre. Qu'en réalité, sa formation le conduit à exécuter l'ordre du supérieur, « faute de quoi, il sera sanctionné par la notation dont dépend sa carrière, voire même par la voie disciplinaire »¹²⁰. Ce qui ne peut être sans influence sur la détermination de la responsabilité personnelle du subordonné dans l'exécution des ordres illégaux¹²¹. La

¹¹⁹Pour certains auteurs, la contrainte serait même le résultat de la formation militaire. L'obéissance militaire, inculquée au soldat, au nom de l'efficacité, le conditionne à exécuter les ordres sans pouvoir les discuter. Cela peut s'interpréter comme une « entreprise d'infantilisation de ces hommes ». V. E DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 872-873. Dans le même sens, voir S. MILGRAM, *Soumission à l'autorité*, Paris, Calmann-Levy, 1974, p. 233.

¹²⁰N. POULET-GIBOT LECLERC, « Le pouvoir hiérarchique », op. cit. p. 508.

¹²¹J. VERHAEGEN, « Le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels. Pour une

jurisprudence a ainsi reconnu la contrainte envers un prévenu qui soumis à une discipline militaire n'a été qu'un instrument passif devant l'ordre de ses supérieurs militaires auxquels il était contraint d'obéir¹²². Cette jurisprudence soumet toutefois la reconnaissance de la contrainte à la preuve de l'impossibilité de se soustraire à l'exécution des ordres¹²³. Il en ressort donc qu'une telle appréciation devra s'effectuer *in concreto*¹²⁴.

Conclusion

66-Pour permettre aux militaires d'exercer leurs activités en conformité avec les paramètres établies¹²⁵ tant au plan judiciaire que juridique sans négliger le

caractère sacré de leur mission, le législateur construit un référentiel pénal assis sur la valorisation du respect des exigences du métier des armes et de l'efficacité militaire au détriment des impératifs de protection de droits de l'homme. Si l'engagement militaire sur un théâtre d'opérations ne saurait bénéficier d'une totale impunité, pour le législateur camerounais de 2017, il est cependant nécessaire, que les règles juridiques ne soient pas par les juridictions saisies mises au service de la déstabilisation des forces militaires. Faute de quoi, ces juridictions deviendraient des complices des actions déloyales des combattants ennemies, elles, qui doivent protéger les intérêts de la Nation.

67-C'est donc aussi conscient de ces enjeux que le législateur pénal de 2017 opte pour une attribution de compétence pour les questions militaires à des tribunaux spécialisés à la compétence étendue. Il est donc certain que le tribunal militaire tire sa force de sa connaissance des affaires militaires et d'une culture en matière d'opérations militaires¹²⁶

procédure accessible aux subordonnés », *RICR*, Mars 2002, vol. 84, n° 845, pp 35-50.

¹²²Crim. 29 déc. 1948, Bull. crim., n° 299, JCP 1949 II 4681.

¹²³A défaut de cette preuve, on ne peut envisager au profit du militaire que l'excuse légale atténuante tirée de la crainte révérencielle qui exprime une forme de contrainte morale conformément à l'article 82 (b) de la loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant Code pénal : « l'excuse légale atténuante est applicable (...) aux salariés, employés, fonctionnaires ayant agi sous la contrainte de leurs chefs ou patrons ».

¹²⁴H. DONNEDIEU DE VABRES, *Précis de droit criminel*, op. cit. p. 108.

¹²⁵Le Professeur E. Decaux, rappelait à ce propos que la justice militaire ne saurait s'affranchir du respect des principes de la bonne administration de la justice et du procès équitable. E. DECAUX, « Quatrième session : La compétence matérielle des juridictions militaires », in Expert Consultation on human rights consideration relating to the administration of justice through military tribunals and the role of the integral judicial system in combating human rights violations, Genève, 24 novembre 2014, p. 9.

¹²⁶ Aux termes de l'article 5 alinéa 2 le président, les vices –présidents, les juges d'instruction, le commissaire du gouvernement sont, soit des magistrats militaires, soit des magistrats civils nommés par décret du président de la République. L'alinéa 3 de l'article 7 précise d'ailleurs que dans tous les cas, lorsque la formation collégiale du Tribunal Militaire est présidée par un magistrat

permettant de prévenir et le cas échéant d'endiguer les effets pervers d'une instrumentalisation de la justice au détriment de l'action militaire. On a alors pu constater qu'à mesure que se développe la judiciarisation des activités militaires, le législateur bien que tenté par la voie de la démilitarisation de la justice applicable aux militaires au plan procédural, régule restrictivement son accès à travers la violation du principe de la séparation des pouvoirs. Il demeure par ailleurs intransigeant sur la non ouverture de cette justice aux victimes de l'action militaire et campe sur ses positions de départ à travers sa militarisation renforcée au plan organique.

68-Cette trajectoire législative dans le texte de 2017 débouche sur des dimensions de mise en cause au pénal des militaires tant sur le territoire national que lors d'opérations extérieures, qui, malgré leur élargissement de départ, sont en définitive assez étriquées. Ainsi, le militaire est amené à rendre compte à la justice camerounaise essentiellement devant le Tribunal Militaire, qui en dépit de la grande variabilité de sa compétence matérielle reste manifestement orienté vers la protection d'un ordre public spécifiquement militaire. Ce qui trahit

encore une fois la position législative selon laquelle, le droit n'a pas pour objectif d'inhiber l'action des armées. Bien au contraire, le droit doit précisément fonder cette action.

69- Le référentiel pénal aménagé au regard du Code de justice militaire de 2017 est donc l'expression d'une judiciarisation qui prend surtout en compte les particularités de l'activité militaire en sacrifiant au passage différents droits fondamentaux pour ne pas l'entraver. Ce pragmatisme du législateur dans la construction du référentiel pénal est confirmé par un calibrage de la responsabilité du militaire qui, en intriquant responsabilité et irresponsabilité selon les cas, tient lui aussi compte de la complexité et la diversité de la réalité opérationnelle.

civil, les deux (2) assesseurs sont obligatoirement des membres des forces de défense.

LA NOTION DE BIENS A L'AUNE DES BIENS IMMATERIELS EN DROIT PRIVE

Dr. Aboubakar YAYA

Maître-Assistant / CAMES

Enseignant-Chercheur en Droit privé

Faculté de Droit et Science Politique

Université de Parakou (Bénin)

INTRODUCTION

Une réflexion sur la notion de biens à l'aune des biens immatériels amène nécessairement à revoir les frontières des choses et des biens et à s'interroger sur le critère de rattachement à la catégorie des biens comme objet du droit de propriété. Mais on constate aussi que les biens constituent un domaine idéal pour une réflexion sur l'immatériel. C'est ainsi qu'on peut aborder ce sujet de l'alliance du droit des biens et des biens immatériels. L'idée que les choses sont nécessairement des corps est romaniste et non romaine et l'idéalisme contemporain n'a pas pu se séparer de cette tradition en dépit de son inclination à l'abstraction. C'est l'apparition de la société industrielle qui, par l'accroissement de l'appropriation qu'elle a provoquée, a rendu inadmissible cette restriction et fait sauter le verrou.

La dématérialisation du droit est liée à la mutation de l'économie. Cependant, elle n'est pas linéaire à cause des incertitudes qui accompagnent l'élaboration des lois, en témoigne la matière des biens, qui a

commencé à s'écarter de la réalité physique mais dont la mutation vers l'intemporel a été masquée par la récurrence du « *corporalisme* ». Par l'extension paroxystique qu'elle donne de surcroît à la valeur, cette société fait révéler que la valeur se trouvait dans le droit depuis toujours sans qu'on s'en soit aperçu, dévoilant entre lui et l'immatériel l'existence d'une complicité structurelle. Le constat semble sans appel car le dogme de la matière s'effrite, et laisse peu à peu apparaître un nouveau paradigme, celui de la valeur¹. La valeur, qui constitue à la fois valeur d'usage et valeur d'échange, révèle une conception économique du bien qui interpelle². Cependant, les choses n'ont pas été exclues du droit des biens puisque les biens ne sont pas seulement représentés par des droits. Ainsi, la classification des biens, ouverte aux biens immatériels, admet des choses corporelles de même que des droits patrimoniaux et des choses sans

¹ F. ZENATI, *L'immatériel et les choses* », dans *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, t. 43, Paris, Sirey, 1999, p. 79.

² J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens*, t. 3, 19e éd., Paris, P. U. F., 2000, n° 45, aux p. 79 et 83.

corps. Toutefois, cette mutation n'est pas sans connaître certains défis qui tiennent à la difficulté du droit des biens à ne pas tenir compte de la corporéité des choses³.

On constate que les biens immatériels n'ont cessé de proliférer, notamment à travers ce que l'on peut appeler parfois les nouveaux biens. L'essor et la mondialisation des échanges, l'expansion du numérique, de même que l'évolution des activités humaines et industrielles ont modifié la préhension des choses sur lesquelles l'individu exerce une maîtrise juridique. Dès lors, c'est à travers une réflexion sur la réception par le droit commun des biens de ces choses sans corps et intangibles que nous avons décidé de mettre en exergue la notion de biens à travers les biens immatériels en droit privé⁴. Mais compte tenu de la diversité des matières en droit privé, notre analyse a été circonscrite sur le droit des biens qui est l'ensemble des règles juridiques qui régissent les rapports entre les personnes et les biens. L'intérêt de ce sujet ne doit cependant pas dissimuler les difficultés. Afin de réduire cette marge de difficultés, il est nécessaire de procéder à une clarification de quelques concepts.

Du latin « *notio, -onis* » qui signifie « action d'apprendre à connaître », mais il est

regrettable de noter que le langage commun confond souvent les mots de notion et de concept or, ces deux notions renferment des nuances qui nous éclairent sur le fonctionnement de notre esprit, sur notre relation avec le réel, et sur notre capacité à tendre vers la vérité⁵. Il convient de préciser brièvement que les concepts sont des éléments durables, les plus objectifs possibles alors que la notion, quant à elle, est principalement issue de l'intuition.

Étymologiquement issu du latin « *bona* » qui signifie « bien », le bien renvoie à ce qui est bien. Au singulier, le mot « bien » évoque ce qui valorise moralement et socialement la personne humaine. Au pluriel, le terme « biens », désigne ce qui la valorise matériellement. Dans le langage courant, le mot « bien » recouvre plusieurs sens. Le premier est moral et philosophique. Dans le sens moral, le « bien » constitue ce qui est le contraire du mal, ce qui a une valeur morale, qui a une probité, une vertu. La notion morale du mot « bien » met la personne en relation avec les autres alors que la notion matérielle se réfère à l'individu en tête à tête avec ses possessions. C'est dans ce dernier sens que le droit appréhende le mot « biens ». C'est celui qui nous intéresse

³ P-C LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, no 70, p. 35.

⁴ », P-C LAFOND, *Op. cit.*, p. 45.

⁵ F. ZENATI-CASTAING et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 37^{ème} éd. 2008, p. 15 et suiv. CH. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, Lexis Nexis, 2015, n° 36, p. 21 et suiv.

dans le cadre de cette recherche. Contrairement au sens moral, en philosophie, le bien constitue une valeur normative de la morale, et s'oppose au mal.⁶ La recherche de ce qui est bien ou mal, pourrait se produire dans le contexte de la légalité, d'usages admis⁷, de la religion, etc. Le second sens est religieux, ainsi, dans le domaine religieux, le « Bien » est ce qui s'oppose au Mal. Il représente toutes les aspirations positives de l'être humain dans le domaine réel ou spirituel. En théologies, Dieu symbolise généralement le « Bien » et détermine tout ce qui est bon à l'accomplissement des Hommes⁸. Cette vision religieuse de bien n'est pas partagée par les économistes qui pensent qu'un bien est quelque chose qui peut faire l'objet d'une appropriation par une personne, et sur laquelle un droit de propriété est donc applicable.⁹

Ces différentes acceptions de la notion de biens ne sont pas ignorées du juriste, qui en a tout de même une vision quelque peu différenciée. Ainsi au sens juridique, le mot « biens » est susceptible de deux acceptions. Dans un sens matériel et étroit, les biens désignent les choses c'est-à-dire

les objets matériels qui servent les êtres humains par leur utilité et leur valeur d'échange. Il s'agit dans ce sens de biens corporels. Dans une conception plus large, les « biens » désignent les droits qui s'exercent sur ces choses ou nés de ces choses ou tout autre droit patrimonial. En d'autres termes, les biens sont l'ensemble des droits à caractère économique.¹⁰ Son étymologie, « *bona* » en latin, ainsi que son sens en droit romain renvoient d'ailleurs aux avantages, aux avoirs, à l'actif net du patrimoine, à la fortune, et l'opposent aux dettes. Le terme « biens » traduit donc, en termes juridiques, un avantage, un actif, une richesse. Ensuite, en rapport avec ce premier constat, on relèvera que ce qui peut être qualifié de biens varie considérablement d'une société à une autre, d'une époque à une autre. C'est ici faire état d'une grande relativité de la notion de biens, qui ne va pas sans conséquences sur son appréhension juridique. Si pour certains auteurs, une définition du mot « bien » s'avère impossible¹¹, pour d'autres la notion de biens désigne « toutes les choses qui, pouvant procurer à l'homme une certaine utilité, sont susceptibles d'appropriation privée »¹². Toutefois, on peut s'accorder à

⁶ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, LGDJ, 2019, n° 9, p. 20.

⁷ F. ZENATI, *Les biens*, PUF, 2003, n°1, p. 23.

⁸ R. LIBCHBER, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, n°22. C. Grimaldi, *Droit des biens*, éd. LGDJ, 2019, n°9, p. 20.

⁹ R. LIBCHBER, *Encycl. Dalloz, Droit civil, V° Biens*, n°27, p. 17.

¹⁰ J.P.GRIDEL, *Notions fondamentales de droit et droit français*, D. 1993, p. 301.

¹¹ C. GRZEGORCZYK, *Op. cit.*, p. 259

¹² G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, n° 1269, 1922.

voir dans les biens des choses appropriables qui ont une valeur patrimoniale¹³. Un bien s'apparente, par ailleurs, à une richesse économique capable de faire l'objet d'une circulation juridique. On peut retenir que la notion de biens se compose de deux éléments, d'une part, le bien est une richesse, et d'autre part, le bien est une richesse appropriable ce qui fait penser que les biens immatériels pourraient entrer dans cette définition.

Du latin ecclésiastique « *immaterialis* » qui signifie « qui n'a pas de consistance matérielle, qui n'est pas formé de matière » ou « qui est étranger à la matière, qui n'intéresse ni le sens ni la chair, qui ne semble pas être matériel etc.¹⁴ ». Classiquement, les biens immatériels sont qualifiés, soit de biens incorporels, soit de propriétés incorporelles ou intellectuelles, soit encore de biens d'exploitation, et presque toutes ces qualifications sont insatisfaisantes. En fait, cette catégorie de biens souffre d'un défaut de définition et paraît juridiquement hétéroclite, de telle manière qu'on peut douter qu'il y ait un tronc commun, aussi bien en ce qui concerne les spécificités qu'en ce qui concerne le régime juridique, de telle manière que la catégorie elle-même est

remise en cause. On peut rappeler que certains « biens immatériels » sont temporels, d'autres non. Certains sont des monopoles de droit tandis que d'autres constituent des monopoles de fait. Certains biens possèdent une assise dans le monde réel, alors que d'autres ne constituent qu'une invention du droit.

On constate qu'il existe une différence importante entre les biens immatériels qui sont nettement reconnus et circonscrits par les textes, quant à leur objet et les droits qui pourraient être appliqués à leur égard, et ces valeurs immatérielles encadrées d'un certain flou quant à leur durée et leur reconnaissance légale, mais dont l'intérêt dans les échanges économiques est incontestable et permet d'affirmer qu'ils représentent une richesse économique, une source de crédit fabuleux pour les débiteurs, et une garantie de sécurité pour les créanciers. Or, la législation paraît avoir superbement fait fi des biens immatériels. En témoigne le droit des biens au préalable. En interprétant l'article 516 du Code civil, qui dispose « tous les biens sont meubles ou immeubles », il est certain que les biens immatériels ne peuvent être efficacement liés à la catégorie des meubles ou à celle des immeubles. Cependant, l'évolution de la notion de bien conduit aujourd'hui à se demander si la division des biens corporels et incorporels ne révèle pas de nouveaux enjeux dont le

¹³ F. ZANATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ème} éd. 2008, p. 15 et suiv. ; Ch. ATIAS, *Droit civil, les biens*, Lexis Nexis, 2015, n° 36, p. 21 et suiv.

¹⁴ A-M PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, coll. Droit fondamental - Droit civil, Paris, P.U.F., 1989, n° 84, p. 100.

droit civil devrait appréhender. Cette subdivision des biens paraît mieux représenter la répartition des richesses économiques et secouer la célèbre division des biens meubles et immeubles, toutefois omniprésente dans le Code civil. Or, les biens immatériels s'opposent aux biens matériels car les biens immatériels se réfèrent aux biens qui disposent d'une chose incorporelle et d'un corpus.

La question du rôle de la réalité matérielle dans le droit se pose en termes de mouvement. On sent confusément que ce rôle tend à s'affaiblir, que le droit devient progressivement éthéré.

Le spectacle de ses évolutions contemporaines suggère qu'il y a là un phénomène moderne, voire caractéristique de la société industrielle¹⁵. Mais les relations du droit et de la matière sont une vieille lune. C'est à s'interroger si elles ne débutent avec le droit lui-même, qui est tout pétri de précaution. Quelle que soit la définition que l'on peut avoir du bien, celui-ci se manifeste par un discours, qui procède nécessairement d'une représentation du monde, donc par une abstraction. La difficulté de l'immatériel en droit n'est en conséquence pas de savoir si le droit lui fait ou pas une place mais

dans quelle proportion il la lui fait. Il n'y a pas de dématérialisation du droit, mais une tendance de celui-ci à être progressivement immatériel. On pourrait penser le contraire en ce qui concerne les biens, puisque leur perception juridique est emprunte d'un « *corporalisme* » ferme, qu'au plus fort de cette représentation des choses, l'abstraction se traduit en contrepoint.

L'affirmation de la mutation du droit vers l'immatériel peut être grossière, voire élémentaire, d'un autre point de vue. Si une telle mutation existe, elle ne se fait pas de façon linéaire. Elle se traduit par des poussées et des revers. Contrairement à ce qu'on peut penser, il n'a pas fallu attendre le XX^{ème} siècle pour voir surgir un droit dématérialisé. L'idéalisme, qui est à l'origine de l'intellectualisation du droit¹⁶, naît déjà avec le commencement de la modernité. La conception des choses en tant qu'entités incorporelles est encore moins nouvelle. Avec l'intellectualisation de la possession, l'appréhension du patrimoine en termes de valeur et bien d'autres techniques abstraites, elle commence dès l'époque romaine. L'immatériel est aussi ancien que le droit puisqu'il participe comme lui¹⁷ de l'économie et les civilisations se sont

¹⁵ R. SAVATIER, *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3e journées R. SAVATIER, 1991, pp. 13 et s.). V. entre autres, R. SAVATIER, *Le droit et les progrès techniques*, *Bull. internat. des sc. soc.*, 1952, vol. IV, n° 2, p. 326.

¹⁶ S. GOYARD - FABRE, *La chose juridique dans l'idéalisme moderne*, *Arch. phil. Droit* 1979.151.

¹⁷ F. ZENATI, *Le droit et l'économie au-delà de Marx*, *Arch. phil. droit* 1992.121. [p. 79-95] F. ZENATI *Arch. phil. droit* 43 (1999).

bâties à partir du développement des échanges.

Le droit des choses a une lourde responsabilité dans l'existence de ce préjugé qui veut que le droit se soit récemment dématérialisé. Son interprétation peut produire une identification de la chose à la matière qui est un véritable dogme et ce sont curieusement les idées contemporaines qui sont responsables de cet *a priori*. Alors que la tentation est forte de retrouver, même de découvrir, au cœur de ces biens immatériels une trace de la matérialité perdue, la question sur la transposition du régime juridique de la propriété à ces nouveaux biens se pose. Alors, le régime juridique du droit des biens, *a priori* mieux approprié au modèle des choses corporelles, peut-il s'adapter à ces nouveaux biens ? A regarder de près, cette interrogation peut étonner puisqu'on applique traditionnellement les règles du droit des biens aux choses corporelles. C'est donc dans cette matière tout spécialement qu'il faut porter la réflexion sur la notion de biens au regard des biens immatériels et restaurer les liens substantiels qui unissent ces nouvelles entités au droit. Mais le constat aujourd'hui est que tout le régime des biens est remis en cause par l'irruption des biens immatériels, qui subvertit l'édifice théorique légué par la tradition et

patiemment poli par des générations de juristes¹⁸. Rien n'y échappe, la chose comme la prérogative que la personne exerce sur elle sont en crise et leurs tensions ébranlent l'ensemble de l'édifice du droit privé et surtout le droit commun des biens. La thématique globalement en recueillera de bénéfiques dividendes en étant libérée d'une théorie qui a des allures de mythe.

On peut remarquer dans le cadre de ce travail que la mise en évidence d'un changement de paradigme réalisé par le droit civil peut permettre de mettre en perspective les rapports difficiles que les biens entretiennent avec la matière.

L'évolution vers ces biens immatériels incite à nous interroger sur les fondements et les finalités de la reconnaissance de ces nouveaux biens, de ces nouvelles entités, de ces biens immatériels. Toutefois, ce changement n'est pas sans soulever certains défis liés aux difficultés du droit des biens à ne pas tenir compte de la corporéité des choses, alors que le besoin est grand de retrouver, même d'apercevoir, dans ces nouveaux biens un gage de cette matérialité dépassée.

Au moment même où s'effectuait l'admission de la catégorie des choses et des biens appropriables au monde de l'immatériel, qui, jusqu'à présent, ne

¹⁸ S. GOYARD-FABRE, *La chose juridique dans l'idéalisme moderne*, Arch. phil. Droit 1979.151.

peuvent être confondus à des biens pour des raisons souvent morales, on constate qu'ils prennent de plus en plus leur place dans la catégorie des biens sous la pression du développement de la recherche scientifique. Ils ne cessent de se multiplier, surtout à travers ce que l'on nomme constamment les nouveaux biens. Les objets du droit, source de richesse économique, ne peuvent plus être cantonnés aux seules choses corporelles et le rôle grandissant des biens immatériels dans l'économie marchande, conséquence d'une croissance créatrice de l'homme, œuvre pleinement pour une reconnaissance juridique de ces biens. Or, la personne n'est pas faite seulement de matière, ainsi, le sentiment humain, l'activité, le travail, la connaissance sont de nos jours des biens et peuvent, comme d'autres biens, mais avec forcément une faible mobilité, circuler. Le droit accompagne cette évolution, avec plus ou moins de célérité. Il multiplie les biens immatériels tellement qu'on finit par abandonner la théorie de la chose corporelle, laquelle fait beaucoup figure de bien archaïque. Il y a, certainement, dans cette tendance, contrairement à l'émergence de la valeur, un stade ultérieur même ultime de la mutation des biens, même s'il demeure erroné d'en réserver la connaissance aux sociétés contemporaines. C'est en s'élargissant que la propriété a désincarné son objet. Cependant, cette

extension a une vertu révélatrice. Il peut permettre de révéler que le cantonnement conceptuel de la propriété et de biens au monde matériel est un leurre dû à une connaissance pratique de la matière que se propose de gouverner le droit. Les deux mécanismes, valorisation et dématérialisation des biens, paraissent à première vue séparés. Toutefois, ils sont, au vrai, solidaires. On peut noter que le changement d'une entité quelconque en bien constitue la condition de son entrée dans le marché, la propriété est la condition préalable de l'échange, quand bien même tous les biens ne deviennent pas par voie de conséquence des marchandises¹⁹.

La sphère exponentielle des biens immatériels indique les frontières de la catégorie des choses corporelles. Une nouvelle définition du concept de biens s'est peu à peu accrue, les biens qui peuvent être privés de matérialité et même être de pures notions en l'occurrence créées par l'esprit juridique. Les biens immatériels, en ce qu'ils peuvent devenir l'objet d'un droit de propriété, appréhendent directement le droit des biens. Ainsi, le droit exprime cet intérêt

¹⁹ R. SAVATIER, *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*, Rev. trim. dr. civ., 1958.1 ; « *Essai d'une nouvelle présentation des biens incorporels* », *ibid.*, pp. 331 et s. ; A. PIEDELIEVRE, « *Le matériel et l'immatériel, essai d'approche de la notion de bien* », in *Aspects du droit privé en fin du XXe siècle* (ét. de Juglart), p. 55.

pour la dématérialisation et la diversification des biens.²⁰ Toutefois, si certains ont alors pris conscience de l'importance effective des biens immatériels, d'autres n'en retirent que de faibles incidences qui touchent la propriété et au changement consécutif de son objet.

Le constat aujourd'hui est que le droit des biens s'est considérablement renouvelé et de nouveaux biens ont été consacrés ailleurs que dans ces textes relatifs au droit des biens, que ce soit dans les textes de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) mais également dans l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, et l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE etc. Si la qualification et les règles n'ont en apparence, que peu changé, la réalité à laquelle elles renvoient se trouve, elle, totalement bouleversée. En définitive, il est acquis qu'il n'existe pas de liste de ce qui peut être qualifié de bien. Les éléments qui peuplent cette catégorie évoluent au fil de la découverte de nouvelles richesses ce qui explique que le bien reste de nos jours une notion difficile à cerner. Néanmoins si l'on tente quand même de livrer une présentation, nécessairement simplificatrice de l'ambiguïté de la notion, on en rencontrera des approches, qui se

présentent selon une certaine chronologie. On peut s'appuyer sur l'univers des choses, en s'attachant à un critère rigide de définition du bien.²¹ Ainsi, on peut désigner comme bien, les choses du monde physique, à partir de la caractéristique corporelle qu'elles peuvent partager, par la suite, avec le développement considérable des richesses incorporelles et le dépassement du monde physique, on peut quitter celui-ci pour se tourner vers une définition qui relève du monde des personnes et de l'économie.²² Alors, tout élément qui peut attirer le désir des personnes et représenter pour elles une valeur et/ ou qui peut tendre à être monnayé sur un marché a vocation à être qualifié de « bien » dès lors que le droit accepte de le consacrer et de donner les moyens juridiques de se réserver cette richesse. Mais dans une conception objective, le bien est associé à la chose, la qualification juridique de bien vient habiller les choses du monde physique sauf à en exclure certaines en raison d'un statut particulier qui les rend non appropriables par l'homme. Dans cette approche, on peut alors affirmer que la notion de bien est relativement nette et qu'elle s'ordonne, dans la pensée juridique, à partir de celle

²⁰ C. KRIEF-SEMITKO, *Op. cit.*, p. 51; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2004, p. 386.

²¹ D. COHEN, *La liberté de créer*, in Liberté et droits fondamentaux, sous la dir. R. CABRIALLAC, M-A. FRISON-ROCHE, Th. REVET, Dalloz, 10^{ème} éd., 2004, p. 407- 414.

²² M-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2006, p. 150.

des choses du monde physique. L'appropriation du bien qui en découle correspond à la conception moderne et juridique des législations nationales. En outre, cette condition d'appropriation donne une certaine cohérence au système des textes dans leur ensemble car elle permet de tracer non seulement un lien entre le bien et la chose, mais également entre le bien et deux autres notions centrales du droit. D'une part, elle l'unit à la personne et d'autre part, elle le relie au patrimoine de cette personne au sens où le bien va s'y intégrer précisément par le biais de l'appropriation. Pour autant, cette condition complexifie l'approche et montre que la définition du bien, que l'on présente comme « physique », comporte aussi une composante juridique. Pour autant, il est nécessaire de relever l'importance de cette condition d'appropriation car elle peut s'imposer également pour les biens immatériels, mais peut s'y exprimer alors moins naturellement et de façon plus visible.²³

L'objectif poursuivi dans cette recherche est essentiellement de recadrer la notion de biens en tenant compte des nouvelles entités c'est-à-dire les biens immatériels. Il est alors indispensable de relever les acquis du droit applicable en matière de droit des biens et d'entrevoir l'impact du temps sur

la nouvelle notion de biens. Notre travail a surtout pour objectif de montrer que cette mutation est la conséquence d'un bouleversement de paradigme²⁴ de la notion de biens. Il ne s'agit donc pas d'une obstination à rejeter systématiquement les traditions au point de faire le « *requiem* » du dogme de la matière.

L'intérêt de ce travail permettra d'avoir une compréhension plus nette de l'évolution contemporaine de la notion de biens suite à l'émergence d'un nouveau paradigme. L'inclination des biens vers l'immatériel n'est pas récente, mais elle connaît dans la période moderne une sensible recrudescence. C'est l'intensité inédite du mouvement qui le rend plus perceptible que jamais. Cette évolution bouleverse le donné et remet en cause le construit, ce qui provoque une crise du régime des biens (I) et, au-delà, une reconsidération des concepts de base du droit des biens ce qui fait osciller les biens immatériels entre disparition et réminiscence de la matière (II).

I- La crise du régime des biens

L'onde de choc de l'immatériel a des conséquences insoupçonnables. Il est possible que la crise que connaît la théorie

²³ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, Dalloz, 4e éd., 1869, p. 217.

²⁴ M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, *Op. cit.*, p.12; P.-C. LAFOND, *Op. cit.*, p. 35.

du droit réel soit en relation avec la remise en cause de la corporéité. Puisque le droit réel n'est plus la prérogative des corps, qu'il se « désincorpore », il ne se manifeste plus aussi éloigné qu'il paraissait de son antonyme. Mais l'incorporation de la notion de « bien » dans certaines législations²⁵ a entraîné plusieurs conséquences. Il s'agit de l'effondrement du dogme de la matière (A), conséquence de la reconnaissance d'un nouveau critère de rattachement à la catégorie des biens, à savoir celui de la valeur (B) qui bouscule entre autre notre perception du bien, mais également celle de la propriété.

A) L'effondrement du dogme de la matière

L'effondrement du dogme de la matière a fait émerger des biens immatériels (1) dont la définition juridique ranime le débat entraînant une rupture des biens et de la matière (2).

1- L'émergence des biens immatériels

L'émergence des biens immatériels ranime le débat concernant la définition juridique de la notion de biens.²⁶ Il convient de noter que parfois, le mot « bien » est substitué à celui de « chose », relançant l'opposition entre « biens » et « choses » sans pour

autant prendre la peine de les définir. Il faut rappeler que la chose s'est souvent identifiée, en droit civil, spécifiquement à l'objet corporel. Par contre, le mot bien, plus large, recouvre en droit privé, trois acceptions. D'abord, dans un sens juridique, les biens font référence à la fois aux droits patrimoniaux, mais également, de manière plus exclusive, aux droits réels principaux. Ensuite, dans un sens économique, ils sont limités aux objets du droit de propriété ou de l'un de ses démembrements. Ce dernier sens limite la notion de chose aux seuls biens corporels, cette dernière qui prend nécessairement appui sur une réalité physique qui la fait coïncider avec la notion économique d'objet corporel. Par contre, celle de « biens », qui se rattache dans un sens juridique à une construction intellectuelle, ne peut pas être soumise à la pression de l'enveloppe corporelle, ainsi, les biens sont des choses vues par le droit ».²⁷ La catégorie des biens dépasse alors celle des choses corporelles parce que les biens peuvent être corporels ou incorporels, tandis que les choses, selon une conception matérialiste, sont nécessairement corporelles. Cette restriction des choses aux seuls biens corporels ne fait toutefois pas l'objet d'un consensus et on peut

²⁵ Article 899 Code civil québécois.

²⁶ Th. REVET, *Les nouveaux biens dans la propriété*, Travaux de l'Association Capitant, Journées vietnamiennes, tome LIII, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 271.

²⁷ Y. EMERICH, *La propriété des créances : Approche comparative*, t. 469, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2007, p. 59.

dépasser cette contrainte de la corporéité des choses pour admettre l'existence de choses immatérielles car de plus en plus, l'immatériel est la chose par excellence du droit²⁸. Enfin, on peut retenir une conception large de la chose, qui étend son domaine à ce qui existe sous forme abstraite. Ainsi, il semble que les choses peuvent, à la fois dans un sens juridique, mais également dans un sens économique, être soit corporelles soit immatérielles. On adhère à la doctrine qui ouvre la catégorie des choses et des biens appropriables au monde de l'immatériel.²⁹

La subdivision issue du droit romain des « *res corporales* » et des « *res incorporales* » permet alors d'isoler les choses, nécessairement corporelles, des droits « objets abstraits et intangibles »,³⁰ qualifiés de biens immatériels.³¹ On peut noter que le dogme de la « chose-matière » a toujours été imposé, isolant ainsi les biens immatériels et précisant que seules les choses corporelles peuvent prétendre à la qualification de biens appropriables.

Cette conception économique du bien, qui se base sur la corporéité de la chose à

savoir les biens sont les choses corporelles susceptibles d'appropriation, est l'aboutissement d'une compréhension matérialiste du « *dominium* », le propriétaire doit exercer sa puissance sur un « *corpus* » appréciable par les sens. Cette intégration des objets du droit de propriété aux seules choses corporelles peut s'appuyer sur une conception de la propriété qui intègre le droit de propriété et son objet, nécessairement corporel. Or, un corps est une chose qui occupe une portion d'espace, la chose étant assimilée à celle dont la frontière physique peut être saisie par les sens, exclusivement le toucher, qui se limite ainsi aux corps solides.

Exprimant une relation de puissance entre un propriétaire et sa chose,³² cette relation ne peut alors se concevoir que si elle porte directement sur une « *res corporalis* » qui peut permettre de faire coïncider les barrières du droit du propriétaire avec les frontières physiques de la chose matérielle c'est-à-dire son assiette³³. Les corps liquides, corps sans rigidité, ont surtout suscité des interrogations en ce qui concerne leur assimilation à cette catégorie de choses corporelles. L'immatériel, à travers ces choses sans corps, soulève des interrogations.

²⁸ P-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le code civil »* de Frédéric MOURLON, t. 2, Montréal, Éditions Théoret, 1896, p. 388.

²⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens*, t. 3, 19e éd., Paris, P. U. F., 2000, p. 79 - 83.

³⁰ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, t. 489, Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 202.

³¹ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, Université de Lyon, 1981.

³² P. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7ème éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, p. 273.

³³ Y. EMERICH, *Op. cit.*, p. 59. Cette conception, qui confond le droit de propriété et son objet, a été depuis réfutée.

Cette conception matérialiste de l'objet du droit de propriété est bousculée par l'apparition des biens immatériels ou entités nouvelles dans la notion de « biens ». Les biens, ainsi désignés d'objets d'un droit de propriété, peuvent être corporels ou incorporels, il n'est plus possible de faire coïncider le bien et la chose corporelle. Le passage de la chose au bien constitue, une première rupture avec la matière et la conception matérialiste de la propriété. Mais, la notion de biens met en exergue des concepts juridiques et non des « réalités physiques ». En effet, biens et personne constituent des concepts, représentés par le droit, par lesquels la réalité peut être saisie, transformée, dénaturée, même niée par lui. Les choses et les êtres font partie du monde réel ; les biens et les personnes appartiennent entièrement au monde du droit. On ne peut définir les seconds par les premiers sous risque d'assimiler les deux mondes. A ce sujet, la notion de chose devient une méta-catégorie capable d'englober les mondes réels et virtuels.

Cette analyse, qui admet le droit patrimonial, comme concept juridique, peut être rattaché à la catégorie des biens incorporels et cette thèse est de nos jours partagée par une majorité de la doctrine³⁴. En conséquence, les droits patrimoniaux,

de par leur nature dématérialisés, qui peut constituer des biens, fait entrer fermement l'immatériel dans le domaine du droit des biens. Cette conception croissante permet d'envisager la possibilité d'élargir le droit de propriété aux biens incorporels ces derniers sont, autant des droits patrimoniaux que des choses immatérielles.

La question se pose alors la question de savoir par quel moyen les objets immatériels tels que les droits patrimoniaux et les choses immatérielles peuvent-ils devenir des biens ? C'est la relation d'appropriation qui peut permettre de différencier les choses dans un sens large des biens, les biens étant les choses qui ont la qualité d'appartenir à une personne.

Les dispositions du Code civil semblent renforcer cette définition de biens comme une chose appropriée ou appropriable, car ce qui n'est pas soumis au rapport d'appropriation est désigné de « chose ».³⁵ Or, en ce qui concerne les biens incorporels, c'est surtout leur valeur économique qui peut être leur élément de rattachement à la catégorie des biens. On peut donc admettre que, sous l'effet de la mutation de l'économie, la domination de la chose matérielle n'est plus à défendre, que la chose dépasse les limites de la

³⁴ R. SAVATIER, « *Le droit et les progrès techniques* », Bull. internat. des sc. soc., 1952, vol. IV, n° 2, p. 326 et s.

³⁵ R. LIBCHABER, *Encyclopédie juridique* Dalloz : *Répertoire de droit civil*, « Biens » 2009, p. 3.

corporéité et qu'elle aspire à devenir synonyme de valeur. Cette vision large de la notion de biens semble alors être la conséquence d'une modification de paradigme, qui s'est lentement imposé et qui met la valeur économique au centre du processus de rattachement à la catégorie des biens, qui permet aux biens immatériels de se développer et d'être reconnus. Ainsi, si l'immatériel a ouvert suffisamment ses portes au droit des biens, tout se passe un peu comme si, ces biens doivent laisser une trace de leur existence grâce à un support matériel. Cette réminiscence d'une matérialité perdue ou projetée pourrait permettre de mieux cerner l'application du droit de propriété sur ces entités abstraites, ce qui peut entraîner une rupture des biens et de la matière.

2- La rupture des biens et de la matière

En consacrant la notion de « bien-droit », on marque une rupture nette des biens et de la matière. Ce faisant, on ne doit pas confondre à son tour l'objet du droit de propriété et le droit de propriété. En effet, si tout bien peut être réduit à un droit patrimonial, l'objet du droit de propriété est forcément le droit patrimonial que l'on possède sur la chose et non la chose elle-même. En conséquence, le droit patrimonial qui s'applique sur une chose corporelle, ce « bien-droit », objet du droit de propriété, ne peut être que le droit de

propriété lui-même³⁶. Ce qui revient à accepter que le droit de propriété sur une chose corporelle est un bien. Or, on peut croire que le droit de propriété, contrairement aux autres droits réels, ne peut pas être un bien. C'est justement ce qui différencie le droit de propriété des autres droits réels. Le droit de propriété ne peut en effet être soit le bien, objet du droit de propriété, soit ce qui fait le bien, relation d'appropriation de l'objet de propriété. Cette confusion n'est pas justifiée, puisqu'elle tend à enlever les choses du domaine du droit, le droit qui ne connaît que les droits que l'on possède sur les choses et non pas les choses elles-mêmes³⁷. Certes, l'objet du droit de propriété n'a pas besoin d'être reflété dans la matière, mais le droit n'a plus besoin, dans une quelconque tentative d'uniformisation, d'être réduit à un droit, sauf à modifier tous les objets du droit dans un sens large en une virtualité. On peut combattre cette critique en supposant que c'est la valeur, et non le droit que l'on possède sur cette valeur, qui est le bien. Toutefois, si la valeur peut être saisie comme le nouvel élément de rattachement à la catégorie des biens, c'est en tant qu'appui de l'objet du droit de propriété et

³⁶ J-C. GALLOUX, *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, Paris, Dalloz, 1994, p. 233.

³⁷ R. LIBCHABER, *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, « Biens », au n°5, p. 3.

non comme « *res* ». Le bien a une valeur ; il n'est pas une valeur. Ce rapprochement des biens aux droits à savoir le droit serait la « *res* » sur laquelle le droit de propriété s'applique peut sembler absolument problématique en ce qu'elle restreint le domaine des biens au seul domaine incorporel, renouant par ricochet avec les abus de la conception matérialiste. Or, la division des biens corporels et incorporels est une distinction capitale du droit civil qui, ne devrait pas être évincée. Ainsi, le critère de la valeur peut permettre de reconnaître qu'il y a à côté des « biens-droits », des choses corporelles et des choses immatérielles c'est-à-dire sans corps, qui ne peuvent pas être pour autant réductibles à un droit³⁸. La valeur devient le fondement de cet objet du droit de propriété et non le bien lui-même. Cette conception de la valeur pourrait permettre d'embrasser une diversité d'objets, corporels ou incorporels, sans quand même se laisser séduire par l'incorporation des biens aux droits³⁹. Le bien a une valeur économique à savoir les valeurs d'usage et d'échange propre à sa nature, elle participe de la « *res* ». ⁴⁰ La valeur peut ainsi être considérée comme l'assise commune de

tout objet du droit de propriété. Car tout objet du droit de propriété paraît comporter une notion arithmétique strictement conceptuelle représentée par sa valeur économique, en conséquence, la valeur qui est intégrée au bien, toute chose dans un sens large, dotée d'une valeur économique, peut avoir la faculté de devenir un bien, objet du droit de propriété. Cette valeur peut permettre au droit de propriété de se fixer sur des biens tant corporels qu'incorporels à savoir droits patrimoniaux comme choses immatérielles. Elle délimite ainsi son contenu en garantissant une détermination des limites du critère de la valeur objet du droit de propriété.

Cet élément de rattachement à la catégorie des biens doit alarmer tant il paraît élargir à l'infini le domaine des choses susceptibles d'être soumises à la relation d'appropriation. Cette conception économique peut permettre en effet de considérer une myriade d'objets du droit de propriété. Le paradigme de la valeur économique est une boîte de Pandore qu'il sera nécessaire de saisir avec précaution. Sa force attractive ne se borne pas, par ailleurs, aux seuls biens incorporels. Ce nouvel élément pourrait permettre en effet d'ouvrir le commerce juridique à des biens corporels qui exigent une protection particulière à cause de leur caractère vital ou sacré. Poussant davantage l'exercice, la valeur économique permettrait également

³⁸ P. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, p. 273

³⁹ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, *Op. cit.*, p. 34.

⁴⁰ T. REVET, *La force de travail. Etude juridique*, t. 28, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, LITEC, 1992, p. 493 et 494.

de mettre dans la catégorie des biens des marchandises virtuelles. Il ne suffit par conséquent pas que ces objets puissent avoir une valeur économique pour qu'ils deviennent systématiquement saisissables, cessibles ou transmissibles. Cette conception large doit donc être tempérée par certains mécanismes, telles l'extra-patrimonialité ou l'extra-commercialité, qui délimitent ou excluent certains usages ou circulation de ces biens dans le commerce juridique afin surtout de protéger d'autres valeurs jugées importantes.⁴¹

On constate que l'intégration de la valeur comme nouveau paradigme des biens requiert de repenser le droit de propriété et ses limites. Ce constat peut permettre également de se poser des questions sur l'impérialisme de la propriété, et le cas contraire, de le remettre en cause. Toutefois, il convient de reconnaître que cette expansion du droit de propriété d'englober tout ce qui a une valeur économique,⁴² sans être restreint par la corporéité des choses, permet de prendre en compte la dématérialisation croissante de la richesse économique. Le bien, qui par l'intermédiaire de la valeur, stabilise l'assiette de l'objet du droit de propriété,

même intégralement dématérialisée,⁴³ découvre un monde énormément vaste et en perpétuelle croissance⁴⁴, ce qui peut entraîner la reconnaissance du paradigme de la valeur économique.

B) La reconnaissance du paradigme de la valeur économique

Dans l'évolution économique contemporaine, le droit se détache de plus en plus des choses individualisées pour se porter sur des valeurs. Ainsi, la valeur économique constitue le facteur déterminant dans la reconnaissance en tant que biens. Cependant, avec la consécration du paradigme de la valeur économique (1) on assiste à une flexibilité du régime juridique du droit des biens (2).

1- La consécration de la valeur économique

La manifestation des biens immatériels dans le circuit économique révèle un nouvel élément de rattachement à la catégorie des biens. En définitive, les biens peuvent dorénavant se signaler à travers trois éléments, d'abord, par les valeurs qui traduisent sur le plan juridique le désir que l'on peut en avoir, ensuite, les appropriables c'est-à-dire l'« *appropriabilité* » qui est le seul rapport

⁴¹ S. GILKER, C. LUPIEN, *Op. cit.*, p. 146; Paul CHENEVERT, *Op. cit.*, p. 146.

⁴² E. CHARPENTIER, « *Entre droits de la personnalité et propriété, un cadre juridique pour l'image des choses?* », (2009) R.J.T. 531.

⁴³ A. PERREAULT, *Traité de droit commercial*, t. 2, coll. « Documents juridiques », Montréal, Éditions Albert Lévêque, 1936, n° 635-636, p. 88-90.

⁴⁴ J-C. GALLOUX, *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, Paris, Dalloz, 1994, p. 233.

entre un bien et un individu qui permet à ce dernier d'en faire ce qu'il veut, enfin, les cessibles ce qui signifie que ces valeurs ne sont pas exclues du commerce juridique.

Toutefois, certains objets qui cherchent à entrer dans le domaine juridique des biens, surtout au regard de leur cessibilité, échouent aux critères doctrinaux traditionnels du droit des biens à cause de l'absence de corporéité c'est ce qui justifie l'émergence graduelle de l'élément de la valeur. En effet, le critère de l'appropriation ne suffit plus et il faut le parfaire par l'idée de valeur, la chose doit avoir une certaine valeur pour intéresser le droit. Le changement de paradigme permet alors de définir sans difficultés le mot « bien » comme une chose qui a une valeur économique et capable d'être appropriée.⁴⁵ La valeur économique peut remplacer ainsi le critère de l'utilité juridique dans l'application du mécanisme de l'appropriation des objets du droit. Car si la chose a une valeur économique, elle peut devenir échangeable et cessible. Il devient en conséquence utile qu'elle soit soumise au lien d'appropriation et peut être qualifié de bien, qui bénéficiera du régime protecteur de la propriété.

⁴⁵ Chr. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit, Les biens immatériels. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, note bibliographique, *Revue internationale de droit comparé*, 1983/35-2/, p. 420.

L'élément de la valeur peut tendre alors à dépasser l'élément de l'utilité, or, la notion de valeur est compliquée.⁴⁶ Si d'un point de vue éthique, la valeur est surtout morale,⁴⁷ du point de vue de droit, on constate qu'elle est de nos jours essentiellement économique. Cette conception économique de la valeur prend en compte simultanément l'utilité et la rareté du bien.⁴⁸ Cette évolution est parfaitement justifiée et on peut relever que : « utile et rare », d'une valeur, au sens économique du terme, peut devenir un bien, au sens juridique du terme, quand la société répond, par le droit, aux problèmes accessoires de réservation et de commercialisation de son maître du moment. Cet examen a le mérite de mettre en relief tant l'élément de rattachement au bien de la valeur (utilité et rareté) que les effets d'une telle qualification à savoir la réservation et la commercialisation.

Il convient de noter que la valeur juridique peut recouvrir deux aspects, d'abord, elle peut être simultanément valeur d'usage et valeur d'échange. Ainsi, la valeur d'usage à savoir la jouissance est rattachée à la réservation de la chose c'est-à-dire à

⁴⁶ S. PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien, Aspects en droit privé en fin du XXème siècle* : études réunies en l'honneur de Michel de JUGLART, Paris, Montchrestien, éditions techniques, 1986, p. 56.

⁴⁷ R. LIBCHABER, *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, « Biens », au n°5, p. 3.

⁴⁸ J. LAURENT, *La propriété des droits*, t. 537, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 2012, n°253, p. 203.

l'exclusivité et l'objet peut être appropriable puisque ses utilités doivent être réservées à son propriétaire. En ce sens, elle traduit une conception subjective qui peut prendre en compte le rapport entre les utilités du bien et les besoins immédiats de son propriétaire. Ensuite, la valeur d'échange à savoir la disposition peut se baser quant à elle sur la circulation des biens, c'est-à-dire leur cessibilité, de même que ses utilités. Mais il faut préciser que la valeur d'usage doit, précéder la valeur d'échange car c'est celle-ci qui crée le besoin d'échange et de sécurité juridique mis en application par la propriété. Néanmoins, la valeur d'échange paraît mieux s'adapter à l'immatérialité des biens puisque l'exclusivité liée à la valeur d'usage peut s'accommoder mal aux usages communs admis sur certains biens immatériels et où les biens immatériels sont toujours vus par le prisme de leur transmissibilité. C'est la raison pour laquelle la valeur d'échange tend lentement à absorber la valeur d'usage. Ainsi, une double remarque peut être faite. D'abord, le paradigme de la valeur s'est substitué doucement au critère plus restreint d'utilité, la valeur d'échange absorbe la valeur d'usage, et la valeur devient avant tout une valeur économique échangeable. En acceptant aux choses de devenir des biens à cause de leur valeur patrimoniale et d'adhérer au commerce juridique, la vision

économique de la valeur peut s'imposer ainsi lentement en droit comme le nouvel élément de rattachement des biens au droit de propriété. Car la valeur ne s'embarrasse pas de la corporéité des choses, et l'adhésion de l'immatériel dans le monde de l'appropriable est alors consacrée. On peut constater que dans la transformation de la société moderne les biens incorporels connaissent une croissance extraordinaire et occupent une place prépondérante dans l'économie mondiale. Comme pour les biens corporels, une valeur économique leur est liée, à tel point que cette valeur constitue l'élément indispensable dans leur reconnaissance comme biens.

On constate alors que le dogme de la matière c'est-à-dire la conception matérialiste des biens est alors abandonné et le nouveau paradigme de la valeur, qui emprunte quelquefois à l'économie le nom de « richesses »,⁴⁹ absorbe ainsi, pour mieux la dépasser, la matière, qui permet aux choses, quelle que soit leur nature matérielle ou immatérielle,⁵⁰ d'être saisie par le droit en tant que biens soumis au droit de propriété.

La valeur économique paraît dès lors s'imposer comme nouveau critère de

⁴⁹ D. GUTMANN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens*, dans *Le droit et l'immatériel*, t. 43, coll. « Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1999, p. 65-77.

⁵⁰ M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilité*, 6e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 646.

relation d'appropriation, qui permet un élargissement du régime de protection de la propriété aux nouvelles entités c'est-à-dire aux nouveaux objets immatériels. Cet élargissement peut interpeler et inquiéter. A ce niveau deux interrogations peuvent transparaître : Est-ce leur valeur économique qui, à elle seule, les rend louables de protection ? Ensuite, la valeur économique ne doit-elle pas s'accompagner d'un besoin de protection, besoin qui peut être satisfait par la mise en œuvre des règles du droit de propriété ? Il apparaît donc que, malgré ces interrogations, que toute richesse économique ou valeur d'échange n'est pas inévitable, même dans son essence, digne de protection. C'est la raison pour laquelle il convient de se montrer attentif et de ne pas négliger que la valeur d'échange seule n'est pas efficace à faire d'une chose un bien appropriable.⁵¹ On constate fort justement que les choses immatérielles ne sont pas toutes aptes à l'appropriation,⁵² or, pour qu'une chose immatérielle puisse être considérée comme un bien, cette chose doit, en plus, d'être utile, avoir une valeur économique.

Au plan philosophique la question contestée peut permettre d'adopter une

conception objective de la valeur qui fait d'elle la chose, objet du droit de propriété.

Devenant aliénable, la chose acquiert une valeur qui la mesure en fonction de l'objet contre lequel la valeur est échangée et qui ne peut être autre que celle de son utilité avant que le marché ne la change en valeur marchande. C'est sa valeur d'usage qui peut créer le besoin de l'échange, lequel à son côté crée celui de la propriété, condition de sa sécurité juridique et par cette progression, du stade de la valeur, la chose passe à celui de bien.

Le problème ontologique, même philosophique, de la notion de bien, particulièrement dans son sens de chose appropriée ou appropriable, dépasse considérablement le cadre de cette analyse. On peut reconnaître de nos jours que la catégorie des biens prend en compte autant les choses corporelles que les droits patrimoniaux. La thèse de la propriété des créances est une consécration de cette doctrine de la propriété des biens incorporels. Or, si le droit de créance constitue un bien, c'est parce que le droit patrimonial a une valeur économique. Son admission dans le commerce juridique comme bien est la conséquence de sa valeur économique, car qu'elle soit une "créance", une « *res incorporalis* » ou un "bien concret", une « *res corporalis* » meuble ou immeuble, elle n'exprime pas moins une valeur qui peut être l'objet d'un

⁵¹ C. KRIEF-SEMITKO, *Op. cit.*, p. 59.

⁵² P. CATALA, *Exposé de synthèse, dans L'évolution contemporaine du droit des biens : 3^{ème} journées René SAVATIER*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, p. 87.

droit d'appartenance parfait pour lequel le respect absolu doit être requis. On peut transcender la dichotomie « *res corporales/res incorporales* » en définissant le bien comme un droit patrimonial,⁵³ quel que soit l'objet matériel ou immatériel sur lequel porte ce droit. Cependant, il convient de rappeler qu'avec la consécration du paradigme de la valeur économique, on peut assister à une flexibilité du régime juridique du droit commun des biens.

2- La flexibilité du régime juridique du droit commun des biens

Le développement constant des biens immatériels, comme leur hétérogénéité, rend difficile leur photographie exhaustive. Bien que des règles spécifiques existent, elles n'ont pas vocation à saisir l'intégralité de ces nouvelles entités c'est-à-dire de ces biens immatériels, en perpétuelle mutation et qui révèlent de multiples visages. Face à cette multitude de biens immatériels, le droit commun des biens devrait jouer une fonction de droit subsidiaire. Mais alors, le régime juridique du droit commun des biens est assez souple pour s'appliquer à ces entités abstraites.

Il convient de noter que la subsidiarité du droit commun des biens a pour conséquence l'apparition d'une mosaïque de règles. Cependant, malgré l'indéniable

développement du champ de l'immatériel, et l'admission de la catégorie des biens incorporels, le législateur ne paraît pas avoir consacré un régime unique des biens incorporels. Disparate, la catégorie des biens immatériels révèle un régime juridique éclaté, le législateur renvoyant certaines de ces entités nouvelles à des règles spéciales situées hors du Code civil. Ainsi, de nombreuses règles législatives, règlementent ces nouveaux biens ayant une forte valeur économique. On constate alors qu'un mélange hétéroclite de dispositions peut s'appliquer à ces biens immatériels. L'adoption de législations spécifiques se mêle de surcroît au droit des contrats, ce dernier qui vise parfois à mettre en difficulté le droit commun des biens qui pourrait s'avérer inadapté aux spécificités de ces activités humaines et industrielles qui ont une valeur économique. Le rôle du droit des contrats en ce qui concerne le contrôle de l'exploitation des utilités économiques de ces nouveaux biens paraît suffisamment important.

En ce qui concerne la catégorie résiduelle, il faut noter qu'envisager l'encadrement de chaque espèce de biens immatériels par une législation idoine paraît autant illusoire qu'inefficace. Illusoire, parce que la sphère des biens immatériels croît sans cesse. Inefficace, car la prévisibilité de même que la cohérence de l'ordre juridique peuvent être menacées par cette multiplication

⁵³ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Op. cit.*, p. 18-19.

continue de règles spécifiques. Par conséquent, peut-on s'appuyer sur le caractère subsidiaire du droit civil, lorsque ni la loi spécifique ni le contrat ne règlent le sort de ces nouvelles entités, de s'en remettre aux règles du droit commun ? En plus, peut-on proposer un régime juridique plus cohérent des biens immatériels ?

Alors que le Code civil reconnaît l'existence des biens incorporels, ses règles continuent à s'intéresser généralement aux biens corporels, surtout immobiliers. Pourtant, en dépit du peu de références directes aux biens incorporels, certaines dispositions du Code civil paraissent être une invitation à admettre le rôle subsidiaire du droit commun⁵⁴. Alors, la vocation de *jus commune* et de droit résiduaire du Code civil permettent de dépasser l'hétérogénéité apparente de ces nouveaux biens, qui revêtent des particularités communes, comme l'absence de *corpus* physique ou leur temporalité. Rien cependant dans le Code civil ne paraît expliquer l'exclusion de ces biens incorporels du régime du droit commun des biens. En effet, on définit le droit de propriété comme un droit qui s'exerce sur *un bien*. La propriété porte dorénavant sur un bien qui est une notion juridique et non plus sur une chose qui est une notion

matérielle. Ainsi, il convient de rappeler que tous les biens sont soit corporels soit incorporels et que le régime qu'on applique aux biens ne distingue pas, sauf dérogation, le sort des biens corporels de ceux des biens incorporels. Il paraît permis de relever que, à défaut de dispositions propres, les règles du droit des biens s'exercent aux biens incorporels car ces biens sont inféodés au droit de propriété. Alors les droits patrimoniaux, de nature réelle ou personnelle, tels les biens immatériels, autant que les biens incorporels, objet d'un droit de propriété, pourraient être soumis *de facto* au régime juridique de droit commun des biens⁵⁵.

Il convient de noter que le régime de la propriété habituellement corporelle peut facilement s'adapter à la présence de nouveaux biens incorporels et surtout aux créances. Il faut noter que les créances s'achètent et sont protégées dans des conditions assez similaires à celles des biens matériels. De la même façon que le régime juridique de la propriété se conforme aux biens meubles ou immeubles qui en constituent l'objet, le régime de la propriété des créances doit épouser les spécificités de cet objet immatériel que constituent les « *biens-droits*⁵⁶ ». Quand bien même qu'il est admis que les valeurs

⁵⁴ H. Patrick GLENN, *La disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit*, (2005) 46 C. de D. 339.

⁵⁵ E. LEVY, *Les fondements du droit*, Paris, 1922. p. 79-95.

⁵⁶ AUBRY et RAU, *Droit civil français*, II, § 162.

mobilières ne sont pas seulement caractérisées par le droit personnel qui est un droit de créance qui permet d'agir contre le débiteur, mais également par le bien-créance qui permet de faire un profit et d'exercer un pouvoir sur la chose, le législateur reste frileux à faire appel à la notion de bien incorporel pour les qualifier. Mieux, en aucun moment, la loi ne qualifie le titulaire ou le propriétaire de valeurs mobilières de propriétaire, la question juridique de la propriété des valeurs est volontairement occultée, même écartée, par le législateur. Ce sillon a pourtant été poursuivi, particulièrement à travers la reconnaissance de l'existence de sûretés qui portent sur des biens incorporels résultant des richesses de l'entreprise, mais également la présentation de l'hypothèque mobilière prise pour un droit préférentiel sur la valeur économique d'un bien meuble. Repoussant alors les frontières de la reconnaissance des « biens-droits », certaines entités immatérielles, provenant de l'activité intellectuelle, peuvent être soumises aux règles d'acquisition de la propriété relatives aux sûretés⁵⁷. Là encore, la pratique est réticente à cette reconnaissance.

Le malaise qu'on peut avoir pour cerner ces nouveaux biens sous l'angle du droit de la propriété ne doit toutefois pas occulter la

force attrayante de la dématérialisation progressive de ces biens à forte valeur économique et la légitimité de soulever la question de leur intégration aux biens incorporels et de leur assujettissement au régime du droit des biens⁵⁸. On peut admettre *a minima* que la propriété de choses incorporelles ne constitue pas une propriété affaiblie par contre une propriété réduite à ce qui peut être considéré comme fondamental à savoir la disposition d'une valeur. Cependant, une lecture combinée de certains articles du Code civil⁵⁹ soulève inévitablement la question du régime juridique applicable à ces objets particuliers sous l'angle du droit de propriété. Or, si le droit de propriété a l'habitude de prendre sous sa coupe soit les biens corporels soit les biens incorporels, les règles du droit des biens qui portent sur l'acquisition de la propriété, ses modalités et ses démembrements de même que son extinction s'appliqueraient aux biens incorporels, droits ou biens immatériels, à défaut de dispositions particulières. Toutefois, on constate que le droit commun des biens a la souplesse nécessaire pour se conformer aux particularités de ces biens sans corps ce qui permet de réexaminer les concepts de base du droit des biens ce qui a

⁵⁷ Th. REVET, *La force de travail*, Paris, 1992, p. 79-95

⁵⁸ A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F. « Droit fondamental », 1989, n°3, 8, 71, 87.

⁵⁹ E. MEYNIAL, *Notes sur la formation du domaine divisé (domaine direct et domaine utile du XIIe au XIVe siècle dans les romanistes*, mélanges. Fitting, p. 409.

pour conséquence l'oscillation des biens immatériels entre disparition et réminiscence de la matière.

II- L'oscillation des biens immatériels entre disparition et réminiscence de la matière

Le paradigme de la valeur comme élément de rattachement des choses et des droits à la catégorie des biens permet d'achever le déroulement de désincarnation ou de désincorporation des objets du droit de propriété (A). Paradoxalement, le régime juridique du droit des biens, qui paraît mieux adapté au monde des choses matérielles, peut conduire parfois à rechercher des traces d'une matérialité perdue (B).

A) La consécration d'une entité immatérielle comme bien incorporel

Une analyse non limitative du recours à l'emploi des termes « biens immatériels » fait apparaître une notion éclatée qui revêt diverses réalités tant économiques que juridiques. Mais cet éclatement de la notion, n'est pas sans susciter d'une part, l'élargissement de la catégorie des biens incorporels (1) et d'autre part, l'unité des biens incorporels (2).

1- L'élargissement de la catégorie des biens incorporels

En admettant une définition extensive du « bien »⁶⁰ qui confond les choses immatérielles aux biens incorporels,⁶¹ on constate que la catégorie des biens immatériels renferme à la fois les droits patrimoniaux et les choses immatérielles, considérées dans le terme de choses qui n'ont pas de substance corporelle.⁶² Ces choses incorporelles, miroir des choses matérielles dans le monde intangible des richesses immatérielles, peuvent s'opposer ainsi aux choses matérielles.⁶³ Il est pris souvent en compte la valeur économique des biens,⁶⁴ et on peut se montrer assez réceptifs à la reconnaissance de ces richesses immatérielles. L'entrée des biens virtuels dans le droit est aussi une illustration de cet accroissement de la catégorie des biens incorporels aux entités abstraites. Relevant sans ambages leur immatérialité,⁶⁵ ces valeurs économiques, qui proviennent de la sphère « *Internet* »,

⁶⁰ M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^{ème} éd. Montréal, Wilson et Lafleur, 1997, p. 646

⁶⁰ P. MARTINEAU, *Les biens*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1979, p. 2.

⁶¹ P.-C. LAFOND, *Op. cit.*, p. 1-2; *Le Dictionnaire de droit privé et lexique bilingue – Les biens* semble privilégier cette conception puisque c'est le premier sens qu'il a retenu pour définir le terme « Bien ».

⁶² P. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^{ème} éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, p. 273.

⁶³ Y. EMERICH, *Op. cit.*, p. 59. Cette conception, qui confond le droit de propriété et son objet, a été depuis réfutée.

⁶⁴ F. FRENETTE, *Chronique de droit des biens*, (1973) 4 R.G.D. 91, p. 94.

⁶⁵ D.-C. LAMONTAGNE, *Op. cit.*, p. 49.

peuvent constituer certainement des objets sans corps, intangibles, qui, sous certaines conditions, peuvent être considérées de biens.⁶⁶ Ainsi, les choses incorporelles relèvent de la catégorie des biens incorporels. Or, on évoque souvent la propriété d'un bien sans différencier l'appropriation des biens matériels et immatériels, les règles du droit des biens devraient s'exercer « *mutatis mutandis* » à tous ces biens, abstraction faite de leur nature matérielle ou immatérielle.⁶⁷ Il semble en effet que la limitation de la propriété et des biens à l'univers corporel est une illusion due à la connaissance pratique de la matière que se propose de gouverner le droit.⁶⁸ Toutefois, le droit de propriété, particulièrement parce que sa conception corporatiste et objective subsiste, peut s'accommoder quelquefois difficilement de cette dématérialisation.⁶⁹ On peut chercher une trace ou une empreinte de la matérialité de ces biens dans le but de simplifier leur appréhension par les règles du droit des biens.

Malgré que le droit civil reste souvent imprégné par la matérialité de la chose ou de bien objet de propriété, il semble de

plus en plus fréquent d'admettre que les biens incorporels constituent des objets possibles de propriété. Il convient de noter que le Code civil n'a pas défini le terme « bien ». Toutefois, ce code confond expressément les concepts de bien et de propriété. Ce lien apparaît dans les définitions doctrinales du terme « bien ». Ainsi est-il toujours autorisé que *les choses deviennent des biens* au sens juridique du terme, non pas quand elles sont utiles à l'homme, mais quand *elles sont appropriées*⁷⁰, ou du moins capable d'appropriation⁷¹. L'appropriation constitue alors le critère qui offre à la chose sa qualité de bien⁷². Si certains biens pourraient être affectés en droit civil, cette affectation ne fait que bloquer provisoirement la possibilité d'appropriation⁷³. Habituellement, en droit civil, les biens ont été enfermés dans des choses matérielles ou corporelles. L'article 544 du Code civil voit dans la chose qui est assimilée au bien corporel l'objet de la propriété. Ainsi, on peut considérer que la propriété porte seulement

⁶⁶ P-G JOBIN, N. VEZINA, *Les obligations*, *Op. cit.*, p. 321.

⁶⁷ A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, coll. Droit fondamental - Droit civil, Paris, P.U.F., 1989, n° 84, p. 100.

⁶⁸ A. BEN ADIBA, La clientèle, cet obscur objet d'appropriation; regards croisés France /Québec », (2012) 114 R. du N., 379; P.-C. LAFOND, *Op. cit.*, p. 33-34.

⁶⁹ P. MARTINEAU, *Les biens*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1979, p. 2.

⁷⁰ M. PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3 « Les biens », Paris, L.G.D.J., 1926, p. 237

⁷¹ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 13.

⁷² J-L. BERGEL, *Le droit des biens*, 3^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 3 ; Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3, « Les biens », 19^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 83

⁷³ Y. EMERICH, *La fiducie civiliste : modalité de la propriété ou intermède à la propriété ?*, (2013) 58 R.D. McGill 827.

sur un objet matériel⁷⁴. Néanmoins, le Code civil n'ignore pas les biens incorporels⁷⁵ et, par extension, les biens ne supposent pas obligatoirement le support matériel d'une chose corporelle⁷⁶ ce qui nous permet d'admettre que certains biens sont incorporels⁷⁷.

La reconnaissance de l'existence de biens incorporels n'entraîne cependant pas par principe l'admission d'une propriété à objet immatériel, et les biens incorporels ne constituent pas des choses. En effet, c'est un concept bicéphale du bien qui est généralement retenue en doctrine⁷⁸ ainsi comme objet de la propriété, le bien est absolument une chose ou un bien corporel. Cependant, tout bien n'est pas par voie de conséquence corporel ou objet de propriété. Dans ce cas, le bien peut différer au droit autre que la propriété. Conformément à cette perspective, le bien est sauf l'objet de la propriété qu'un élément patrimonial⁷⁹. En d'autres termes, si les biens sont parfois examinés comme des objets de droit nécessairement matériels, ils sont aussi considérés comme

les droits qui portent sur les choses. Ils désignent donc soit les choses, objets matériels qui offrent de support aux droits, soit les droits qui reposent sur elles.

Si le rapport entre le bien et la chose n'apparaît pas cependant clair en droit civil, celui entre les biens et les droits s'avère aussi complexe. On peut considérer même qu'en réalité le bien logiquement est le droit patrimonial⁸⁰. Une assimilation absolue entre les deux concepts est cependant problématique. En effet, la propriété ne constitue pas un bien corporel, mais le droit qui permet aux choses, corporelles ou incorporelles, de devenir des biens⁸¹. Au contraire, les droits différents de la propriété sont des biens. Alors, si les droits peuvent être considérés comme des biens, tous les droits ne constituent pas des biens.

En ce qui concerne les biens sans existence corporelle, ils ne peuvent exister qu'en raison d'une reconnaissance par le droit. Cela peut justifier peut-être que leur régime juridique soit susceptible de beaucoup de modifications. Il n'est pas impossible toutefois d'appliquer le régime juridique des biens corporels aux biens incorporels. S'il existe plusieurs caractéristiques appropriées aux biens incorporels, les principes généraux du

⁷⁴ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2013, p. 119.

⁷⁵ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Op. cit.*, p. 1.

⁷⁶ *Ibidem.*, p. 2.

⁷⁷ S. NORMAND, *Les nouveaux biens : rapport canadien*, dans ASSOCIATION H. CAPITANT, *La propriété*, Paris, Société de législation comparée, 2003, p. 235.

⁷⁸ Y. EMERICH, « Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexions autour de la propriété des créances », (2005) 46 C. de D. 905.

⁷⁹ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 400.

⁸⁰ Ch. CARON et H. LECUYER, *Le droit des biens*, Paris, Dalloz, 2002, p. 12.

⁸¹ P. MARTINEAU, *Les biens*, 5^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1979, p. 3.

régime des biens peuvent être appliqué aux biens incorporels⁸². On peut constater que l'élargissement de la catégorie des biens incorporels ne cherche ni l'exclusivité, ni la généralité mais l'unité des biens incorporels.

2- L'unité des biens incorporels

Les biens, tant corporels qu'incorporels, se répartissent en « immeubles et en meubles ». Il convient de rappeler que cette conception naturaliste a depuis lors présenté cette distinction comme justifiant l'exclusion de ces nouvelles entités de la sphère du droit de propriété. Alors, la question du rattachement de ces biens immatériels à la catégorie des biens incorporels se pose. Ainsi, pourront-ils faire partie de la catégorie des biens incorporels consacrée par le Code civil ? Ou sont-ils de nouvelles catégories de biens soumis à des législations spécifiques ? Admettre un raisonnement par néologie, qui pourrait faire de ces biens immatériels un nouveau concept non encore saisi par les catégories bivalentes du droit civil, peut paraître à la fois difficile et inutile⁸³. Difficile, car cette nouvelle catégorie accepterait des biens dont la diversité et l'hétérogénéité pousseraient à un éclatement de leurs régimes juridiques, ce

qui peut paraître dangereux pour la sécurité juridique et la cohérence du système civiliste⁸⁴. Inutile, puisqu'un raisonnement par analogie permettrait d'appliquer *mutatis mutandis*⁸⁵ les règles du droit des biens à ces objets immatériels. Le rôle de l'incorporel dans le droit civil, qui admet la distinction des biens corporels et incorporels, de même que la substitution du « bien » à la « chose », pourront-elles permettre aux biens immatériels de faire leur admission dans la catégorie des biens incorporels ? Il convient de rappeler que les choses incorporelles constituent celles que l'on ne peut toucher, comme celles qui se résument en des droits. Le recours à la conjonction de subordination « comme » paraît autoriser à conclure le caractère exemplatif des droits. Si la catégorie des « *res incorporales* » comporte les droits patrimoniaux à savoir les droits personnels et les droits réels, elle ne s'y borne pas. Deux raisons peuvent favoriser cette vision large. La première est relative au fait que le droit de propriété, en tant que rapport entre un sujet et un objet de droit, pourrait embrasser tant les choses corporelles qu'incorporelles. Le droit de propriété

⁸² Y. EMERICH, *Op. cit.*, p. 28, 29 et 36.

⁸³ M. VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume D'Occam*, Arch. phil. droit 1964.97.

⁸⁴ J.-L. GARDIES, *La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant*, Arch. phil. Droit 1979.139.

⁸⁵ H. P. GLENN, *Les dispositions préliminaires du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit*, (2005) 46 C. de D. 339, p. 21.

n'est pas une « *res corporalis* » non plus qu'une « *res incorporalis* ». ⁸⁶

Il convient de relever qu'en ce qui concerne la relation entre un sujet et un objet, que le droit de propriété ne pourrait être l'objet du droit de propriété. ⁸⁷ Si la valeur économique à savoir les valeurs d'usage et d'échange peut permettre aux choses de devenir des biens, objets d'un droit de propriété, il importe peu que cet objet puisse être corporel ou incorporel. Un autre argument dans cette direction peut être mis de l'avant. La catégorie des biens incorporels est une catégorie résiduaire, elle a vocation d'admettre tous les biens qui ne sont pas mis dans celle des biens corporels. Donc, les créations intellectuelles et humaines, vivier considérable et en perpétuelle mutation de l'économie marchande, peuvent constituer la majeure partie des richesses immatérielles des personnes privées physiques ou morales. C'est alors de façon nécessaire à la catégorie des biens incorporels que les nouveaux biens sans corps relèvent. En conséquence, la capacité expansionniste du critère de la valeur, renforcée par la vocation résiduaire de la catégorie des biens incorporels, pourraient

accepter plusieurs objets intangibles, de devenir des biens soumis à la relation d'appropriation, ⁸⁸ circulant c'est-à-dire qui est cessible et transférable et qui peut bénéficier d'un régime de protection.

Eu égard à ce qui précède, deux constats s'imposent, d'une part, on constate que la doctrine est déroutée par ces progrès. Son « *corporalisme* » persistant le pousse à rechercher une introuvable matière là-où il n'est question que de valeur. Ainsi, l'incapacité de la loi à admettre l'appropriation de l'immatériel peut lui imposer une représentation métonymique de l'objet du droit et lui permet d'oublier que le bien en question est un droit incorporel. D'autre part, on constate que la loi est désemparée en ce qui concerne la question du statut de la valeur. Est-il possible d'admettre une propriété comme de la valeur ? La valeur est-elle un bien ⁸⁹ ? C'est peut-être un « *corporalisme* » plus fallacieux et inconscient qui la pousse à penser que la valeur puisse être une entité différente de la chose. On ne parvient pas à admettre que c'est au niveau de la chose même que gît la valeur et c'est pourquoi la chose en perd sa substance physique. Mais

⁸⁶ Th. REVET, *Rapport français. Les nouveaux biens*, dans *La propriété*, Travaux de l'Association Capitant, Journées vietnamiennes, t. LIII, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 271-272.

⁸⁷ M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN précisent que « le mot bien désigne une chose matérielle procurant une utilité [...] », *Op. cit.*, p. 143.

⁸⁸ C. KRIEF-SEMITKO, *Op. cit.*, p. 51, n° 69; Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, coll. « *Quadrige* », Paris, PUF, 2004, p. 386.

⁸⁹ Ch. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, thèse Clermont-Ferrand, 1997, préface J. STOUFFLET, Dans un ordre d'idée voisin, en ce sens que, par sa « *scripturalisation* », la monnaie disparaît mais sa valeur perdure, v. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, L.G.D.J., 1992, préface J. Mayer.

il est important de noter que la valeur peut permettre à la force de travail à avoir à la fois une valeur d'usage et une valeur d'échange car elle permet d'avoir un nouveau bien ou de se faire rembourser la valeur du bien perdu ce qui peut justifier la recherche d'une matérialité perdue.

B) La recherche d'une matérialité perdue

Il faut noter que le dogme de la matière s'effondre, et laisse peu à peu apparaître un nouveau paradigme, celui de la valeur dévoilant une conception économique du bien qui interpelle. Toutefois, cette transformation ne peut pas ignorer certains défis relatifs au problème du droit des biens à méconnaître la corporéité des choses. Alors la tentation est grande de retrouver dans ces nouveaux biens à travers une incorporalité ou immatérialité omniprésente (1) et une recherche d'un fondement matériel (2), une trace de la matérialité perdue.

1- Une incorporalité omniprésente

Alors que l'immatérialité en droit des biens ne soit pas nouvelle,⁹⁰ la modernité a toutefois activé ce processus en réalisant une dématérialisation et une désincarnation de la matière. La première manifestation est due à la dématérialisation des fortunes impulsée spécifiquement par une

dématérialisation de la monnaie, de valeurs mobilières et actifs financiers,⁹¹ et par l'omniprésence du patrimoine considéré comme une universalité de droits patrimoniaux.⁹²

La manifestation est la conséquence d'une production abondante de biens nouveaux, provenant des activités humaines et industrielles.⁹³ Or, certains biens immatériels ont déjà fait l'objet d'importants débats dans la doctrine.⁹⁴ C'est aussi un nombre croissant d'actifs des entreprises⁹⁵ qui, en raison de leur importante valeur économique, constituent une assise considérable du crédit de même que du droit de gage général des créanciers. L'ouverture de la patrimonialisation des droits de la personnalité qui était perçus comme des biens immatériels à cause de leur valeur économique⁹⁶ et la poussée impressionnante d'*Internet* surtout ont plus récemment contribué à ce mouvement, les virtualités générant aussi une économie marchande considérable.

Le triple phénomène à savoir la dématérialisation, la désincarnation, la « *virtualisation* » peut se heurter aux règles

⁹⁰ P. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7ème éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, p. 273.

⁹¹ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété: contribution à la théorie du droit subjectif*, *Op.cit.*, p. 34.

⁹² P-G. JOBIN, N. VEZINA, *Les obligations*, *Op. cit.*, p. 43.

⁹³D - C. LAMONTAGNE, *Op. cit.*, p. 49.

⁹⁴ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Op. cit.*, p. 99.

⁹⁵A. COSSETTE, *Essai sur le droit de pêche sur les cours d'eau non navigables*, (1997), R. du N. 3, p. 39.

⁹⁶ F. ZENATI, *Op. cit.*, p.53.

du droit des biens, plus adaptées à la corporéité des choses. En conséquence, l'obsession d'imprimer une marque matérielle à ces biens peut être grande, que cette empreinte se fasse par une prescription du législateur, une intégration du bien au titre ou une représentation intellectuelle. Parfois, on n'hésite pas à qualifier l'énergie et les ondes, de choses immatérielles, non appréciables par les sens, de biens corporels. Cette présomption irréfragable de corporéité justifie l'embarras que l'on peut avoir face à l'immatérialité de ces choses. L'image du portefeuille de valeurs mobilières, qui permet de mieux saisir l'idée de cette universalité de créances, peut contribuer à ce mouvement. Le même constat peut être fait pour le titre, qui représente les actifs financiers, y compris quand ils sont dématérialisés. Jadis cachée sous le couvert de la « *titularité* », la propriété des créances ne pourrait pas avoir une nature différente de celle de la propriété de choses corporelles. Bien que cette manifestation ne prenne pas en considération le fait que le titulaire des créances est supérieur à la propriété du titre, porteur de la créance, la perception intellectuelle de l'objet de propriété sur le titre arrange la reconnaissance de la propriété des créances. Le fondement même est que le bien peut être certes confondu afin d'intégrer les actifs considérés dans des

titres aux biens corporels par l'intégration du droit patrimonial dans le titre. Ainsi, on peut constater que les dispositions relatives au transfert des valeurs mobilières ont repris avec une composante matérielle de la chose.⁹⁷ La conservation de la tradition comme mode de transfert de valeur mobilière désigné par un titre permet certainement à prouver que la thèse de l'intégration du droit dans le titre n'a pas complètement disparu, même si elle est critiquée par certains auteurs.⁹⁸ De plus, les mots « *remise* » et « *détention* » en ce qui concerne le gage des valeurs mobilières confirment la persistance de la thèse de l'incorporation. Cette re-matérialisation catégorielle des biens, par une référence à une empreinte corporelle, pourrait permettre de projeter plus aisément des règles du droit des biens sur ces entités nouvelles ou biens immatériels tout en recherchant un fondement matériel.

2- La recherche d'un fondement matériel

Il faut noter que la jurisprudence entretient aussi cette tendance, car les juges n'hésitant pas à se servir de la notion de fondement matériel pour appréhender certains biens immatériels.⁹⁹ Ainsi, deux

⁹⁷ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, t. 489, Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 202.

⁹⁸ W. DROSS, *Droit civil - Les choses*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 789 – 790.

⁹⁹ D. GUTMANN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, dans Le droit et l'immatériel*, t. 43, coll. « Archives de philosophie du droit », Paris, Sirey, 1999, p. 65-77.

illustrations issues du droit des biens, à savoir une quote-part de la copropriété indivise et une fraction de la copropriété divise, montrent cette recherche d'un fondement matériel de ces objets immatériels. Quoique la nature juridique de quote-part indivise ne fait pas l'objet d'une qualification doctrinale unanime,¹⁰⁰ assez importante, on peut s'accorder pour donner une définition de quote-part, elle n'est que « l'expression arithmétique des biens indivis qui appartiennent aux copropriétaires ».¹⁰¹ Elle est le reflet intellectuel de la valeur économique du droit de propriété de l'indivisaire au niveau du bien commun, valeur qui peut lui revenir lors du partage.¹⁰² La quote-part est un simple espoir, une projection abstraite¹⁰³ d'un objet matériellement restreint par une future opération de partage. Or, la quote-part indivise ne peut être ni un droit, ni un objet, mais plutôt une « mesure des intérêts » des indivisaires dans le bien.¹⁰⁴ Elle peut par contre, constituer un droit patrimonial, une créance, objet d'un droit de propriété autonome.¹⁰⁵ La valeur économique

indéniable de la quote-part peut pousser à reconnaître qu'elle peut être l'objet indépendant d'un droit de propriété absolu de l'indivisaire.¹⁰⁶ On constate également que, d'un droit à disposer pour sa part, qu'on peut passer à un droit à disposer de sa part. Une quote-part constitue un bien incorporel, indépendant du droit de propriété que chaque indivisaire applique sur le bien indivis. Certes, la quote-part ne peut être confondue au bien commun sur lequel s'applique le droit indivis, car, avant l'opération du partage, il n'est pas possible de prévoir le lot qui pourra de façon matérielle être soumis au droit de propriété absolu de l'indivisaire. Or, les biens sont corporels ou incorporels, la quote-part, qui ne constitue pas un bien corporel, appartient par conséquent à la catégorie résiduaire des biens incorporels. On peut adhérer à cette idée que la quote-part indivise peut constituer un bien différent de la chose corporelle sur laquelle s'appliquent les droits de propriété concurrents des indivisaires, cependant, on peut croire aussi que la quote-part constitue un bien immatériel qui ne peut pas se résumer exclusivement à un droit patrimonial. Cette analyse originale dérive surtout de l'observation du fonctionnement de l'indivision. L'organisation dans la durée des indivisions peut renforcer la

¹⁰⁰ D.C. LAMONTAGNE, *Op. cit.*, p. 135.

¹⁰¹ P.-C. LAFOND, *Le Dictionnaire de droit privé et lexicque bilingue*, *Op. cit.*, p. 1-2.

¹⁰² A-M PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, coll. Droit fondamental - Droit civil, Paris, P.U.F., 1989, n° 84, p. 93.

¹⁰³ C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français. Essai sur les biens, la propriété et la possession*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 8.

¹⁰⁴ J. CARBONNIER, *Op. cit.*, p. 79 et 83.

¹⁰⁵ C. KRIEF-SEMITKO, *Op. cit.*, p. 51.

¹⁰⁶ A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF. « Droit fondamental », 1989, n°3, 8, 71, 87.

liaison déjà difficile que la quote-part maintient avec sa représentation matérielle. Celle-ci ne pourra plus être rattachée à la future opération du partage, seulement au droit de jouissance absolue des indivisaires sur le bien. En effet, l'indivision est souvent utilisée en raison du délai qui empêche la mutation des copropriétés indivises en copropriété divise. L'indivisaire acquiert donc simultanément un droit indivis sur le bien commun de même qu'une quote-part absolue. Afin de limiter matériellement l'espace d'habitation qu'il peut occuper, le droit de propriété de l'indivisaire sur un bien commun peut s'accompagner d'un droit de jouissance absolue délimité spatialement. Ainsi, l'assimilation du bien indivis et de la quote-part peut être aggravée par une assimilation de la quote-part à l'assiette physique, tangible du bien, limitée, aussi plus par la représentation de l'opération du partage, seulement par le droit de jouissance absolue.¹⁰⁷ Or, la jouissance absolue, pas plus que la quote-part, n'a pour conséquence d'accorder un quelconque droit de propriété absolu sur une portion marquée du bien indivis avant le partage. La quote-part ne peut alors être assimilée avec le fondement matériel projeté. Cet objet particulier, qui a une grande valeur économique, peut

comprendre plusieurs composantes.¹⁰⁸ Sorte d'universalité de fait, la quote-part constitue un bien immatériel, dont le support, stabilisé par l'assiette marquée par le droit de jouissance absolue, permettrait une représentation tangible. On pense que la fraction de la copropriété divise incarne cette même manifestation. Il faut noter que la fraction peut constituer, une entité différente et peut faire l'objet d'une cession totale ou partielle. Bien qu'aucune définition n'en soit donnée,¹⁰⁹ la fraction peut comporter un droit de propriété sur une partie privative, le droit de propriété indivis sur une quote-part de la copropriété rattachée à la fraction, de même que le droit d'usage absolu de la copropriété à usage limité. On peut noter également que la fraction est, un bien immatériel, matérialisé par la limitation de la surface de la partie privative et des parties communes. Ces biens immatériels, peuvent s'appuyer sur la projection d'une représentation matérielle, limitée par l'assiette de l'exercice de leur droit, montrent cette recherche d'une matérialisation du bien incorporel.

CONCLUSION

Malgré le développement du modèle économique libéral, qui enveloppe les

¹⁰⁷ R. LIBCHABER, *Encyclopédie juridique* Dalloz : Répertoire de droit civil, « Biens » 2009, p. 3.

¹⁰⁸ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *Op. cit.*, p. 285.

¹⁰⁹ J. LAURENT, *La propriété des droits*, t. 537, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 2012, p. 203.

richesses du voile de la propriété, la réflexion sur la notion de bien à l'aune des biens immatériels est encore peu présente. Cependant, l'accroissement des biens immatériels bouscule la vision traditionnelle d'une propriété qui s'essouffle. Si le renouveau de la notion du bien est en cours, tant à travers la reconnaissance du bien-droit que du paradigme de la valeur, les nouvelles relations de l'homme au monde marchand, régies par la valeur économique des choses à savoir rareté et circulation conduiront peut-être la propriété à modifier de visage.

Le paradigme dogmatique dominant, qui repose, sur la réservation continue des biens dans les mains d'un seul propriétaire concentrant toutes les utilités du bien, et sur la prise en compte des richesses acquises par opposition aux richesses créées, ne paraît plus répondre aux enjeux actuels. Les frontières de l'exclusivité et de la perpétuité de la propriété individuelle sont malmenées par de nouveaux besoins, tels le libre accès ou la temporalité de certaines utilités. Ainsi, ces nouveaux biens incorporels, qui sont de nos jours parmi les plus productifs¹¹⁰, provoquent des débats et des craintes. La saisie de ces nouvelles richesses par le droit des biens pourrait constituer un tremplin pour une

réflexion critique, à la fois politique et sociale, de la notion de bien qui prend en compte l'évolution de la société. Puisque à la valeur économique des biens s'ajoutent des valeurs sociales à savoir la force de travail, l'intérêt collectif, les valeurs culturelles, la préservation des traditions, le partage des connaissances ou environnementales (eau, quotas) qui excèdent les réflexions sur l'immatériel. On peut déjà proposer de placer hors du domaine de l'appropriation, privative comme publique, certains biens fondamentaux aux besoins de l'individu.¹¹¹ Néanmoins, leur valeur économique les pousse irrémédiablement dans le domaine du commerce juridique et de l'appropriation privative. Ainsi, si l'immatériel a ouvert grandement ses portes au droit des biens, tout se fait un peu comme si, de l'autre côté leur immatérialité, doit laisser une marque de leur matérialité grâce à un fondement matériel ou un artéfact. Cette réminiscence d'une matérialité perdue ou projetée peut permettre de mieux saisir l'application du droit de propriété sur ces entités immatérielles. Dès lors, face à ces nouveaux enjeux,¹¹² il devient pressant de reconsidérer le modèle de propriété au-delà

¹¹⁰ G. ROMÉYER-DHERBEY, *Chose, cause et œuvre chez Aristote*, dans *Les biens et les choses*, t. 24, Paris, Archives de philosophie du droit, 1979, p. 127, à la p. 136.

¹¹¹ F. ZENATI-CASTAING relève que : « C'est dans la chose même que gît la valeur et la chose en perd sa substance physique » : F. ZENATI-CASTAING, *Op. cit.*, p. 95.

¹¹² P. SIMLER, *Les biens*, 3^{ème} éd., Grenoble, PUG, 2006, p.69.

du principe de la propriété individuelle et absolue et de découvrir d'autres paradigmes de gestion des biens matériels et immatériels.

Les mythes ont la vie dure et la constance de celui de la matérialité des biens repousse des vraies questions philosophiques. La prise en compte des facteurs économiques de la dématérialisation des biens une fois faite, il reste à s'interroger pourquoi, dès son aube, le droit est déjà complice de l'immatériel, pourquoi la dématérialisation débute avec le droit.

La prémonition de certains auteurs¹¹³ annonçant que la valeur deviendra un jour elle-même un bien est déjà, en partie, réalisée¹¹⁴. À des degrés incertains, elle est acquise, possédée, transmise pour elle-même. Ce phénomène, peut avoir des incidences sur la manière dont le droit enregistre l'institution du règne de la valeur.

Le régime de droit commun des biens, *a priori* conçu pour les choses corporelles, recèle de potentiels pour s'adapter à la spécificité des biens incorporels¹¹⁵.

Comment adapter les modes de raisonnement pour appréhender les processus d'appropriation, de transmission, d'extinction de ces choses privées de *corpus* physique ? Quelques illustrations appliquées aux acquisitions dérivées, aux acquisitions originaires de même qu'aux droits réels accessoires qui ont permis de montrer que, la nature spécifique de ces biens, loin d'être une barrière à l'application du droit commun des biens, en révèle sa richesse. Pour autant, ses exemples ne visent ni à l'exhaustivité ni à la généralité. Alors, l'émergence d'un pluralisme propriétaire, qui marque, selon certains, le virage postmoderniste de la propriété¹¹⁶ est peut-être déjà à l'œuvre.

¹¹³ R. SAVATIER, *Les métamorphoses du droit privé*, III, n° 494 et s.

¹¹⁴ La chose qui en constitue le support n'intéresse pas son propriétaire en elle-même mais pour le gain qu'elle peut lui procurer. S'ensuit une aliénation au sens philosophique, non pas tant de la personne que de la chose : la chose n'est plus elle-même, elle s'identifie à sa représentation abstraite.

¹¹⁵ R. SAVATIER, *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*, Rev. trim. dr. civ., 1958.1 ; *Essai d'une nouvelle présentation des biens incorporels*, *ibid.*, pp.

331 et s. ; A. PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel, essai d'approche de la notion de bien*, in Aspects du droit privé en fin du XXe siècle (ét. de Juglart), p. 55.

¹¹⁶ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, dans Maurice PICARD, *Les Biens*, 2^{ème} éd., t. 3, Paris, LGDJ, 1952, p. 51.

L'UNANIMITE DE L'ACCORD DE CONCILIATION EN DROIT OHADA : UNE LOGIQUE JURIDIQUE IRREALISTE ?

Moussa Fanta KOUROUMA

Docteur en droit privé

Introduction

Le droit communautaire OHADA¹ connaît, depuis sa création, une réelle évolution. De nouveaux actes uniformes sont adoptés.² Les anciens sont adaptés³ et d'autres sont en vue.⁴ La dynamique exprimée procède de la volonté des chefs d'Etat et de gouvernement de créer et préserver la sécurité juridique et judiciaire des relations d'affaires.⁵ En effet, les pays africains avaient adopté des textes calqués sur le modèle des puissances colonisatrices au lendemain des indépendances⁶ ; des textes qui n'ont pas connu de réformes adaptées, favorisant ainsi l'insécurité juridique et judiciaire et rendant difficile l'appréhension du droit applicable. Toute chose susceptible de

provoquer la stagnation de l'économie nationale qui repose essentiellement sur le secteur privé.⁷ Parmi les actes adoptés dans la foulée de la création de l'organisation, figure celui relatif aux procédures collectives d'apurement du passif d'un débiteur. Il a connu une large réforme le 10 septembre 2015 : la procédure de conciliation a notamment été instituée, le règlement préventif, créé par le texte de 1998, simplifié et sécurisé et le champ d'application des procédures collectives étendu.⁸

La dialectique de la réflexion sur la finalité du droit des entreprises en difficulté - appellation que nous préférons à celle du droit des procédures collectives adoptée en droit Ohada⁹ - porte, dans un

¹ L'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

² La procédure de conciliation créée en 2015 : pour tout savoir sur cette nouvelle procédure : C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018 ; La médiation créée en 2017.

³ Il s'agit entre autres, de l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif, de celui relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, du règlement préventif, de l'acte uniforme portant organisation des sûretés.

⁴ C'est le cas de l'acte uniforme relatif au droit du travail : pour en savoir plus : C. M. J. De DRAVO-ZINZINDOHOUE, *La mise en place d'un droit uniforme du travail dans le cadre de l'OHADA*, éd., A.R.N.T, 2009 ; du droit général des obligations : pour plus d'information : C. GRIMALDI, « Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA », *Village de la justice*, 22 mars 2016.

⁵ Selon l'art. 1^{er} du traité du 17 oct. 1993, repris dans le traité révisé de 2008.

⁶ H. MIKPONHOUE, *L'ordre juridique communautaire OHADA et les enjeux d'intégration du droit des Affaires*, thèse de doctorat, Université de Perpignan, 2016, p. 10.

⁷ A. YAYA SARR, *L'intégration juridique dans l'Union Économique et Monétaire Ouest-africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, thèse de doctorat, Université d'Aix-Marseille III, 2008, p. 26.

⁸ Art. 1-1 du nouvel acte uniforme : « *Le présent Acte uniforme est applicable à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, à toute personne morale de droit privé ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé* ».

⁹ En effet, l'intitulé « Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif » est trompeur en ce sens qu'il faut opposer une procédure amiable (contractuelle, préventive et sans cessation des paiements) à une procédure collective (judiciaire, curative et avec cessation des paiements). Or, cet acte uniforme dit des procédures collectives ne comporte pas que des procédures collectives, c'est le cas notamment de la procédure de conciliation. C'est pourquoi nous pensons que l'appellation « droit des entreprises en difficulté » regroupe à la

sens, sur le paiement des créanciers et, dans l'autre, sur la nécessité de sauvegarder l'entreprise. Ces deux objectifs ne sont pas en principe contradictoires, mais ils peuvent l'être selon le déséquilibre entre le poids du passif du débiteur et l'importance de son actif ; ils ont toutefois des fondements distincts. Le paiement des créanciers se fonde sur le principe de l'expression de la volonté qui pose l'obligation d'assumer ses engagements contractuels¹⁰, alors que l'impératif de redressement des entreprises tient à la considération de l'intérêt général¹¹. Quelle approche - contractuelle¹² ou institutionnelle¹³ - du traitement des difficultés des entreprises faut-il adopter ? Le législateur OHADA a opté pour une approche médiane qui concilie le paiement des créanciers et le redressement du débiteur. Cette option est à saluer, d'autant que les créanciers de plus en plus sont appelés à l'effort de redressement de leur débiteur.

fois les procédures amiables et les procédures collectives.

¹⁰ R. SAVATIER, « Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles. Rapport de synthèse présenté aux journées 1964 de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », *RIDC*, oct.-nov. 1964, vol. 16, n°4, p. 715 - 724, spéc. p. 717.

¹¹ M. GRAZIANI, « Les créanciers et la pérennité de l'entreprise », *CREG*, 15 déc. 2016, p. 1.

¹² Pour en savoir plus : S. T. STEVE KARFO, *Paiement des créanciers, Sauvetage des entreprises : Étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises*, thèse de doctorat, Université de Toulouse 1 - Capitole, 2014, p. 9 à 13.

¹³ *ibid*, p.13 à 19.

La création de la procédure de conciliation est ainsi la réponse à la nécessité de contractualiser la sauvegarde de l'entreprise par le biais de la négociation entre le chef d'entreprise et ses créanciers. La finalité recherchée est la signature d'un accord de conciliation, afin de résoudre rapidement les difficultés avérées ou prévisibles du débiteur qui ne doit pas être en cessation des paiements.¹⁴ Une bonne idée ! seulement voilà ! Cet accord de conciliation, puisqu'il s'agit d'un contrat, requiert l'adhésion de tous les créanciers, invités autour de la table, au projet d'accord préparé par le débiteur avec l'aide du conciliateur. La règle est posée : l'accord de conciliation doit être non seulement consensuel¹⁵ pour ne pas clairement dire unanime. En effet, dans la pratique, ce sont les créanciers les plus importants, notamment les créanciers financiers (les établissements de crédit), les créanciers fournisseurs, les créanciers privilégiés (dettes fiscales, sociales, etc.), les créanciers obligataires, ainsi que quelques créanciers chirographaires qui sont approchés. Les petites créances sont généralement toutes réglées. Le patrimoine du débiteur constituant le commun des créanciers, il revient à dire que tous les principaux créanciers doivent adhérer au projet du débiteur et signer

¹⁴ Art. 5-1, AUPC.

¹⁵ Art. 2, AUPC.

l'accord, faute de quoi le créancier réfractaire peut utiliser le droit commun pour exécuter le débiteur, ce qui aura pour conséquence d'aggraver le passif, voire provoquer la cessation des paiements. Or, c'est justement cet état que la procédure de conciliation vise à éviter, puisqu'il mène à une procédure collective¹⁶ (judiciaire). Faut-il rappeler ici que l'interdiction des poursuites individuelles dans la procédure de conciliation ne s'applique qu'aux créanciers appelés à la négociation tel qu'il résulte des dispositions de l'article 5-7.¹⁷

L'unanimité peut être définie comme une convergence d'opinions ou d'intentions entre tous les membres d'un groupe. Dans le cadre de la procédure de conciliation, elle traduit l'adhésion de

tous les créanciers au projet de restructuration proposé par le chef d'entreprise. La règle de l'unanimité relève de l'ordre public qui tient à la liberté contractuelle, un principe fondamental du droit civil selon lequel toute personne est libre de contracter ou de ne pas contracter. Elle présente un avantage incontestable en droit de copropriété pour « *la sauvegarde des droits primordiaux des copropriétaires* ». ¹⁸

L'unanimité devant caractériser l'accord de conciliation est-elle favorable au redressement du débiteur en difficulté ?

Il conviendrait d'aborder l'opportunité du principe de l'unanimité de l'accord de conciliation à l'aune de la prévention des difficultés du débiteur en premier lieu (I), avant d'évoquer quelques alternatives qui s'offrent au législateur OHADA (II).

I-L'opportunité du principe de l'unanimité de l'accord de conciliation à l'aune de la prévention des difficultés

En droit OHADA des entreprises en difficulté, la conciliation est définie comme une procédure amiable, préventive et confidentielle de traitement

¹⁶ Faut-il préciser que la conciliation n'est pas une procédure collective, c'est-à-dire judiciaire, mais amiable, contractuelle et préventive. En effet, toute procédure collective est forcément curative et judiciaire.

¹⁷ « Si le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier appelé à la conciliation pendant la période de recherche de l'accord, telle que définie à l'article 5-3 ci-dessus, le président du tribunal peut, à la demande du débiteur, et après avis du conciliateur, reporter le paiement des sommes dues et ordonner la suspension des poursuites engagées par un créancier. Ces mesures prennent fin de plein droit lorsque la conciliation prend fin et, en tout état de cause, à l'expiration du délai prévu à l'article 5-3, alinéa 1er, ci-dessus. L'ordonnance du président du tribunal prononçant ces mesures est déposée au greffe et ne fait l'objet d'aucune publicité. Elle est communiquée au créancier concerné, sans délai, et elle rappelle l'obligation de confidentialité à laquelle celui-ci est tenu ».

¹⁸ J. P. MANTELET, « Droit et pratique de la copropriété des immeubles », en ligne www.jpmm-copro.com, p. 1.

des difficultés d'un débiteur.¹⁹ Elle est ouverte « à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, à toute personne morale de droit privé ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé ». ²⁰ Ce nouvel outil de traitement amiable des difficultés « a pour objectif de trouver un accord amiable avec les principaux créanciers et cocontractants du débiteur, en vue de mettre fin à ses difficultés ». Il s'agit d'un cadre de négociation, de sorte que l'accord qui en découle est un contrat. Le projet de restructuration du débiteur doit ainsi bénéficier de l'adhésion sinon de tous les créanciers, à tout le moins des principaux créanciers qui sont sollicités pour l'obtention des remises de dettes, abandons de créances ou des délais de paiement. Dans une telle configuration, les créanciers sont en position de force par rapport au chef d'entreprise. Théoriquement, les créanciers sont égaux entre eux, les biens du débiteur constituant leur gage commun. Toutefois, une cause de préférence peut légalement porter atteinte à cette égalité.²¹

Le caractère contractuel de l'accord de conciliation confère un droit veto à

chaque créancier. D'où l'interrogation sur l'opportunité de la règle de l'unanimité dans cette procédure. Pour mieux comprendre, il conviendrait de rappeler tout d'abord les fondements juridiques qui sous-tendent le principe de l'unanimité (A), avant d'évoquer ses avantages et écueils (B).

A) Un fondement légal et logique

L'accord de conciliation est un contrat qui oblige les parties selon les engagements pris.²² Le créancier tire ainsi, de son rapport avec le débiteur, des droits personnels ou des droits de créance.²³ Le protocole d'accord signé est donc la résultante de l'engagement de tous créanciers et cocontractants ayant participé aux négociations. Le tribunal n'intervient que pour l'homologation ou l'exéquatur de cet accord.²⁴ Logiquement, le caractère contractuel de la procédure de conciliation devrait s'opposer à toute intervention judiciaire, mais il faudrait comprendre ici que l'intervention du tribunal vise uniquement à renforcer et à sécuriser la force juridique de l'accord conclu. Cependant, dans l'ancien règlement amiable français, créé par la loi

¹⁹ Art. 5-1, al. 2, AUPC.

²⁰ Art.1-1., AUPC 2015.

²¹ Art. 27, al. 3, AUPC.

²² M. POUmarede, *Droit des obligations*, 3e éd., LGDJ, 2014, p. 1.

²³ B. BEIGNIER et C. BLERY, *Cours d'introduction au droit*, 3e éd., Montchrestien, 2011, n°222.

²⁴ Art. 5-10, al. 1, 1° et 2°, AUPC.

du 1^{er} mars 1984²⁵ et son décret d'application du 1^{er} mars 1985²⁶, l'accord était trouvé au moyen d'un vote majoritaire sous l'égide du tribunal. Ce règlement amiable remplaçait le concordat amiable qui n'était pas encadré et où débiteurs et créanciers concluaient un accord de droit privé. « *Or, les vocables 'amiable' et 'procédure' peuvent être sujets à discussion en ce que l'amiable renvoie à ce qui s'oppose au judiciaire, alors que la procédure renvoie à la notion de contentieux, de sorte que leur association semble relever de l'oxymore* ». ²⁶ Nous pouvons également faire observer que les procédures amiables françaises antérieures à la loi de sauvegarde de 2005²⁷, étaient moins amiables ou contractuelles et moins confidentielles. En effet, les créanciers pouvaient exécuter le débiteur pendant la recherche de l'accord, raison pour laquelle le législateur avait été obligé d'instituer la suspension provisoire des poursuites dont l'exercice relevait

exclusivement du conciliateur.²⁸ Cette étude de droit comparé enseigne que l'intervention du tribunal visait à amener, pour ne pas dire obliger, les créanciers récalcitrants à négocier. Précisons au passage que ce règlement amiable a été remplacé par la conciliation, entièrement contractuelle, adoptée à la faveur de la loi de sauvegarde de 2005 précédemment citée.

Dans la procédure de conciliation, l'accord doit respecter l'autonomie de la volonté (1) dont la liberté contractuelle est le corolaire (2).

1- L'autonomie de la volonté

Fruit de la philosophie individualiste et du libéralisme économique à la fin du XVIII^e, l'autonomie de la volonté influe sur le régime juridique du contrat. La philosophie des lumières a soutenu la liberté de l'homme. Personne ne doit être obligé à s'obliger. L'existence d'un débiteur et d'un créancier est ainsi une forme d'expression autonome de la volonté. De ce fait, toute personne doit respecter les obligations auxquelles elle a volontairement consenti, puisque la volonté se donne à elle-même sa loi. Un rapprochement peut donc être fait entre l'accord de conciliation et cette

²⁵ Décret n°85-295 du 1^{er} mars 1985 pris pour l'application de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, JORF du 2 mars 1984, p. 751.

²⁶ M. F. Kourouma, *Le procédé de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde, approche comparative droit français, droit OHADA*, thèse de doctorat, Université de Toulon, 2018, France, p.53.

²⁷ L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, JORF n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

²⁸ Anc. art. L.36, al. 3, c. com.

philosophie individualiste pour dire que « *le libre jeu des volontés ne peut que respecter la justice* ». ²⁹ L'autonomie de la volonté est un meilleur moyen de garder l'équilibre socio-économique et de favoriser la prospérité sociale car la recherche d'intérêt privé par chacun aboutit à la satisfaction de l'intérêt général, somme des intérêts privés. Nonobstant ce qui précède, la théorie de l'autonomie de la volonté laisserait croire que le contrat n'aurait besoin d'aucune norme pour s'appliquer aux parties. En d'autres termes, si une partie est obligée, c'est parce qu'elle l'a voulu ; mais alors, « *comment expliquer qu'elle continue à être liée si sa volonté change* » ³⁰ ? Il faudrait donc admettre que l'autonomie de la volonté est, *in fine*, relative d'autant que le contrat est « *est un instrument forgé par le droit* ». ³¹ Appliquée au droit commun des contrats, l'autonomie de la volonté ferait émerger trois principes ³² : les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter, c'est la liberté contractuelle. Si les parties se lient, elles doivent respecter les engagements, c'est la force obligatoire des contrats ; et enfin

seules les personnes qui se sont obligées sont tenues par le contrat, c'est l'effet relatif des contrats. La liberté contractuelle sous-tend la règle de l'unanimité dans la procédure de conciliation.

2- La liberté contractuelle

La liberté contractuelle serait la première expression de l'autonomie de la volonté ³³. Elle a une valeur constitutionnelle qui découlerait de l'article 4 de la Déclaration de 1789. Pour faire respecter cette liberté, le Conseil constitutionnel français a invalidé certaines dispositions de la loi du 14 juin 2013 ³⁴ qui entendaient imposer à une partie non seulement le contenu du contrat, mais aussi la personne de son cocontractant, sans aucune possibilité de négociation. ³⁵ La liberté contractuelle pose trois principes fondamentaux à savoir la liberté de contracter ou de ne pas contracter, la liberté de choisir son contrat et la liberté de déterminer le contenu et la forme de son contrat. ³⁶

Dans la procédure de conciliation, la liberté contractuelle met le chef

²⁹ F. TERRE et Alii, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, p. 33.

³⁰ *Ibid*, p. 35.

³¹ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., Dalloz, 2006, p. 197.

³² V. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, éd., Dalloz, 2016, n° 75, 85 et s.

³³ B. OPPETIT, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Rev. sc. Morales et politiques*, 1995, p. 242.

³⁴ L. n°2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, JORF n°138 du 16 juin 2013, p. 9958, texte n°1.

³⁵ Cons. const. 13 juin 2013, n°2013-672 DC.

³⁶ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2e éd., PUF, 1998, n°38.

d'entreprise face à deux situations complexes : d'une part il doit négocier avec tous les principaux créanciers, en espérant parvenir à un accord de règlement des dettes, puisqu'aucun créancier n'est obligé d'accepter ses propositions. D'autre part si un créancier n'est pas appelé à prendre part aux négociations, ce dernier peut user de son droit civil pour l'exécuter (poursuivre). On comprend, *in fine*, que la liberté contractuelle dans ce contexte ne privilégierait pas l'intérêt général incarné par l'entreprise.

B) Des conséquences diverses

S'il est vrai que la règle de l'unanimité, dans la procédure de conciliation, est juridiquement logique eu égard au droit commun des contrats, et qu'à ce titre elle présente certains avantages, il n'en demeure pas moins vrai cependant qu'elle ne favorise pas idéalement la sauvegarde du débiteur, car « *exiger l'unanimité reviendrait en effet à accorder à chacun un droit de veto et à rendre en pratique impossible toute prise de décision* ». ³⁷ En conditionnant le redressement d'une entreprise, concentration de divers intérêts, à la volonté de chacun de ses

³⁷ C. GIRARD, « La règle de la majorité en démocratie : vérité ou équité », *raison politique*, 2014/1, n°53, p. 107.

créanciers, le législateur OHADA a préféré le juridisme au pragmatisme. Pour comprendre cela, il faudrait analyser les avantages (1) et les écueils que la règle peut comporter (2).

1- Les avantages

Convergence d'opinions au sein d'un groupe de personnes sur un sujet donné, la règle de l'unanimité apparaît comme le mode opératoire idéal dans les situations où des individus doivent choisir. En ce sens, « *l'unanimité honore véritablement les principes de raison, d'autonomie et d'unité {...}* ». ³⁸ Exempte de toute contradiction et de toute contestation, l'unanimité confère une force et une légitimité certaines à la décision prise : « *là où la règle d'unanimité concilie le principe du consentement et le principe de l'égalité, en exigeant l'accord de toutes les volontés, la règle majoritaire, à l'inverse, satisfait la volonté des uns en frustrant celle des autres - et le fait que les premiers soient plus nombreux que les seconds n'abolit pas cette asymétrie* ». ³⁹

Dans la procédure de conciliation, le principal mérite d'un accord unanime semble tenir, dans un sens, au respect de

³⁸ D. MINEUR, « Les justifications de la règle de la majorité en démocratie moderne », *raisons politiques*, n°39, mars 2010, p. 127-149.

³⁹ C. GIRARD, « La règle de la majorité en démocratie : vérité ou équité », *raison politique*, 2014/1, n°53, p. 107.

la liberté contractuelle et, dans un autre, à la crédibilité indispensable dans le monde des affaires. Elle peut traduire par ailleurs une certaine assurance chez certains créanciers qui n'hésiteraient pas, éventuellement, à faire de nouveaux apports financiers ou fournir des biens ou services dans le cadre du *new money*.⁴⁰ La règle de l'unanimité peut constituer un obstacle à la conclusion d'un protocole d'accord entre le débiteur et ses créanciers.

2- Les écueils

Comme cela a déjà été dit, la règle de l'unanimité ne présente de mérite incontestable qu'en en droit de l'indivision. En effet, débiteur engagé dans une procédure de conciliation est un débiteur viable qui cherche à surmonter ses difficultés passagères inhérentes à toute activité économique. En sauvant ce débiteur, surtout lorsqu'il s'agit d'une personne morale, ce sont des emplois et des sources de revenu qui sont sauvegardés. Or, dans cette procédure, la liberté contractuelle aidant, certains créanciers refusent de participer à l'effort collectif ; ils mettent ainsi à mal la volonté majoritaire, d'où la question de savoir s'il faut absolument respecter la liberté contractuelle, ou s'il faut la

relativiser afin de privilégier l'intérêt général ?

L'unanimité et la majorité sont ce que signifient la démocratie populaire ou directe et la démocratie représentative ou indirecte en droit public. La démocratie populaire permet la participation effective et complète des populations à toute prise de décision : « *la démocratie directe et son accompagnement concret, le referendum d'initiative populaire, sont de nature à rendre la nature au peuple et à briser les chaînes dans lesquelles la société politique a tenu la société civile depuis plusieurs siècles* ». ⁴¹ Toutefois, certaines situations spéciales d'intérêt commun commandent que des représentants avertis décident au nom de tous, en vue de mieux sauvegarder cet intérêt commun. Telle serait l'idée de la démocratie représentative. Il en résulte que l'application de la règle de la majorité apparaît moins difficile comme l'affirme un auteur : « *on adoptera la règle de la majorité, non pas parce qu'elle a plus de chance d'être conforme à la vérité, mais parce que son adoption permet au plus grand nombre d'individus d'être libres* ». ⁴²

⁴⁰ Art. 5-11, al.2, AUPC.

⁴¹ J. GARELLO, « Les bienfaits de la démocratie directe », *contrepoints*, 27 nov. 2013.

⁴² R. PELLOUX, « Les partis politiques dans les constitutions d'après-guerre », *revue dr. public*, 2 e trim., 1934, p. 243.

Dans le cas de figure de la procédure de conciliation, l'intérêt commun des créanciers, celui du chef d'entreprise et celui du pouvoir public sont certes divergents, mais pour autant faudrait-il laisser une entreprise viable au bon vouloir de ses créanciers quand on sait que le non d'un seul créancier peut mettre en échec le oui de tout le reste des créanciers surtout lorsqu'il s'agit d'un créancier majoritaire en termes d'importance des créances. Et s'il ne faut pas en arriver là, il faudrait alors désintéresser ce créancier réticent ; mais cette démarche pourrait avoir deux limites à savoir le manque de disponibilité dans la caisse ou la rupture de l'égalité des créanciers engagés, ce qui pourrait frustrer et occasionner les poursuites individuelles. Dès lors, il faudrait comprendre que par la bénédiction de la loi, la volonté minoritaire prime ainsi la volonté majoritaire. En d'autres termes, l'intérêt particulier prime l'intérêt général dans la mesure où une entreprise viable est une assiette fiscale pour l'Etat, une affaire pour les associés/actionnaires et des emplois pour plusieurs autres personnes. C'est pourquoi la majorité se substituerait, avec raison, aux droits de l'unanimité.⁴³

A la lumière de ce qui précède, il apparaît souhaitable que des créanciers minoritaires n'anéantissent pas les efforts des majoritaires, pour éviter l'enlisement de la situation non compromise d'un débiteur. Un concordat préventif pré-arrangé peut être une alternative à la réticence des créanciers récalcitrants.

II- Le concordat pré-arrangé, alternative à la réticence des créanciers récalcitrants

Le mécanisme de concordat pré-arrangé permet au débiteur, mis en échec, dans la procédure de conciliation dont le projet d'accord de conciliation est soutenu par la majorité des créanciers, de transformer cet échec en une opportunité. Celle d'un premier draft du projet de concordat préventif à soumettre au président du tribunal dans le cadre d'une procédure de règlement préventif. Ce mécanisme implique donc une phase de préparation du concordat préventif sur le terrain amiable (la conciliation) et une phase d'adoption sur le terrain judiciaire, le

⁴³ E. J. SYEYES, *Préliminaire de la constitution*

française, éd., imprimeur de l'Assemblée nationale, Paris, 1789, p. 38.

règlement préventif étant judiciaire par nature mais préventif par vocation. Pour baliser le chemin à cette technique de restructuration financière, le législateur Ohada devrait accorder l'accès automatique à tout débiteur se trouvant l'hypothèse précédemment décrite. En effet, la frontière entre une difficulté avérée ou prévisible pour accéder à la procédure de conciliation et une difficulté sérieuse pour accéder à la procédure de règlement préventif reste très indéterminée dans la mesure où une difficulté sérieuse est forcément avérée et une difficulté avérée est certainement sérieuse, surtout dans un contexte mondial en constantes contingences économiques et financières. Le schéma proposé permet, *in fine*, d'imposer la volonté majoritaire à celle minoritaire au nom de l'intérêt collectif par la bénédiction du pouvoir discrétionnaire⁴⁴ dont dispose le tribunal pour l'homologation (adoption) du concordat préventif.

Pour mieux cerner cette alternative, il conviendrait d'évoquer le préarrangement du concordat préventif (A), avant d'analyser son adoption en phase judiciaire (B).

A) Le préarrangement du

concordat préventif

L'idée de restructuration d'une entreprise en difficulté au travers d'un plan pré-arrangé n'est pas connue en droit OHADA. Pourtant, les praticiens pourraient y recourir en l'absence de tout cadre juridique dédié, en exploitant notamment la procédure de conciliation et celle du règlement préventif. Il s'agit d'un mécanisme qui combine l'amiable et le judiciaire avec une certaine célérité de la phase judiciaire. Heureusement, le règlement préventif comporte quasiment toutes les caractéristiques de cette procédure accélérée : les délais procéduraux sont relativement acceptables et le concordat préventif est discrétionnairement homologué (adopté) par la juridiction compétente. De plus, les exigences procédurales liées à la consultation des créanciers au sein et en dehors des comités, au vote du plan, ainsi qu'à l'arrêté du plan, telles que requises en droit français, ne seront pas nécessaires en droit OHADA.

En effet, la consultation des créanciers se fait avant l'ouverture de la procédure du règlement préventif, puisque le législateur exige que le projet de concordat soit élaboré avant l'ouverture de la procédure⁴⁵ (1). Par ailleurs, l'inexistence

⁴⁴ Art. 15, al. 2, AUPC.

⁴⁵ Art. 6-1, al. 13, AUPC.

formelle de la masse des créanciers dans la procédure de règlement préventif peut présenter un intérêt (2).

1- Consultation des créanciers en amont de l'ouverture de la procédure de règlement préventif

L'exigence d'une offre de concordat préventif par le chef d'entreprise avant l'ouverture de la procédure de règlement préventif est une mesure qui favorise idéalement le procédé de plan pré-arrangé dont la convoitise tient essentiellement à l'abrégement des formalités procédurales. Deux voies s'ouvrent au débiteur pour négocier et préparer son projet de concordat préventif.

Il peut le faire librement en dehors de toute formalité légale, c'est-à-dire une préparation non formalisée. Cela lui permettra de disposer d'un temps de négociation suffisant pour la mise en place d'un concordat préventif sérieux, cette phase de négociation n'étant pas enfermée dans un délai déterminé. Il faudrait saluer en ce sens le législateur de 2015 qui a opéré une rupture majeure par rapport à la législation antérieure sur l'exigence d'un projet de concordat avant l'ouverture de la procédure. En effet, l'ancien Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif exigeait, à peine

d'irrecevabilité, la présentation d'une offre de concordat préventif simultanément avec le dépôt de la requête d'ouverture de la procédure ou, au plus tard dans les trente jours qui suivaient celui-ci.⁴⁶ Sous l'empire de ce texte, le laxisme voire l'affairisme de certains présidents de tribunal ont été dénoncés. Il en a été ainsi à Bamako dans une affaire où une procédure de règlement préventif a été ouverte au profit d'une entreprise dont le gérant avait promis de déposer ultérieurement le projet de concordat.⁴⁷ En l'espèce, le président du tribunal aurait dû attendre le dépôt du projet concordataire pour décider en respect des dispositions de l'ancien article 7 selon lesquelles la requête était irrecevable. S'agissant du délai de 30 jours, un auteur⁴⁸ a fait remarquer, à juste titre, que l'expert au règlement préventif ne pouvait pas faire son travail d'analyse de la situation financière et économique du débiteur, en l'absence de l'une des pièces essentielles sur lesquelles il devait s'appuyer, à savoir le projet de concordat. Le législateur de 2015 a rectifié le tir en supprimant ce délai. Nous saluons cette réforme pour la simple raison que non seulement ce délai ne permettait pas l'élaboration d'un concordat solide, mais

⁴⁶ Art. 7, AUPC de 1998.

⁴⁷ Trib. com. Bamako, 6 mars 2008, ord. n°135/08, SIPAL-SUARL, réf. Ohadata J-08-49.

⁴⁸ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 47.

aussi il exposait les difficultés du débiteur de sorte que les créanciers étaient incités à prendre des mesures conservatoires.⁴⁹

Il peut aussi exploiter la procédure de conciliation (terrain amiable et contractuel) où il bénéficie de l'appui du conciliateur pour les négociations et pour l'élaboration de l'offre de concordat. La difficulté, dans ce cas de figure, serait la contrainte liée au temps, la conciliation ne pouvant durer plus de quatre mois.⁵⁰ Toutefois, compte tenu de l'absence de vote du concordat préventif en aval du règlement préventif, sauf si ce concordat contient un projet de cession partiel ou total d'actif⁵¹, le débiteur devrait pouvoir proposer une offre concordataire à même d'assurer la continuité de l'exploitation et l'apurement du passif. Cette négociation amiable et contractuelle avant la phase judiciaire s'apparente au *prearranged plan* en droit américain. En effet, dans les droits américain et OHADA, c'est le débiteur qui élabore son plan de restructuration⁵², mais contrairement au droit OHADA, le débiteur américain compose les *class* de créances⁵³ avant l'ouverture d'une procédure du *chapter 11* (chapitre 11 qui

règlemente les différentes formes de restructuration d'une entreprise en difficulté). En France, l'élaboration du plan, ainsi que la constitution des comités de créanciers incombent à l'administrateur judiciaire.⁵⁴

Par ailleurs, rien n'empêche le débiteur OHADA de poursuivre les négociations avec les créanciers après l'ouverture de la procédure, et ce jusqu'au dépôt du rapport définitif de l'expert au règlement préventif.

2- Possibilité d'une négociation avec les créanciers en aval de l'ouverture de la procédure du règlement préventif

Le projet de concordat que le débiteur doit présenter lors de sa demande d'ouverture du règlement préventif est logiquement préparé avec la participation de ses créanciers. Selon l'Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif, l'obtention des délais et des remises est de nature à justifier le caractère sérieux d'une offre de concordat.⁵⁵ La jurisprudence en la matière prouve que les débiteurs ont toujours demandé des délais de paiements

⁴⁹ S. K. EVELAMENOU, *Le concordat préventif en droit OHADA*, thèse de doctorat, Université Paris-Est et Université de Lomé, 2012, p. 131.

⁵⁰ Art. 5-3, al. 1, AUPC.

⁵¹ Art.132, al. 1, AUPC

⁵² 11 U.S.C § 1121(a).

⁵³ 11 U.S.C. § 1123 (a) (1).

⁵⁴ Art. L.626-30, c. com.

⁵⁵ Art. 8, AUPC.

et des remises de dettes.⁵⁶ Ces deux sollicitudes ne sont toutefois pas les seuls arguments souvent mis en avant par les chefs d'entreprise en vue de l'ouverture de la procédure. Ils se servent aussi des mesures de redressement qu'ils avaient déjà entreprises, afin de montrer leur bonne foi. A titre illustratif, un chef d'entreprise s'est servi, dans une demande d'ouverture du règlement préventif, de la restructuration de sa ligne budgétaire ; il affirmait également avoir recours à des conseils spécialisés, « *en vue de la mise place d'une structure managériale de haut niveau* ». ⁵⁷ Une telle démarche ne pouvait qu'assoir la conviction du tribunal, surtout que l'ouverture d'une procédure de règlement préventif était automatique dans l'ancien Acte uniforme des procédures collectives, au vu du seul projet concordataire qui ne faisait pas l'objet d'appréciation particulière de la part du président de la juridiction compétente en vertu de l'article 8. Ce vide juridique a été outrageusement exploitée dans plusieurs affaires pour prendre des décisions de suspension des poursuites individuelles d'une manière automatique, alors que

⁵⁶ Trib. com. Abidjan, 5 juin 2014, réf. RG n°1134/2014 ; Sté Cergi Banking services c/ministère public : dans cette affaire par exemple, le requérant avait fait mention, dans sa demande d'ouverture d'une procédure de règlement préventif, de la renégociation de ses dettes avec ses créanciers.

⁵⁷ *Id.*

l'offre de concordat ne donnait ni les garanties d'apurement du passif, ni celles de la pérennisation de l'entreprise. Ce fut le cas dans une affaire⁵⁸ où l'ouverture du règlement préventif avait été décidée sans que le juge n'ait vérifié et motivé le caractère sérieux de l'offre concordataire. D'un point de vue légal, il faut dire que le juge n'engageait nullement sa responsabilité du fait, comme l'a relevé un auteur, pour obtenir l'ouverture d'un règlement préventif, il suffisait que les documents qui étaient prévus à l'article 6 de l'ancien Acte uniforme soient présentés.⁵⁹ Raisonement soutenu par un autre auteur⁶⁰ sur la base de l'article 7⁶¹ et de l'article 8 précédemment cité de l'Acte uniforme de 1998. Cependant, ces raisonnements étaient trop simples. En effet, si rien n'obligeait le juge à vérifier le caractère sérieux du projet concordataire, rien non plus ne lui interdisait de procéder ainsi avant de prendre sa décision en toute logique

⁵⁸ TGI, Moungo, 9 nov. 2005, ord. n°CAP/PTGI/N°SBA, aff. Sté Lachanas, note K. ELONGO, réf. Ohadata J-07-182.

⁵⁹ O K. ELONGO, note sous TGI, Moungo, 9 nov. 2005, ord. n°CAP/PTGI/N°SBA, aff. Sté Lachanas, réf. Ohadata J-07-182.

⁶⁰ F. M. SAWADOGO, M. NIAMBA, « Manuel de formation des magistrats et assesseurs des tribunaux de commerce de Burkina Fasso », ERSUMA, 2010, p. 43.

⁶¹ « *En même temps que le dépôt prévu par l'article 6 ci-dessus ou, au plus tard dans les trente jours qui suivent celui-ci, le débiteur doit, à peine d'irrecevabilité de sa requête, déposer une offre de concordat préventif précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise {...}* ».

factuelle. C'est pourquoi, le manque de sérieux et de professionnalisme a été reproché à certaines juridictions par certains auteurs.⁶² Heureusement, le législateur de 2015 a compris et réagi en reconnaissant un pouvoir d'appréciation du projet de concordat au président de la juridiction compétente : « *si le projet de concordat préventif lui paraît sérieux, le président de la juridiction compétente ouvre la procédure et désigne un expert au règlement préventif {...}* ». ⁶³

Les négociations que le débiteur mène, en amont de l'ouverture de la procédure de règlement préventif, peuvent ne pas concerner tous les créanciers, faute d'obligation expresse y afférente. Rappelons en ce sens que seul le débiteur peut avoir l'initiative de l'ouverture d'une procédure de règlement préventif.⁶⁴ Dans ce cas de figure, les créanciers n'ayant pas été consultés en amont n'apprendront l'ouverture d'une procédure de règlement préventif pour leur débiteur que par la publicité qui en est faite⁶⁵, et de ce fait ils pourraient être enclins à prendre des mesures conservatoires.

Il a été déjà dit que dans la technique de restructuration par un plan prénégocié, l'ouverture de la procédure judiciaire sert à adopter ce plan rapidement, les négociations ayant été bouclées au préalable dans une procédure amiable. Ici, tel ne peut être le cas à cause de l'absence formelle de la masse des créanciers. Il en résulte que le projet de concordat n'est point voté pour son adoption ; cette décision relève de la compétence discrétionnaire de la juridiction compétente. L'homologation du concordat préventif est décidée sur la base du rapport de l'expert au règlement préventif. Un délai⁶⁶ de trois mois s'écoule entre l'ouverture de la procédure du règlement préventif et l'établissement du rapport de l'expert sur la situation financière et économique du débiteur. Ce rapport permet à la juridiction compétente de juger⁶⁷ du sérieux du projet de concordat, afin de l'homologuer, ou de mettre fin à la procédure. Ce délai de trois mois peut toutefois être spécialement prolongé d'un mois. Ce qui laisse un temps supplémentaire au débiteur pour poursuivre les négociations avec ses créanciers jusqu'à l'établissement du rapport final de l'expert, dans l'objectif d'obtenir quelques délais et remises. En procédant ainsi, le chef d'entreprise met

⁶² F. THERA, *L'application et la réforme de l'Acte uniforme de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif*, thèse de doctorat, Université de Lyon, 2010, p. 112 à 114.

⁶³ Art. 8, AUPC.

⁶⁴ Art. 6, AUPC.

⁶⁵ Art. 17, AUPC.

⁶⁶ Art. 12, al. 6, AUPC.

⁶⁷ Art. 15, al. 2, AUPC.

toutes les chances de son côté pour l'élaboration d'un concordat sérieux.

Une fois les négociations terminées, la question de la validation du projet concordataire se pose. Dans le contexte du mécanisme de redressement par le biais d'un concordat pré-arrangé, deux objectifs sont visés à savoir l'adoption rapide du projet qui emportera interdiction des poursuites individuelles.

B) Les conditions d'adoption du concordat préventif pré-arrangé

L'homologation du concordat préventif va différer de l'adoption du plan de sauvegarde accélérée du droit français pour le fait que ce dernier est voté⁶⁸, permettant ainsi la primauté du vote majoritaire sur la réticence des créanciers récalcitrants ; mais elle se rapproche de la réorganisation judiciaire du chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite, à la différence que dans ce droit, le vote du plan a lieu avant l'ouverture de la procédure judiciaire. Selon le nouvel Acte uniforme des procédures collectives, le concordat préventif ne doit être adopté par le président de la juridiction compétente que si les conditions de validité du concordat sont respectées ; aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat et, enfin, si les délais consentis ne

dépassent pas trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires. L'enjeu est important pour le chef d'entreprise qui doit s'assurer de l'adhésion de ses créanciers à son projet, d'où tout l'intérêt du préarrangement du concordat.

Partant de là, des conditions légales et particulières de validité du concordat, telles que le consentement des parties et l'absence de cessation des paiements doivent être observées (1). A celles-là, il faut ajouter le respect de l'équité du concordat préventif et de l'intérêt collectif (2).

1- Les conditions légales

L'Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif dispose, pour l'homologation de l'offre de concordat, que les conditions de validité de ce dernier doivent être respectées.⁶⁹ Le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements et le concordat préventif étant un contrat, elle doit satisfaire aux conditions générales de validité des contrats dont notamment le consentement des parties.

En effet, si l'on peut tergiverser sur la nature contractuelle du concordat de redressement judiciaire - parce que, dans

⁶⁸ Art. L.626-30-2, c. com.

⁶⁹ Art. 15, al. 2, 1°, AUPC.

un sens, il est conçu par le chef d'entreprise, ce qui en fait une des mesures de gestion de l'entreprise et, dans l'autre, il faut une homologation après le vote pour lui conférer une existence et une force exécutoire, ce qui peut en faire une décision judiciaire⁷⁰ -, sur celle du concordat préventif, un tel doute ne saurait exister.⁷¹ Comme pour tout contrat, le juge doit s'assurer, avant d'homologuer concordat préventif, que le consentement de chaque créancier souffre est régulier. Le débiteur peut subir, quand bien même qu'il s'agit de sa propre démarche, la pression de certains créanciers, tout comme un créancier peut alléguer que son consentement a été vicié. C'est pourquoi, l'Acte uniforme est on ne peut plus tranchant, en exigeant que l'expert au règlement préventif appelle chaque créancier pour savoir s'il a été effectivement contacté par le débiteur et, dans ce cas, s'il a bien fait telle ou telle remise ou accordé tel ou tel délai, ou s'il n'a rien fait de tout cela.⁷² Un vice de consentement, dénoncé par un créancier partie au concordat, doit amener le juge à refuser l'homologation dudit concordat, parce que d'une part l'une des conditions

de validité posées à l'article 12 de l'Acte uniforme des procédures collectives ne sera pas satisfaite et d'autre part la victime peut invoquer la nullité du contrat en vertu du droit commun des obligations et contrats. Aussi longtemps que durera le contentieux ainsi soulevé, le juge ne devrait pas pouvoir homologuer le concordat, contrairement à l'opinion d'un auteur⁷³ pour qui, « *s'il s'agit d'un petit créancier, et que malgré sa contestation, le juge estime que le concordat remplit toutes les autres conditions de validité et offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, il doit déclarer nulle la participation du créancier contestataire {...}, mais homologuer l'accord conclu* ». Cette analyse semble ignorer que l'absence de consentement est une cause de nullité absolue du contrat. Elle aurait été pertinente si ce créancier s'était opposé aux propositions à lui faites par le chef d'entreprise. Il ne se serait pas agi dans ce cas d'un manquement à une condition de fond de la formation d'une convention à savoir le consentement, mais d'une réticence à participer à une convention. De plus, le juge n'a pas besoin de déclarer nulle la participation de ce créancier, il a

⁷⁰ P. K. EBANGA, « La nature juridique du concordat de redressement judiciaire dans le droit des affaires OHADA », *jurisdis*, n°50, p. 109 ; Ohadata D-08-23.

⁷¹ « *Le concordat préventif a une nature contractuelle* » : Abidjan, 8 nov. 2002, n°1129, réf. Ohadata J-03-291.

⁷² Art. 12, AUPC.

⁷³ S. K. EVELAMENOU, *Le concordat préventif en droit OHADA, thèse de doctorat*, Université Paris-Est et Université de Lomé, 2012, p. 168.

juste à appliquer l'article 15⁷⁴ de l'AUPC. En tout état de cause, il appartient au chef d'entreprise, qui décide de restructurer ses dettes au moyen d'un concordat préventif pré-arrangé, d'éviter toute manœuvre dolosive et de traduire fidèlement les engagements pris par les créanciers au moment de transmettre son offre de concordat à la juridiction compétente.

L'autre condition tient à l'absence de l'état de cessation des paiements du débiteur. Si cet état apparaît au moment du préarrangement du concordat préventif ou au cours de la procédure de règlement préventif, un terme est mis à tout le processus.⁷⁵ En plus de ces conditions, le respect de l'intérêt collectif est exigé.

⁷⁴ « Au cas où des créanciers auraient refusé de consentir des délais ou remises au débiteur, le président de la juridiction compétente fait ses bons offices entre ces créanciers et le débiteur. Il entend ces derniers sur les motifs de leur refus et provoque une négociation entre les parties en vue de leur permettre de parvenir à un accord. Si malgré les bons offices du président, les parties ne parviennent pas à trouver un accord et dans le cas où le concordat préventif comporte seulement une demande de délai n'excédant pas deux ans, la juridiction compétente peut rendre ce délai opposable aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise sauf si ce délai met en péril l'entreprise de ces créanciers ».

⁷⁵ Art.6, AUPC : « Le règlement préventif est ouvert au débiteur qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés financières ou économiques sérieuses » ; Art. 9-1, AUPC : « A tout moment, s'il est informé de la survenance de l'état de cessation des paiements dans les conditions prévues par les trois alinéas ci-dessus ou par tout autre moyen, le président de la juridiction compétente met fin sans délai au règlement préventif et à la mission de l'expert,

2- Le respect de l'intérêt collectif et de l'équité du concordat préventif

Si les textes exigent le respect de l'intérêt collectif comme l'une des conditions d'homologation du concordat préventif, ils ne précisent pas pour autant de quel intérêt collectif il s'agit. Est-ce l'intérêt des créanciers ou l'intérêt collectif que renferme l'entreprise s'interroge un auteur ?⁷⁶ L'adjectif qualificatif « collectif » employé par le législateur n'est pas fortuit. Il semble inviter à opposer l'intérêt des créanciers non signataires à l'intérêt général que représente l'entreprise en tant qu'entité économique. Cependant, un doute peut exister sur la validité de cette thèse car lorsque le projet de concordat comporte une cession partielle ou totale d'actifs ou d'entreprise, le règlement des créanciers prime le redressement de l'entreprise.⁷⁷ S'agit-il alors de l'intérêt à la fois de l'entreprise et des créanciers ? Sur quoi la juridiction compétente s'appuiera pour refuser l'homologation d'une proposition de concordat pour cause d'intérêt collectif non respecté ? En France, le code de commerce précise que l'accord de

après avoir entendu ou dûment appelé ce dernier ainsi que le débiteur et toute personne qu'il juge utile d'entendre ».

⁷⁶ E. A. MOHO FOPA, *Réflexions critiques sur le système de prévention des difficultés des entreprises OHADA*, DEA, Université de Dschang, 2007, p. 52.

⁷⁷ Art. 132, AUPC.

conciliation ne doit être homologué que lorsqu'il ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires.⁷⁸ Dans l'ancien règlement amiable également, l'accord, conclu avec tous les créanciers, était obligatoirement homologué.⁷⁹ Si, au contraire, l'accord n'était signé qu'avec certains créanciers, il était simplement constaté par le tribunal. Le droit américain de la faillite est tout aussi clair sur la question de la protection de l'intérêt des créanciers non signataires de l'accord. Si ce n'est donc un motif tiré de l'ordre public, il apparaît difficile de concevoir un refus d'homologation pour cause de non-respect de l'intérêt collectif lié à la sauvegarde de l'entreprise en droit OHADA. Il peut ainsi être supposé que le législateur OHADA veut désigner, par « intérêt collectif », la sauvegarde des intérêts des créanciers réfractaires au projet de restructuration du débiteur jusqu'à ce qu'une jurisprudence claire n'apporte une interprétation.

En dépit du caractère contractuel d'un concordat préventif (pré-arrangé), l'imprécision de l'Acte uniforme des procédures collectives à propos de la protection des intérêts des créanciers non signataires, ainsi que l'adoption du projet

concordataire sur la base de la seule appréciation discrétionnaire du juge peuvent faire redouter un concordat inéquitable. Pourtant, l'équité du concordat préventif est une exigence légale, reposant sur l'égalité des créanciers, même si cette égalité comporte des tempéraments légaux.

Un débiteur en procédure collective éprouve forcément de sérieuses difficultés pour payer ses dettes. C'est pourquoi cette procédure doit faire supporter, s'il y a lieu, à chacun des créanciers une part égale dans la perte commune. L'égalité des créanciers, dans les procédures collectives, est une notion spéciale au regard du régime général de l'égalité civile. Le législateur OHADA de 2015 a insisté sur le traitement égalitaire des créanciers antérieurs, même si l'on pourrait arguer par-là qu'il s'agisse plus de la protection de l'actif du débiteur à travers la discipline collective imposée à ces créanciers. C'est ainsi que les dispositions de l'article 11 défendent au débiteur de « *payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture* » ; de « *consentir une sûreté* », dans la procédure de règlement préventif, puisque dans ces différents cas de figure, il y aurait rupture

⁷⁸ Art. L.611-8, II, 3°, c. com.

⁷⁹ E. KERCKHOVE, « Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises », *Rev. proc. coll.* 1995, p. 451.

de l'égalité des créanciers.⁸⁰ Il en est de même des dispositions de l'article 39 qui enjoignent au juge commissaire de veiller « à la protection des intérêts en présence » dans le cadre du redressement judiciaire et de la liquidation des biens.

Cependant le droit moderne des entreprises en difficulté oppose plusieurs tempéraments à l'égalité des créanciers. En droit français dont s'inspire le droit Ohada, la loi du 25 janvier 1985⁸¹ a assoupli le principe d'égalité des créanciers pour deux causes essentielles. D'abord, le redressement de l'entreprise étant ses objectifs, cette loi a relégué le paiement des créances au second plan, en privant ces derniers du pouvoir d'influence qu'ils détenaient par le vote du concordat. L'institution de la masse des créanciers fut en même temps supprimée. Cette loi ne concevait pas la procédure collective comme un régime général d'exécution ayant pour objectif principal la réalisation des biens du débiteur et la distribution du prix.⁸² 300. Ensuite, compte tenu de la diversité des

moyens à la disposition des créanciers pour rompre l'égalité entre eux, telle la clause de réserve de propriété et la prolifération des sûretés légales et conventionnelles, l'égalité des créanciers n'est plus un principe sacralisé. C'est pourquoi certains auteurs n'ont pas hésité, depuis cette loi, à qualifier le principe d'égalité des créanciers de mythe⁸³ ou d'expédient.⁸⁴ L'ordonnance du 12 mars 2014⁸⁵ a renforcé, quant à elle, les différences de traitement dans le plan en droit français. Il en est de même en droit OHADA où l'Acte uniforme des procédures collectives dispose que « le projet de concordat de redressement judiciaire peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient ». ⁸⁶ Il faut retenir de cette disposition qu'un concordat équitable peut contenir des traitements inégalitaires entre les créanciers sur la base de la nature des droits et sûretés des créanciers.

Au terme de l'analyse qui précède, il apparaît que la procédure de conciliation

⁸⁰ A. KANTE, « Réflexions sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (O.H.A.D.A) », *EDJA*, janv. févr. mars, 2002, n°52, p.50.

⁸¹ L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

⁸² A. JACQUEMONT et Alii, *Droit des entreprises en difficulté*, 10e éd., LexisNexis, 2017, n°21 et s. spéc. 22.

⁸³ J. L. COUDERT, « Dans les procédures collectives l'égalité des créanciers est-elle une réalité ou un mythe ? », *petites affiches*, 26 août 1992, n°103.

⁸⁴ M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité des créanciers », in *Mélanges Breton-Dérida*, D.1991, p. 31.

⁸⁵ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

⁸⁶ Art. 27, al. 3.

instituée en 2015 en droit OHADA des entreprises en difficulté n'a rien modifié aux conditions de conclusion d'un accord entre un débiteur et ses créanciers telles qu'elles existent en droit français. Ces conditions, notamment celle liée au consensus sur l'accord pose un problème, puisqu'en réalité, il s'agit de l'unanimité. En effet, tous les créanciers importants et cocontractants doivent être invités aux négociations et ils doivent accepter les propositions du débiteur pour qu'il y ait un accord signé. Cet accord étant un contrat, il va de soi qu'il ne s'impose qu'aux seules parties qui l'ont signé. Or, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ne prévoit l'interdiction des poursuites individuelles qu'à l'encontre des seuls créanciers ayant pris part à l'accord. Il en résulte que le créancier récalcitrant peut empêcher la conclusion d'un accord, surtout lorsqu'il s'agit d'un créancier détenant l'essentiel des créances, alors même que le projet d'accord bénéficie du soutien de la majorité en nombre des autres créanciers. L'unanimité de l'accord de conciliation confère ainsi un droit de veto à chaque créancier du débiteur. C'est pourquoi, la présente contribution propose une alternative, à savoir la restructuration par le biais d'un concordat pré-arrangé. Il s'agit d'un mécanisme qui permettra à un

débiteur dont le projet d'accord de conciliation n'a pas abouti, faute de consensus au sein des créanciers en dépit d'un soutien majoritaire au projet d'accord, d'accéder au règlement préventif avec le même projet amélioré et transformé en offre de concordat préventif, en vue d'une adoption discrétionnaire par la juridiction compétente. Par cette méthode, le débiteur exploite la conciliation tenue en échec par les créanciers réticents pour préparer l'offre de concordat et profite du règlement préventif pour imposer sa restructuration à ces créanciers. En effet, dans le règlement préventif, les textes permettent non seulement au président de la juridiction compétente d'imposer des délais de paiement à tout créancier réfractaire aux propositions, mais aussi ils suspendent ou interdisent les poursuites individuelles à partir de l'ouverture de la procédure. Pour terminer, précisons qu'au regard de la législation actuelle, il faudrait une réforme pour formaliser cette passerelle entre la conciliation et le règlement préventif pour tout débiteur dont le projet d'accord de conciliation a bénéficié de l'adhésion d'une frange partie des créanciers mais qui a échoué.

LES SANCTIONS JURIDICTIONNELLES AUX VIOLATIONS DE L'ORDRE CONSTITUTIONNEL DANS L'ESPACE CEDEAO¹

Mamadou Falilou DIOP

*Docteur en Droit public, Maître-Assistant (CAMES)
Enseignant-chercheur à la FSJP de l'Université Cheikh Anta Diop*

Introduction

Orientée à l'origine vers le développement économique, la CEDEAO se préoccupe aujourd'hui davantage de la démocratie et du respect des droits humains². Cette nouvelle orientation de la Communauté, due à « un environnement de crises et de facteurs d'instabilité dans la sous-région »³, est assortie de règles et principes afférents notamment à la démocratie, à la bonne gouvernance et au respect des droits humains. Les règles et principes précités sont ceux créés par la CEDEAO et dont la finalité consiste à maintenir l'ordre constitutionnel dans l'espace communautaire. La violation de ces règles et principes est sanctionnée notamment par la Cour de justice de la CEDEAO

(CJCEDEAO ou la Cour). De plus, il y a lieu de préciser que ces sanctions ne sont utiles que lorsqu'elles sont convenablement exécutées par les États membres.

Il convient de souligner que « le propre de la règle de droit est d'être une règle sanctionnée par l'autorité [...] »⁴. Ainsi, la sanction est une « mesure de contrainte accompagnant toute règle de droit »⁵ et fondée sur la violation d'une obligation issue de cette règle de droit. Dans le droit communautaire de la CEDEAO, les sanctions aux violations des obligations conventionnelles des États membres procèdent à la fois des autorités politiques de la communauté (Conférence des chefs d'État)⁶ et de la CJCEDEAO. Les sanctions

¹ Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest créée par le Traité de Lagos du 28 mai 1975 par les chefs d'État et de gouvernement de 15 pays d'Afrique de l'Ouest. Elle a pour finalité la croissance économique et le développement dans les 15 États membres.

² M. KAMTO « Le contrôle de la mise en œuvre des règles et standards internationaux de la démocratie en Afrique. Des chaînons manquants ? » in K. AHADZI-NOUNOU, D. KOKOROKO et F.-J. AÏVO (dir.), *La Démocratie en question(s), Mélanges en l'honneur du Professeur Théodore HOLO*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2017,

³ S.- N. TALL, *Droit des organisations internationales africaines*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 397.

⁴ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 7^e édition, Paris, Dalloz, 2006, p. 43.

⁵ *Lexiques des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2020-2021, p.959.

⁶ Voir article 45 du Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité ; pour les sanctions politiques, il s'agit de : refus de soutien d'un candidat de l'État ; refus de tenir une réunion dans l'État contrevenant et la suspension de l'État des instances de la CEDEAO, <https://www.eisa.org/pdf/ecowas2001protocol1.pdf>, consulté le 30 août 2022.

juridictionnelles peuvent être entendues ici comme l'ensemble des mesures de réaction prises par la CJCEDEAO et justifiées par la violation des obligations des États membres relatives au respect de l'ordre constitutionnel communautaire⁷.

L'ordre constitutionnel constitue une expression difficile à appréhender⁸. C'est « une notion complexe dont le droit parvient difficilement à rendre compte »⁹. Il renvoie à « l'ensemble de ce qui doit être respecté en vertu de la Constitution »¹⁰. De manière triviale, l'ordre constitutionnel s'entend comme ce qui est prévu par la Constitution *lato sensu* en termes de normes et de procédures qu'il faut respecter¹¹. L'ordre constitutionnel est « fondé sur le respect de la démocratie, de l'État de droit et des droits fondamentaux des populations »¹². Il a pour finalité la régulation du pouvoir politique par des

normes et procédures constitutionnelles appelées à créer à la fois un équilibre institutionnel et une protection efficiente des droits humains des citoyens¹³. Dans l'espace CEDEAO, l'ordre constitutionnel peut être entendu comme l'engagement des États membres à respecter les normes et procédures découlant notamment des « principes de convergence constitutionnelle » communs à tous les États membres énoncés à travers l'article 1^{er} du Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité (Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance). La création de la CEDEAO est assortie d'un ordre juridique communautaire¹⁴. Celui-ci crée des règles que les États membres sont tenus de

⁷ S. GUINCHARD et TH. DBARD (dir.), *Lexiques des termes juridiques*, 28^e édition, 2020-2021, Paris, Dalloz, 2020, p. 966 ; voir également G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e édition, Paris, Puf, 2021, p. 935.

⁸ A. LE DIVELLEC, « Un ordre constitutionnel confus. Indiscipline et incertitudes de la Constitution française », in D. CHAGNOLAUD E. BALLADUR (dir.), *Les 50 ans de la Constitution : 1958-2008*, Paris, Litec, 2008, p. 157.

⁹ O. NAREY, « L'ordre constitutionnel », in D. FFANCISCO MELEDJE, M. BLEOU et F. KOMOIN (dir.), *Mélanges au Doyen Francis V. Wodié*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse1 Capitole, 2016, p. 399.

¹⁰ J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité et ordre constitutionnel ? », *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 235 ; A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », in M. THALER et M. VERPEAUX (dir.), *Recherche en droit constitutionnel comparé*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 21-46.

¹¹ C.-M. NDIAYE, *La protection juridictionnelle de l'ordre constitutionnel au Sénégal*, Thèse Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2016, 526 p.

¹² S. DOUMBE-BILLE, « Droit international et stabilité constitutionnelle en Afrique de l'Ouest », in F. MÉLIN-SOUCRAMNIEN (dir.), *Espace du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Tome I, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, p. 224.

¹³ B. FARGEAUD, Compte-rendu de l'ouvrage, J. HUMMEL (dir.), *Les partis politiques et l'ordre constitutionnel. Histoire(s) et théorie(s) comparées, Jus Politicum*, n° 23 [http://juspoliticum.com/article/Jacky-Hummel-dir-Les-partis-politiques-et-l-ordre-constitutionnel-Histoire-s-et-theorie-s-comparees-1313.html], consulté le 18 mars 2022.

¹⁴ L. SINDJOUN, « Préface », A. SALL, *La justice de l'intégration. Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Dakar, Edition CREDILA, 2011, p. 8.

respecter¹⁵. En 2001, la CEDEAO a adopté le Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance susmentionné¹⁶. Le fait marquant de ce Protocole A/SP1/12/01 réside dans sa constitutionnalisation¹⁷ même si le juge constitutionnel sénégalais lui refuse toute qualité de norme de référence¹⁸. Selon les professeurs Ismaïla Madior Fall et Alioune Sall, « les États membres [...] de la CEDEAO se sont dotés d'un document juridique qui, par les principes et valeurs qu'il consacre, est une Constitution¹⁹. [...] Ce texte est matériellement constitutionnel car les dispositions qu'il renferme touchent la matière constitutionnelle »²⁰. Le Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance prévoit des sanctions à l'encontre de tout État membre qui ne respecterait pas les principes de convergence constitutionnelle. Les sanctions prévues peuvent être d'ordre

politique (article 45 du Protocole A/SP1/12/01)²¹ ou d'ordre juridictionnel décidées par la CJCEDEAO. Néanmoins, il y a lieu de souligner que la mise en œuvre des sanctions politiques prévues par l'article 45 du Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance soulève de nombreuses difficultés liées souvent aux rapports de force existant entre les États membres de la CEDEAO. Pour cette raison, cette réflexion se focalise principalement sur les sanctions juridictionnelles aux violations de l'ordre constitutionnel décidées par la CJCEDEAO.

La jurisprudence de la CJCEDEAO en termes de sanctions aux violations de l'ordre constitutionnel s'oriente principalement vers le respect de la démocratie²², à travers notamment les arrêts *CDP et autres c/ Burkina-Faso*²³, *l'Union*

¹⁵ D. SY, « Brèves réflexions sur la justice dans les organisations africaines d'intégrations économiques », in M. BADJI et E.-O. DIOP (dir.), *Mélanges en l'honneur du Juge Kéba Mbaye. Administrer la justice. Transcender les frontières du droit*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2018, p. 534.

¹⁶ Protocole de la CEDEAO/A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance, additionnel au Protocole relatif au Mécanisme de Prévention, de Gestion, de Règlement des Conflits, de Maintien de la Paix et de la Sécurité, adopté à Dakar le 21 décembre 2001, http://www.jo.gouv.sn/spip.php?page=imprimer&id_article=2522, consulté le 20 janvier 2022.

¹⁷ I.-M. FALL et A. SALL, « Une Constitution régionale pour l'espace CEDEAO : le Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance », *op.cit.*, p. 3.

¹⁸ Voir Conseil constitutionnel du Sénégal, *décision n° 3-C-2021 affaire n° 3 et 4-C-21 du 22 juillet 2021*, considérant n° 49, <https://conseilconstitutionnel.sn/decision-n-3-c-2021-affaire-n-3-et-4-c-21/>, consulté le 11 août 2022.

¹⁹ I.-M. FALL et A. SALL, « Une Constitution régionale pour l'espace CEDEAO : le Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance », *op.cit.*, p.1.

²⁰ *Ibidem*, p. 6. Selon les professeurs Ismaïla Madior Fall et Alioune SALL, il s'agit « du statut du pouvoir dans l'État, l'organisation des pouvoirs publics, les rapports que ceux-ci entretiennent entre eux, les droits et libertés fondamentaux, l'organisation juridictionnelle [...] ».

²¹ Pour les sanctions politiques, il s'agit de : refus de soutien d'un candidat de l'État ; refus de tenir une réunion dans l'État contrevenant ou encore suspension de l'État des instances de la CEDEAO, voir (Article 45 du Protocole)1.

²² A. SOMA, « Sur le principe d'une obligation des États africains de se "démocratiser" : éléments de droit constitutionnel et de droit international public », *AYIL*, 2008, Vol. 16 (1), p. 373 et s.

²³ CJCEDEAO, Affaire n° ECW/CCJ/APP/19/15, Jugement n° ECW/CCJ/JUD/16/15, *Congres pour la Démocratie et le Progrès (CDP) & autres c/L'État du Burkina*, Arrêt du 13 juillet 2015.

*Sociale libérale (USL) contre État du Sénégal*²⁴, *Mme Améganvi Manavi Isabelle et autres*²⁵ et des droits humains²⁶. La jurisprudence de la CJCEDEAO relative aux droits humains est abondante et ne peut être citée intégralement dans le cadre limité de cette étude. Il s'agira de voir ici quelques exemples de sanctions concernant l'interdiction de l'esclavage et la servitude (*affaire Hadijatou Mani Koraou c/République du Niger*²⁷), les détentions arbitraires, (*Affaires Allain Victor Claude c/La République de Côte-d'Ivoire*²⁸, *Assane Diouf et Cheikh Mbacké Gadiaga c/L'État du Sénégal*²⁹), du droit propriété (*Affaire Hama Hiya et un autre c/République du Mali*³⁰), etc. L'étude de cette abondante jurisprudence interpelle sur le respect de l'ordre constitutionnel communautaire.

Cette étude suscite une question juridique centrale. *Les différentes sanctions juridictionnelles aux violations de l'ordre constitutionnel décidées par la CJCEDEAO*

sont-elles dûment exécutées par les États membres ?

La notion d'ordre constitutionnel telle que formulée dans cette étude nécessite des précisions. Le respect de l'ordre constitutionnel est traditionnellement compris comme une exigence de l'ordre juridique interne d'un État. Néanmoins, les organisations d'intégration telles que la CEDEAO et le Conseil de l'Europe créent un ordre juridique communautaire dans lequel des règles et principes sont élevés au rang de normes constitutionnelles. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a qualifié la Convention européenne des droits de l'homme d'« *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »³¹. De même, la Cour de justice de l'Union européenne a qualifié le Traité de Rome de « *Charte constitutionnelle de base* » à laquelle les actes des États membres et des institutions doivent se conformer³². La CEDEAO a érigé des règles et principes issus des textes

²⁴ CJCEDEAO, *L'Union Sociale Libérale (USL) contre l'État du Sénégal*, Requête n° ECW/CCJ/APP/58/18, Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/10/21, Arrêt du 23 août 2021.

²⁵ CJCEDEAO, *Madame Améganvi Manavi Isabelle et autres c/État du Togo* Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/09/11, Arrêt du 7 octobre 2011.

²⁶ A.-D. OLINGA, « La promotion de la démocratie et d'un ordre constitutionnel de qualité par les systèmes africains de protection des droits fondamentaux : entre acquis et défis », *Annuaire africain des droits de l'homme*, Vol. 1-2017, pp. 221-243.

²⁷ CJCEDEAO, *affaire Hadijatou Mani Koraou c/République du Niger*, ARRÊT n° ECW/CCJ/JUD/06/08 du 27 octobre 2008.

²⁸ CJCEDEAO, *Affaire, Kodjo Alain Victor Claude C/ La République de Côte-d'Ivoire* ECW/CCJ/APP/01/21 ECW/CCJ/JUD/09/21, Arrêt du 26 avril 2020.

²⁹ CJCEDEAO, *Affaire Assane Diouf et Cheikh Mbacké Gadiaga c/L'État du Sénégal*, Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/10/19, Arrêt du 27 février 2019.

³⁰ CJCEDEAO, *Affaire Hama Hiya et un autre c/ République du Mali*, Requête n° ECW/CCJ/APP/09/18, Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/05/21, Arrêt du 9 mars 2021.

³¹ Cour européenne des droits de l'homme, Gc, 23 mars 1995, *affaire Loizidou c/Turquie*, § 75.

³² Cour de justice de l'Union européenne (ex-CJCE), 23 avril 1986 *Parti écologiste Les Verts c/Parlement européen*, affaire 294/83, § 23, Rec. p.1339.

communautaires et considérés comme ayant une valeur constitutionnelle au sein des États membres. Les *principes de convergence constitutionnelle* dont il est question sont des principes constitutionnels communs à tous les États membres de la CEDEAO selon les termes de l'article 1^{er} du Protocole A/SP1/12/01³³. Il s'agit de la volonté de la Communauté de créer un ordre constitutionnel communautaire différent de celui qui est propre à chaque État membre. Même s'il n'existe pas encore de Constitution au sens formel de la CEDEAO, cette dernière a élevé certaines normes communautaires au rang de normes constitutionnelles. L'ordre constitutionnel analysé ici doit être compris dans ce sens. La majorité des normes composant cet ordre constitutionnel sont codifiées dans l'article 1^{er} du Protocole A/SP1/12/01 relatif aux principes de convergence constitutionnelle communs à tous les États membres.

Le choix de ce sujet intervient dans un contexte particulier dans l'espace CEDEAO. Entre le 18 août 2020 et le 30 septembre 2022, certains pays membres de la Communauté tels que le Mali en août

2020 puis en mai 2021, la Guinée en mars 2020 puis en 2021 et le Burkina-Faso en janvier 2022 puis en septembre 2022 ont connu des situations politiques ayant un rapport avec le respect de l'ordre constitutionnel. Il s'agit de cinq coups d'État militaires réussis (Mali, Guinée et Burkina-Faso) et d'un putsch manqué (Guinée-Bissau). L'intérêt de l'étude consiste, entre autres, à souligner l'impératif pour tous les États membres de respecter l'ordre constitutionnel créé par la CEDEAO³⁴. La survie et le renforcement des acquis démocratiques dans l'espace CEDEAO dépendent littéralement de l'attitude des États membres envers leur effectivité dans leurs ordres juridiques internes respectifs. Pour ce faire, les normes communautaires ne doivent pas être considérées comme des normes cosmétiques, mais comme des normes en vigueur pleinement applicables et respectées par tous les États membres. Il ne s'agit pas d'un simple rappel à l'ordre des États violant l'ordre constitutionnel. En réalité, la crédibilité et le rayonnement de la CEDEAO passeront nécessairement par le

³³ M. KAMARA, « Le Protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance et les droits bafoués de l'opposition sénégalaise », 18 juillet 2022, https://senego.com/protocole-de-la-cedeao-sur-la-democratie-et-la-bonne-gouvernance-et-droits-bafoues-de-lopposition-senegalaise-par-mactar-kamara_1447669.html, consulté le 26 août 2022.

³⁴ L.-M. IBRIGA, « La cohabitation des différentes juridictions des systèmes d'intégration en Afrique de l'Ouest », in *Justice et droits de l'homme* sous la

direction de E. DECAUX, p. 533 et s ; A. SALL, *La justice de l'intégration Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Dakar, Éditions CREDILA, 2011, 398 p ; A. DIEYE, « La Cour de justice de la CEDEAO et les juridictions nationales des États membres », Actes du colloque organisé par le CREDILA, Université de Dakar, 27-28 avril 2006, *Les Nouvelles Annales Africaines*, n° 1, 2007, p. 185.

respect des valeurs et règles librement consenties par les États membres.

Le respect de l'ordre constitutionnel constitue un impératif dans l'espace CEDEAO³⁵. La CJCEDEAO veille à ce que les États membres s'acquittent de leurs obligations procédant de leur participation à la Communauté. En ce sens, elle décide différentes sanctions à l'encontre des États membres violant l'ordre constitutionnel (I). Les sanctions prises par la CJCEDEAO doivent être exécutées par les États. Cette exigence étatique d'exécution des décisions de la CJCEDEAO relève de leurs obligations conventionnelles (II).

I. La variété des sanctions

L'ordre constitutionnel créé au sein de la CEDEAO repose fondamentalement sur le respect des principes démocratiques et des droits humains des populations de la Communauté³⁶. L'effectivité de ce mécanisme incombe aux États membres. Ainsi, la CJCEDEAO sanctionne à la fois les atteintes aux modalités démocratiques d'accession au pouvoir (A) et les violations des droits humains des populations des États membres³⁷ (B).

A. Les sanctions juridictionnelles aux violations des modalités démocratiques d'accession au pouvoir

La démocratisation des États membres fait partie des exigences de la CEDEAO³⁸. Elle est le garant d'une stabilité politique

³⁵ F.-J. AÍVO, « Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique », *Revue du Conseil constitutionnel*, n° 4-2014, pp. 289-325, http://www.webreview.dz/IMG/pdf/les_tendances_emergentes_du_nouvel_ordre_constitutionnel_en_afrique.pdf, consulté le 16 mars 2022.

³⁶ B. KANTE, « La justice constitutionnelle face à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », in O. NAREY (dir.), *La justice constitutionnelle*, (Actes du Colloque international de l'ANDC), Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 21-40.

³⁷ B. AMADOU ADAMOU, *Le constitutionnalisme à l'épreuve de l'intégration dans l'espace CEDEAO : contribution à l'étude de la protection des droits fondamentaux depuis l'« ouverture démocratique » en Afrique*, Thèse Université de Toulon, 2018, 559 p, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02007836/document>, consulté le 9 mars 2022 ; S. BALDE, *La convergence des modèles constitutionnels : études de cas en Afrique subsaharienne*, Paris, Ed. Publibook, 2011, 536 p ; A. H. DIOMPY, *Le paradoxe de l'internationalisation du droit constitutionnel en Afrique : réflexions sur les interactions normatives,*

institutionnelles et politiques dans l'espace CEDEAO, Thèse, droit, Université de Bordeaux, 2017 ; SANWE M. KIENOU, « L'incidence du droit régional africain sur le droit constitutionnel des États francophones d'Afrique de l'ouest », *RFDC*, 2017/2, n° 110, pp. 413-436 ; S. DOUMBÉ-BILLÉ, « Droit international et stabilité constitutionnelle en Afrique de l'ouest », in *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*. Tome I, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 211-224.

³⁸ Voir article 4 (j) du Traité révisé du 24 juillet 1993, voir également B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, 2009, n° 129, pp. 5-25 ; A. BATHILY, « La démocratisation en Afrique de l'Ouest : état des lieux », in *La construction de la paix et de la démocratie en Afrique de l'Ouest*, (Actes du Forum des partis politiques, des médias et de la société civile en Afrique de l'Ouest tenu à Cotonou au Bénin du 28 juin au 1^{er} juillet 2005), publié par le Club du Sahel et de l'Afrique de l'Ouest, <https://www.oecd.org/fr/csao/publications/38521346.pdf>, consulté le 9 mars 2022.

indispensable à la paix et au développement économique. Dans la Communauté, les citoyens jouissant de leurs droits civils et politiques ont le droit de participer librement aux élections³⁹. Toute atteinte à ce droit est susceptible d'être sanctionnée par la CJCEDEAO (1). De plus, toute accession au pouvoir au sein d'un État membre doit s'effectuer en conformité avec les principes de convergence constitutionnelle⁴⁰. Dans le cas contraire, la CJCEDEAO est habilitée à intervenir pour sanctionner les prises de pouvoir anticonstitutionnelles (2).

1. Les sanctions aux violations du droit de libre participation aux élections

Le Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance prévoit dans son article 1^{er} d) « le strict respect des principes démocratiques »⁴¹. Il appartient à la CJCEDEAO de veiller à ce que les États membres ne contreviennent pas aux principes démocratiques. De nombreuses

décisions de sanction prises par la CJCEDEAO sont afférentes à des violations des principes démocratiques commises par certains États membres⁴². Elles concernent, entre autres, la participation aux élections, le processus électoral, le pluralisme politique, le parrainage, etc.

Le droit de libre participation aux élections a fait l'objet de plusieurs recours devant la CJCEDEAO⁴³. Dans son *arrêt CDP c'État du Burkina-Faso* précité, la CJCEDEAO estime que « l'exclusion d'un certain nombre de formations politiques et de citoyens de la compétition électorale qui se prépare relève d'une discrimination difficilement justifiable en droit »⁴⁴. La Cour précise qu'il peut exister, dans un État, des cas d'inéligibilités⁴⁵. Cependant, elles doivent être « justifiées notamment par la commission d'infractions particulièrement graves »⁴⁶. Or, les dispositions de l'article 135 du Code électoral burkinabè ne relevaient pas de la qualification

³⁹ A.-D. OLINGA, « La promotion de la démocratie et d'un ordre constitutionnel de qualité par le système africain des droits fondamentaux : entre acquis et défis », *Annuaire africain des droits de l'homme*, 2017-1, pp. 221-243.

⁴⁰ Voir Chapitre I. Section I du Protocole sur la Démocratie et la bonne gouvernance intitulé « Des principes de Convergence Constitutionnelle » ; voir également S.-M. KIENOU, « L'incidence du droit régional africain sur le droit constitutionnel des États francophones d'Afrique de l'ouest », *RFDC*, 2017/2, n° 110, pp. 413-436 ; A. CABANIS, « La démocratie par le droit constitutionnel », *Revue du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 2, pp. 15-33

⁴¹ Article 1^{er}, § d) Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance, *op.cit.*

⁴² R. BANÉGAS, « Putsch et politique de la rue au Burkina Faso », *Politique africaine*, 2015, n° 139, pp. 147-170.

⁴³ SH. ADJOLOHOUN et EMN YOUNBI, « L'émergence d'un juge électoral régional africain », *Annuaire africain des droits de l'homme*, 2019-3, pp. 22-48.

⁴⁴ *Arrêt CDP et autres c'État du Burkina Faso, op.cit.*, § 28.

⁴⁵ R. GHEVONTIAN, « Les inéligibilités-sanctions », *Les Cahiers du CNFPT*, n° 45, novembre 1995, pp. 91-99 ; J. GALVEZ, *Les inéligibilités « sanctions » comme élément de la moralisation de la vie politique*, Thèse, Aix-Marseille III, 1999, 444 p.

⁴⁶ *Arrêt CDP et autres c'État du Burkina Faso, op.cit.*, § 28.

d'infractions graves. Néanmoins, la Cour fustige « *le caractère ambigu des critères de l'exclusion* »⁴⁷ et c'est cela qui a entraîné leur non-conformité aux textes communautaires. Ainsi, la CJCEDEAO décide que « *le Code électoral du Burkina-Faso, tel que modifié par la loi n° 005-2015/CNT du 7 avril 2015, est une violation du droit de libre participation aux élections et ordonne en conséquence à l'État du Burkina de lever tous les obstacles à une participation aux élections consécutifs à cette modification* »⁴⁸. La décision de la Cour peut s'analyser comme répondant à l'exigence de la CEDEAO envers les États membres d'organiser des élections en conformité avec le pluralisme politique, la libre concurrence entre les différentes formations politiques et la transparence. Durant ces élections, la libre participation doit être assurée. En effet, l'un des principes fondamentaux de la démocratie réside dans le fait que, tout citoyen qui le désire et qui remplit les conditions légales, peut se porter candidat aux élections. Selon la

jurisprudence internationale, ce droit ne doit être restreint que pour des buts légitimes, notamment le maintien de « *l'ordre démocratique, la protection de l'indépendance de l'État et de la sécurité nationale* »⁴⁹.

Le principe de l'interdiction de toute discrimination durant les élections est aujourd'hui bien ancré dans la jurisprudence. Dans son arrêt *SGA c/République du Bénin*, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples avait mis en exergue les « *principes selon lesquels le droit de se porter candidat aux élections est "inhérent à la notion de régime véritablement démocratique" et que toute restriction à ces droits doit être justifiée, c'est-à-dire, qu'elle doit être nécessaire, légitime et proportionnée* »⁵⁰. Un raisonnement similaire a également été tenu par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies à travers son observation générale n° 25 relative à l'article 25 du PIDCIP (Participation aux affaires publiques et droit de vote)⁵¹. D'autres

⁴⁷ Arrêt *CDP et autres c/État du Burkina Faso*, *op.cit.*, § 26.

⁴⁸ Arrêt *CDP et autres c/État du Burkina Faso*, *op.cit.*, p. 14; pour un commentaire de cet arrêt voir notamment Y. OUEDRAOGO, « Retour sur une décision controversée : l'arrêt de la Cour de justice de la CEDEAO du 13 juillet 2015, *CDP et autres c/ État du Burkina* », *Les Annales de droit*, 10 | 2016, pp. 197-232; J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Le juge de la CEDEAO et la révolution démocratique burkinabé », <https://jfaki.blog/wp-content/uploads/2015/07/le-juge-de-la-cedeao-et-la-rc3a9volution-dc3a9mocratique-burkinabc3a9c2a01.pdf>, consulté le 15 mars 2022; L.-M. IBRIGA « La décision de la Cour vient de résoudre un problème important », *Burkina24*, 13 juillet 2015,

(<http://www.burkina24.com/2015/07/13/luc-marius-ibriga-la-décision-de-la-cour-vient-résoudre-un-problème-important/>, consulté le 15 mars 2022.

⁴⁹ Voir CEDH, Grande Chambre, *Affaire Zdanoka c. Lettonie*, Requête n° 58278/00, Arrêt du 16 mars 2006, § 74.

⁵⁰ CADHP, *Affaire Sébastien Germain Marie Aïkono Ajavon (ASG) c/République du Bénin*, Requête n° 062/2019, Arrêt 4 décembre 2020, § 197.

⁵¹ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Observation générale n° 25 (57), Observation générale n° 25 : Article 25 (Participation aux affaires publiques et droit de vote), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), § 17

formes des restrictions au droit de participer librement aux élections ont été sanctionnées par la CADHP dans son arrêt *SGA c/République du Bénin* précité. Il s'agit de l'interdiction par le Bénin des candidatures indépendantes⁵² et des alliances électorales⁵³. L'idée principale à défendre ici consiste à insister sur le fait qu'une vraie démocratie prône l'inclusion à la place de l'exclusion. Ainsi, chaque citoyen peut participer à la gestion des affaires publiques et au développement de son pays⁵⁴. Dans les pays en voie de développement comme ceux de la CEDEAO, la contribution de toutes les composantes de la population est indispensable pour renforcer la démocratie et le développement économique car l'intervention exclusive des institutions étatiques en ce domaine a largement montré ses limites. De nombreuses crises sociales intervenues dans les États de la CEDEAO

sont en partie dues aux décisions politiques qui sont en déphasage total avec les attentes de la majorité de la population⁵⁵. Pour éviter une telle situation qui entraîne souvent des crises, il est nécessaire que les différentes forces de la nation soient représentées dans les instances de prise de décisions politiques aux fins de mieux prendre en considération leurs préoccupations sociales. La jurisprudence de la CJCEDEAO susmentionnée s'inscrit dans cette logique. La CJCEDEAO a également connu un autre contentieux relatif au parrainage citoyen⁵⁶ mis en place par le législateur sénégalais pour l'élection présidentielle du 24 février 2019⁵⁷ et les élections législatives du 31 juillet 2022⁵⁸ dans le but d'assainir la démocratie sénégalaise et de rationaliser l'organisation des élections⁵⁹ dans un pays qui compte actuellement trois cent vingt-cinq (325) partis politiques selon les

file:///C:/Users/DELL/Downloads/G0842236%20(1).pdf, consulté le 18 mars 2022.

⁵² CADHP, *Affaire ASG c/République du Bénin*, *op.cit.*, § 205.

⁵³ CADHP, *Affaire ASG c/République du Bénin*, *op.cit.*, § 206.

⁵⁴ A. SOMA, « Le Burkina doit trouver le moyen de mettre en œuvre la décision de la Cour de Justice de la CEDEAO en retirant du code tous les obstacles à l'éligibilité », *Afrique 360°*, 2015,

⁵⁵ A. ONDOUA, « La population en droit constitutionnel. Le cas des pays d'Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, 2012/2, n° 242, p. 87.

⁵⁶ En juillet 2018, le législateur sénégalais a voté la loi n° 2018-22 du 04 juillet 2018 mettant en place le parrainage citoyens pour certaines élections. L'Union sociale libérale (USL), un parti d'opposition saisit la CJCEDEAO en alléguant que la loi n° 2018-22 du 4 juillet 2018 susmentionnée viole le droit de libre participation aux élections. L'USL prie la CJCEDEAO d'ordonner à l'État du Sénégal de lever tous les obstacles à la libre participation aux élections

consécutifs à cette modification (du Code électoral), ⁵⁶ CJCEDEAO, *Affaire, L'Union Sociale Libérale (USL) contre l'État du Sénégal*, *op.cit.*, § 3.

⁵⁷ Le parrainage pour l'élection présidentielle a été institué au Sénégal à travers la loi n° 2018-22 du 4 juillet 2018 portant révision du Code électoral. Celui-ci a été modifié par la loi n° 2021-35 du 23 juillet 2021. L'article L. 120 paragraphes 2 et 3 énonce ceci : (Pour être recevable, toute candidature (à la présidence de la République) doit être accompagnée de la signature d'électeurs représentant, au moins 0,8% et au maximum, 1% du fichier électoral général. Ces électeurs doivent être domiciliés dans au moins sept régions à raison de dix mille au moins par région », article L.120 §§ 1et 2 du Code électoral sénégalais.

⁵⁸ Pour les élections législatives, le parrainage est prévu aux articles L. 149-3 et R.76-4.

⁵⁹ M.-M. THIOUNE, « La rationalisation des partis politiques au Sénégal », in M. BADJI et E.-O. DIOP (dir.), *Mélanges en l'honneur du juge Kéba Mbaye. Administrer la justice. Transcender les frontières du droit*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2018, pp. 696-704.

dernières statistiques connues⁶⁰. Dans son arrêt du 28 avril 2021, *ULS C/l'État du Sénégal*, la CJCEDEAO énonce que « *le Code électoral sénégalais tel que modifiée par la loi n° 2018-22 du 04 juillet 2018 viole le droit de libre participation aux élections et ordonne en conséquence à l'État du Sénégal de lever tous les obstacles à une libre participation aux élections consécutifs à cette modification par la suppression du système du parrainage électoral* »⁶¹. En outre, la Cour demande à l'État du Sénégal de lui fournir un rapport concernant l'exécution de sa décision dans un délai de six (6) mois⁶². La condamnation par la Cour de la législation sénégalaise sur le parrainage repose sur la violation du secret du vote et des risques d'abus et de représailles contre certains électeurs par rapport à leur choix de parrainage⁶³.

La décision de condamnation de la CJCEDEAO sur le parrainage citoyen au Sénégal a diversement été appréciée par la majorité et l'opposition sénégalaises. Rappelons que le parrainage existait au Sénégal depuis 1963⁶⁴. La loi n° 2018-22 du 4 juillet 2018 n'a fait que généraliser, pour l'élection présidentielle et les élections législatives, le parrainage citoyen déjà existant. Par ailleurs, il faut souligner que le parrainage existe dans de nombreux pays comme la France, le Cameroun⁶⁵, Madagascar⁶⁶, le Niger⁶⁷, le Bénin⁶⁸, le Mali⁶⁹, le Rwanda⁷⁰, etc. Cette législation répandue dans ces États démontre que le parrainage est devenu une pratique démocratique courante. La décision de la CJCEDEAO sur la loi sénégalaise relative au parrainage est tout de même critiquable. La Cour évoque deux points, en

⁶⁰ *Xibaaru.sn*, « Sénégal : sur 325 partis politiques, moins de 30 sont en règle », <https://www.xibaaru.sn/senegal-sur-325-partis-politiques-moins-de-30-sont-en-regle/>, consulté le 29 août 2022.

⁶¹ CJCEDEAO, Affaire, *L'Union Sociale Libérale (USL) contre l'État du Sénégal*, *op.cit.*, (III) Dispositif, p. 31.

⁶² CJCEDEAO, Affaire, *L'Union Sociale Libérale (USL) contre l'État du Sénégal*, *op.cit.*, (III) Dispositif, p. 31.

⁶³ CJCEDEAO, Affaire, *L'Union Sociale Libérale (USL) contre l'État du Sénégal*, *op.cit.*, § 104.

⁶⁴ Voir article 24 § 2 de la Constitution du 7 mars 1963 : « Toute candidature, pour être recevable, doit être présentée par un parti politique légalement constitué ou être accompagnée de la signature d'électeurs représentant au moins dix mille inscrits domiciliés dans six régions à raison de cinq cents au moins par région. Les candidats indépendants, comme les partis politiques, sont tenus de se conformer à l'article 3 de la Constitution. Chaque parti ou coalition de partis politiques ne peut présenter qu'une seule candidature ».

⁶⁵ Voir article 121 (1) point 2° de la loi n° 2012-001 du 19 avril 2012 portant Code électoral en République du Cameroun, modifiée et complétée par la loi n° 2012/017 du 21 décembre 2012.

⁶⁶ Article 7 al 1^{er} de la loi organique n° 2018-009 du 11 mai 2018 relative à l'élection du Président de la République de Madagascar.

⁶⁷ Article 123 al 2 de la loi organique n° 2017-64 du 14 août 2017 portant Code électoral du Niger.

⁶⁸ Article 132 *in fine* de la loi n° 2019-43 du 15 novembre 2019 portant Code électoral de la République du Bénin ; voir également H. AKEREKORO, « Réflexions critiques sur la première révision (loi du 7 novembre 2019) de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 », *Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif*, n° 2021-1, p. 615.

⁶⁹ Article 149 § 2 de la loi n° 2019-048 du 17 octobre 2016 portant loi électorale, modifiée par la loi n° 2018-014 du 23 avril 2018. Version consolidée à la date du 28 février 2020.

⁷⁰ Article 73 points 5° et 6° de la loi organique n° 17/2003 du 07/7/2003 relative aux élections présidentielles et législatives de la République du Rwanda.

l'occurrence, la violation du secret du vote et le risque d'abus et de représailles du fait de la publication de la liste des électeurs ayant parrainé un candidat. Sur le principe relatif à la violation du secret du vote, la position de la Cour est contestable. En effet, le fait de parrainer un candidat ne signifie pas qu'on va forcément voter pour lui. Il ne s'agit que d'une simple présomption. En réalité, « ce n'est pas parce qu'un électeur a parrainé un candidat qu'il doit nécessairement voter pour ce candidat »⁷¹. Sur les risques d'abus et de représailles, la position de la Cour ne repose pas sur des données factuelles mais sur une simple supposition. Le parrainage par les citoyens institué au Sénégal place tous les candidats sur un pied d'égalité. C'est le parrainage par les élus qui pourrait représenter une difficulté pour certains candidats de l'opposition et les candidats indépendants comme cela a été dénoncé dans certains pays comme le Bénin⁷² ou la France⁷³ qui le

pratiquent. En plus des décisions susmentionnées portant essentiellement sur le droit de participer librement aux élections, le respect de l'ordre constitutionnel dans l'espace CEDEAO exige également la prise de sanction contre toute prise de pouvoir anticonstitutionnelle, en l'occurrence, les coups d'État militaires.

2. Les sanctions aux prises de pouvoir anticonstitutionnelles

Au sein de la CEDEAO, les prises de pouvoirs anticonstitutionnelles procèdent souvent des coups d'État militaires. Entre 1991 et 2000, il y a eu quinze (15) coups d'État militaires en Afrique. De 2011 à 2020, le nombre de coups d'État a diminué jusqu'à huit (8)⁷⁴. Depuis le 18 août 2020 date du coup d'État militaire au Mali, une résurgence des coups d'État militaires est notée en Afrique notamment dans l'espace CEDEAO. Rappelons qu'en l'espace de dix-huit (18) mois, trois pays de la

⁷¹ H. AKEROKO, « Réflexions critiques sur la première révision (loi du 7 novembre 2019) de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 », *op.cit.*, p. 616.

⁷² Le professeur Hilaire AKEREKORO explique que « dans l'hypothèse du parrainage par des élus il y a des raisons sérieuses de croire et de soutenir que l'élection présidentielle risque de favoriser les candidats qui soutiennent le pouvoir au détriment de celles de l'opposition politique, surtout lorsque les élus sont plus proches du pouvoir. Cette idée est confirmée par la distribution des parrainages dans le cadre de l'élection présidentielle du 11 avril 2021 au Bénin, puisque sur 159 parrainages, le duo formé par le Président de la République sortant et sa colistière ont obtenu 118 parrainages, soit plus de 2/3 du total des parrainages disponibles. Dans ces conditions, le système du parrainage par des élus constitue un moyen d'exclure des candidatures, notamment celles qui peuvent émaner

de l'opposition politique à l'élection présidentielle. Dans cette hypothèse, cette élection n'est plus inclusive ; elle est exclusive et porte des germes de mécontentement, de frustrations et de conflits latents », H. AKEREKORO, « Réflexions critiques sur la première révision (loi du 7 novembre 2019) de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 », *op.cit.*, p. 616.

⁷³R. MAGNI-BERTON et C. POYET, « Les parrainages des candidats à l'élection présidentielle », *Revue française de science politique*, 2017, Vol. 67, n° 6, pp. 1187-1205 ; J.-C. COLLIARD, « Les parrainages à l'élection présidentielle », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 1, pp. 13-21.

⁷⁴ *Institut d'études de sécurité (ISS)*, « Les coups d'État sont de retour en Afrique », 15 octobre 2021, <https://issafrica.org/fr/iss-today/les-coups-detat-sont-de-retour-en-afrique>, consulté le 30 octobre 2022.

CEDEAO (Guinée, Mali et Burkina-Faso) ont connu des coups d'État militaires réussis et deux autres, la Guinée-Bissau et la Gambie⁷⁵, ont connu des coups d'État manqués. Or, les textes adoptés au sein de la CEDEAO et de l'Union africaine (UA) [Article 1^{er} b), c) et d) du Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance]⁷⁶ prohibent cette modalité anticonstitutionnelle de prise du pouvoir qui n'est pas en conformité avec l'exigence de respect de l'ordre constitutionnel. De manière générale, « les modes de dévolution du pouvoir politique sont exclusivement appréhendés à travers le respect des conditions et des modalités prévues à cet effet par la Constitution »⁷⁷. En conséquence, toute prise de pouvoir anticonstitutionnelle dans l'espace CEDEAO doit être sanctionnée par la CJCEDEAO. Une telle exigence se

matérialise à travers l'interdiction des changements anticonstitutionnels de gouvernement par les organisations régionales et sous-régionales africaines. L'organisation de l'Unité africaine (OUA) et ensuite son successeur l'UA se sont prononcées sur la question à plusieurs reprises à travers les déclarations de Hararé (1997), d'Alger (1999)⁷⁸, de Lomé (2000)⁷⁹, de l'Acte constitutif de l'UA, du Protocole relatif à la création du Conseil de paix et de sécurité de l'UA et surtout l'article 25 (5) de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la bonne gouvernance (CADEG)⁸⁰ qui qualifie le changement anticonstitutionnel de gouvernement de « crime »⁸¹. Ces textes susmentionnés traduisent la volonté de la CEDEAO et de

⁷⁵ Le mercredi 21 décembre 2022, le gouvernement gambien a déclaré avoir déjoué un coup d'État militaire.

⁷⁶ Article 1^{er} b), c) et e) du Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance, *op.cit.* : « Les principes ci-après sont déclarés principes constitutionnels communs à tous les États membres de la CEDEAO : b) Toute accession au pouvoir doit se faire à travers des élections libres, honnêtes et transparentes ; c) tout changement anticonstitutionnel est interdit de même que tout mode non démocratique d'accession ou de maintien au pouvoir ; e) l'armée est apolitique et soumise à l'autorité politique régulière établie ; tout militaire en activité ne peut prétendre à un mandat politique électif ».

⁷⁷ OIF, *Rapport sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés 2016. Dynamiques constitutionnelles dans l'espace francophone*, Paris, Publication de l'OIF, 2016, p.34.

⁷⁸ Déclaration AHG/Decl.2 (XXXV) de notre 35^{ème} session ordinaire, tenue à Alger, du 12 au 14 juillet 1999.

⁷⁹ Déclaration sur les Changements Anticonstitutionnels de Gouvernement (2000) Adoptée en juillet 2000, à Lomé au Togo, par l'Assemblée des Chefs d'État et de Gouvernement de l'OUA. Selon la Déclaration de Lomé de 2000, un coup d'État militaire contre un gouvernement issu d'élections démocratiques fait partie des « situations pouvant être considérées comme un changement anticonstitutionnel de gouvernement », AHG/Decl.5 (XXXVI), p. 4, <https://www.peaceau.org/uploads/ahg-decl-5-xxxvi-f.pdf>, consulté 30 mars 2022.

⁸⁰ B. TCHIKAYA, « La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance », *AFDI*, Vol. 54, 2003, pp. 515-528 ; M. DAGRA, « La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, 5 ans après son entrée en vigueur : État de droit et alternance démocratique en Afrique », in M. BADJI et EL. H.-O. DIOP (dir), *Mélanges en l'honneur du juge Kéba Mbaye. Administrer la justice. Transcender les frontières du droit*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2018, pp. 261-272.

⁸¹ Voir Article 25 § 5 de la CADEG.

l'UA de lutter contre les coups d'État militaires⁸².

Après les coups d'État militaires intervenus au Mali et en Guinée, la CJCEDEAO a décidé des sanctions à l'encontre de ces deux pays à la suite des sanctions politiques décidées par la Conférence des chefs d'État de la CEDEAO à Accra au Ghana le 7 novembre 2021⁸³. Dans une note en date du 30 septembre 2021, le greffier en chef de la CJCEDEAO a rendu public un document relatif à la suspension des procédures concernant le Mali et la Guinée. La note énonce que « *le Président de la Cour a décidé de suspendre toutes les procédures concernant les pays susindiqués (Mali et Guinée) et conformément à l'article 78 du Règlement de la Cour qui dispose : " La procédure peut être suspendue : (a) dans tous les cas par décision du Président sauf pour les renvois préjudiciels" »*⁸⁴. La sanction de la CJCEDEAO se justifie par la violation par les pays concernés de l'ordre constitutionnel, en l'occurrence,

l'avènement d'un coup d'État militaire. Néanmoins, il est nécessaire d'aller au-delà de la constatation de la sanction prise par la Cour et de s'interroger sur les raisons des coups d'État militaires récurrents dans l'espace CEDEAO. Il faut s'orienter vers des solutions alternatives car les sanctions politiques et juridictionnelles jusque-là prises par les instances de la CEDEAO ne sont souvent, ni exécutées, ni dissuasives. Les dernières années sont marquées en Guinée et au Mali par une crise socio-économique due à la fois à la pandémie de Covid-19 et à l'insécurité⁸⁵. Ainsi, la prise du pouvoir par les militaires s'explique par cette contingence inattendue. En effet, les coups d'État militaires « traduisent un échec de la construction démocratique en Afrique »⁸⁶. Ils constituent le corolaire des crises politiques et des situations dans lesquelles le pouvoir civil en place n'apporte aucune solution aux différentes attentes des populations. Pour le cas du Mali et du Burkina-Faso, l'incapacité des

⁸² N.-C. V. N'GBESSO, *Recherche sur la notion de coup d'État en droit public : le cas de l'Afrique francophone*, Thèse Université de Bordeaux, 2018, p. 15.

⁸³ Voir Décision CMSA/DEC.02/11/2021 portant imposition des sanctions ciblées contre les autorités de la transition et toutes autres personnes empêchant le retour à l'ordre constitutionnel au Mali prise par la Conférence des chefs d'État de la CEDEAO à Accra le 7 novembre 2021, https://s.rfi.fr/media/display/93c4f94e-47e8-11ec-b440-005056bfb2b6/Fr_De%CC%81cision%20Sanctions%20Mali.pdf, consulté le 27 mai 2022.

⁸⁴ CJCEDEAO, *Décision de suspensions des procédures à l'encontre du Mali et de la Guinée*, Abuja,

30 septembre 2021, <https://www.wakatsera.com/cedeo-la-cour-de-justice-suspend-les-procedures-concernant-le-mali-et-la-guinee/>, consulté le 31 mars 2022.

⁸⁵ K. AHADZI, « L'Afrique face au défi sécuritaire », in M. BADJI et S.-N. TALL (dir.), *Les transformations de l'État. Mélanges en l'honneur de Babacar Guèye*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2019, pp. 45-68.

⁸⁶ S.- M. OUEDRAOGO, et D. OUEDRAOGO, « Propos inquiets sur la dissémination des régimes de transition constitutionnelle en Afrique », *Afrilex*, octobre 2021, p. 2, <http://afrilex.u-bordeaux.fr/propos-inquiets-sur-la-dissemination-des-regimes-de-transition-constitutionnelle-en-afrique/>, consulté le 31 mars 2022.

autorités civiles à trouver une réponse efficiente au terrorisme a davantage favorisé la prise du pouvoir par les militaires. Toutefois, la faillite du pouvoir des civils doit-elle justifier la prise du pouvoir par les militaires ? Dans une démocratie, la mission des forces armées consiste à assurer l'intégrité territoriale et non d'exercer des fonctions politiques⁸⁷. Ce principe est ancré dans l'article 1^{er} e) du Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance qui énonce que « l'armée est apolitique et soumise à l'autorité politique régulièrement établie ; tout militaire en activité ne peut prétendre à un mandat politique électif ». Les articles 19 § 1⁸⁸ et 20 §1⁸⁹ du même Protocole réitèrent le même principe. Cela découle de « la neutralité politique de l'armée et de son caractère républicain »⁹⁰. Dès lors, les sanctions prises par la CJCEDEAO contre les coups d'État militaires sont nécessaires. Ce faisant, la Cour sous-régionale joue son rôle de veiller au respect de l'ordre constitutionnel dans la Communauté. Ce constat doit susciter un changement de

paradigme de la part de l'organisation sous-régionale. En réalité, l'incurie de la CEDEAO face au recul démocratique dans ses États membres lui est préjudiciable. La passivité de la CEDEAO face au recul démocratique favorise l'instabilité politique dans la sous-régionale. La réapparition des coups d'État militaires de ces dernières années l'atteste. Pour faire face à cette situation, les chefs d'État et de gouvernement de la CEDEAO ont décidé, à l'issue de leur 62^e Sommet tenu à Abuja le 4 décembre 2022, d'adopter un projet de création d'une nouvelle force régionale qui aura pour mission de lutter contre le terrorisme et les changements anticonstitutionnels de gouvernement⁹¹. Elle sera financée par les États. Ce mode de financement suscite des interrogations quant à l'efficacité de la future force régionale. En effet, la force conjointe du G5 Sahel, l'ancien ECOMOG⁹² et son successeur la force d'attente de la CEDEAO se sont très souvent heurtés au manque de

⁸⁷ S.- M. OUEDRAOGO, et D. OUEDRAOGO, « Propos inquiets sur la dissémination des régimes de transition constitutionnelle en Afrique », *op.cit.*, p. 2.

⁸⁸ Article 19 § 1 du Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance, : « L'armée est républicaine et au service de la Nation. Sa mission est de défendre l'indépendance, l'intégrité du territoire de l'État et ses institutions démocratiques ».

⁸⁹ Article 20 du Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance : « L'armée et les forces de sécurité publique sont soumises aux autorités civiles régulièrement constituées ».

⁹⁰ I.-M. FALL et A. SALL, « Une Constitution régionale pour l'espace CEDEAO : le Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance », *op.cit.*, p. 4.

⁹¹ *Jeune Afrique*, 5 décembre 2022, « Jihadisme, coups d'État... L'Afrique de l'Ouest se dote d'une nouvelle force régionale », <https://www.jeuneafrique.com/1397935/politique/jihadisme-coup-detat-lafrique-de-louest-se-dote-dune-force-regionale/>, consulté le 20 décembre 2022.

⁹² ECOWAS Ceasefire Monitoring Group (Groupe de la CEDEAO chargé du contrôle et de la mise en œuvre du cessez-le-feu).

moyens financiers⁹³. Cela a sensiblement limité l'efficacité de leurs interventions. La nouvelle force régionale subira-t-elle le même sort ? L'une des conséquences des coups d'État militaires, en l'occurrence, le non-respect des principes démocratiques s'accompagne souvent des violations des droits de l'homme. Le cas échéant, la CJCEDEAO est également habilitée à sanctionner les États mis en cause.

B. Les sanctions juridictionnelles aux violations des droits humains

L'exigence de respect de l'ordre constitutionnel dans l'espace CEDEAO ne peut s'entendre sans l'obligation de respecter les droits de l'homme. Ainsi en 2005, la CJCEDEAO a connu une extension de ses compétences en matière de contrôle du respect des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne des États membres. Le Protocole A/SP.1/01/05 de 2005 a conféré une compétence en matière de contrôle des droits de l'homme à la CJCEDEAO (1). Sur le fondement de cette nouvelle compétence, la CJCEDEAO peut décider des sanctions à l'encontre de toutes

les violations des droits de l'homme intervenues dans l'ordre juridique interne d'un État membre (2).

1. Le fondement juridique : la compétence en matière de droits de l'homme

La vocation originelle de la CEDEAO résidait dans la réalisation de l'intégration économique et de la coopération entre les États membres⁹⁴. Pour atteindre ces objectifs, il est nécessaire de créer un climat politique favorable, c'est-à-dire, apaisé. Cela passe nécessairement par le renforcement des principes démocratiques et du respect des droits humains dans les États membres⁹⁵. Dans cette perspective, l'article 1^{er} h) du Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance dispose que « les droits contenus dans la CADHP et les instruments internationaux sont garantis dans chacun des États membres de la CEDEAO ». Pour concrétiser cela, l'article 9 § 4 du même Protocole énonce que « *la Cour est compétente pour connaître des cas de violation des droits de l'homme dans tout*

⁹³ CH. ÉBOULÉ, « Afrique de l'Ouest : la CEDEAO a-t-elle les moyens d'une force militaire crédible contre les coups d'Etat et le terrorisme », *InfoTV5Monde*, 6 décembre 2022, <https://information.tv5monde.com/afrique/afrique-de-l-ouest-la-cedeao-t-elle-les-moyens-d-une-force-militaire-credible-contre-les>, consulté le 20 décembre 2022.

⁹⁴ Selon l'article 3 du traité de la CEDEAO, « la Cour de justice de la CEDEAO, tout comme l'ensemble dans lequel elle s'intègre, a pour objectifs de promouvoir la

coopération et l'intégration, de veiller à la mise en place d'une union économique de l'Afrique de l'Ouest afin d'élever le niveau de vie de ses peuples, de maintenir et d'augmenter la stabilité économique, de promouvoir les relations entre les États membres et de contribuer au progrès et au développement du continent africain ». S.-N. TALL, *Droit des organisations internationales africaines*, op.cit., p. 397.

⁹⁵ A. SALL, *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de justice de la CEDEAO*, Paris, L'Harmattan, 2019, 264 p.

État membre »⁹⁶. La Cour est décidée à assumer cette attribution en écartant certaines exceptions d'incompétence souvent soulevées par les États défendeurs. Dans l'affaire *Lieutenant-colonel Silas Jock Santoi c/Nigéria*, « la Cour a souligné que sa compétence ne peut être remise en question lorsque les faits invoqués se rapportent aux droits de l'homme [...] »⁹⁷. Depuis 2005, la CJCEDEAO, connaît des violations des droits de l'homme. « L'élargissement de la compétence [de la Cour] s'explique par la volonté d'accroître la "productivité" de celle-ci et de mieux la faire connaître des citoyens de la Communauté »⁹⁸. Le contentieux des violations des droits humains est de plus en plus abondant devant le prétoire de la Cour. Cette situation peut s'expliquer par plusieurs raisons. D'une part, la Cour n'applique pas la règle de l'épuisement des voies de recours internes⁹⁹. D'autre part, elle vient combler un vide juridique en matière de contrôle des droits de l'homme dans la région ouest-africaine où de nombreux États n'ont pas encore accepté la juridiction de la CADHP en faisant la

déclaration d'acceptation des requêtes individuelles. Dès lors, en cas d'incurie des juridictions nationales en termes de protection des droits fondamentaux, le premier réflexe des justiciables dont les droits fondamentaux ont été violés consiste à saisir la CJCEDEAO.

Il est également noté l'absence d'un instrument spécifique de protection des droits de l'homme mis à la disposition de la CJCEDEAO. De ce fait, « les textes susceptibles d'être invoqués par les requérants ne sont pas des "textes de la CEDEAO" »¹⁰⁰. Cependant, la Cour a surmonté cette difficulté en ayant recours à tous les instruments de protection des droits de l'homme reconnus par les États membres conformément aux dispositions de l'article 1^{er} h) du Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance qui énonce que « les droits reconnus dans la CADHP et les instruments internationaux sont garantis dans chacun des États membres ; tout individu ou toute organisation à la faculté de se faire assurer cette garantie par les juridictions de droit commun ou par une juridiction spéciale

⁹⁶ Article 9 § 4 du Protocole additionnel (A/SP.1/01/05) portant amendement du préambule, des articles 1er, 2, 9, 22 et 30 du Protocole A/P1/7/91 relatif à la Cour de justice de la Communauté, ainsi que de l'article 4 paragraphe 1 de la version anglaise dudit protocole.

⁹⁷ CJCEDEAO, *Affaire Lieutenant-Colonel Silas Jock Santoi c/Nigéria*, EWC/CCJ/JUD/01/19, Arrêt du 23 janvier 2019, § 73.

⁹⁸ A. SALL, *La justice de l'intégration. Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOAU*, op.cit., p. 25.

⁹⁹ B. N'DO PABOZI, « L'absence d'épuisement préalable des voies de recours internes devant une juridiction internationale : omission ou renoncement ? », *Bulletin de la Cour (de justice de la CEDEAO)*, n° 1, Vol. 1, janvier-mars 2008, pp. 21-27.

¹⁰⁰ A. SALL, *La justice de l'intégration. Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, op.cit., p. 26 ; voir également A. SALL, *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de justice de la CEDEAO*, op.cit., p. 37.

[...] »¹⁰¹. Cette situation va inciter la Cour à fixer l'étendue de ses normes de référence. Pour ce faire, elle a considéré qu'elle était compétente pour connaître des violations des droits de l'homme énoncées dans les instruments africains et internationaux de protection des droits de l'homme liant les États membres. Elle a affirmé cela dans plusieurs arrêts notamment les affaires *Docteur Jerry Ugokwe c/Nigéria*¹⁰² et *Dame Khadidiatou Mani Koraou c/Niger*¹⁰³. Par ailleurs, la CJCEDEAO a souligné dans les affaires *Karim Meissa Wade c/Sénégal*¹⁰⁴ et *Mamadou Tandja c/Niger* que le simple fait d'invoquer une violation des droits dans une requête ou une allégation d'une violation des droits de l'homme impliquant des obligations internationales ou communautaires d'un État membre suffit pour établir la compétence de la Cour¹⁰⁵. Désormais, toute atteinte aux droits fondamentaux subie par une personne se trouvant sur le territoire

d'un État membre peut être dénoncée devant le prétoire de la CJCEDEAO.

2. Les sanctions à toutes les atteintes aux droits de l'homme liant les États membres

Pour contrôler le respect des droits de l'homme conformément aux exigences de l'ordre constitutionnel¹⁰⁶ instaurées dans l'espace CEDEAO, la Cour applique, dans sa jurisprudence, la CADHP, la DUDH, le PIDCP, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention relative à l'esclavage, le Protocole de Maputo ou tout autre instrument de protection des droits de l'homme liant les États membres. Cependant, l'analyse des arrêts de la Cour démontre que celle-ci accorde souvent une certaine préférence à la CADHP¹⁰⁷. La Cour connaît de presque tous les cas de violations des droits de l'homme. Sa jurisprudence abondante en ce domaine le démontre. En effet, la Cour s'est référée à de nombreux instruments africains et internationaux de

¹⁰¹ Article 1^{er} h) du Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance, *op.cit.*

¹⁰² CJCEDEAO, Affaire *Jerry Ugokwe c/Nigéria*, ECW/CCJ/JUD/03/05, Arrêt, 7 octobre 2005, § 29.

¹⁰³ CJCEDEAO, *Hadijatou Mani Koraou c. Niger*, ECW/CCJ/JUD/06/08, arrêt, 27 octobre 2008, § 41 et 42.

¹⁰⁴ CJCEDEAO, *Karim Meissa Wade c/Sénégal*, ECW/CCJ/JUD/19/13 (Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/01/12 du 26 janvier 2012) ».

¹⁰⁵ Dans l'affaire *Karim Meissa Wade c/Sénégal*, la Cour a jugé que « [...] le simple fait d'invoquer la violation des droits de l'homme dans une requête suffit pour établir la compétence de la Cour pour connaître de ladite affaire ». De même, elle a jugé à plusieurs reprises que « dès lors qu'il y allégation d'une violation

des droits de l'homme impliquant des obligations internationales ou communautaires d'un État membre, la Cour exerce sa compétence pour connaître de l'affaire (voir affaires *Mamadou Tandja c/Niger*, Recueil, 2010, p. 109 ; *Bakare Sarre et 28 autres c/Mali*, Recueil 2011, p.57) », cité in CJCEDEAO, Affaire *Dame Fodi Mohamed et autres c/Niger*, ECW/CCJ/JUD/19/21, Arrêt du 24 juin 2021, § 36.

¹⁰⁶ Voir I.-M. FALL et A. SALL, « Une constitution régionale pour l'espace CEDEAO : le protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance de la CEDEAO », *op.cit.*, p. 3.

¹⁰⁷ G.-F. NTWARI, « La Cour de justice de la CEDEAO, ou l'émergence progressive d'une Cour régionale des droits de l'homme », in *Le Journal du Centre de Droit International*, 2013, p. 9 et s.

protection des droits de l'homme pour veiller à ce que les États membres de la CEDEAO respectent les exigences de protection des droits fondamentaux considérées comme faisant partie des principes de convergence constitutionnelle conformément à l'article 1^{er} h) du Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance.

Dans l'affaire *SERAP c/Nigéria*, la CJCEDEAO avait souligné que « *lorsque les États membres procédaient à l'adoption du (Protocole A/SP1/12/01) les droits de l'homme auxquels ils faisaient référence étaient ceux évoqués dans les instruments internationaux, sans aucune exception, sachant qu'ils étaient tous signataires desdits instruments. C'est ce qu'atteste le préambule dudit Protocole, de même que le paragraphe (h) de l'article 1, qui évoque les principes de convergence constitutionnelle communs à tous les États membres [...]* »¹⁰⁸. En conséquence, la Cour peut se référer à tout instrument de protection des droits de l'homme liant un État membre. Cette variété¹⁰⁹ des normes de référence a été considérée comme une faiblesse dans la mesure où elle empêcherait la CJCEDEAO, à l'instar de ses homologues européen et

interaméricain, de se focaliser sur un texte de référence et d'en faire apparaître toutes les potentialités en fonction de l'évolution de la société¹¹⁰. De plus, il existe un risque de rupture d'égalité dans la protection des droits fondamentaux des citoyens communautaires. Le catalogue des droits invocables devant le prétoire de la Cour dépendra des ratifications des instruments internationaux par les États membres¹¹¹. Les États plus volontaristes en termes de ratification des instruments internationaux offriront plus de normes de protection que leurs citoyens pourront invoquer devant la CJCEDEAO. Un autre écueil réside dans le fait que la CJCEDEAO ne possède aucune prise sur certaines normes exogènes auxquelles elle se réfère. Qu'advient-il lorsque ces normes exogènes de référence évolueront dans un sens qui ne soit pas en conformité avec la réalité sociale au sein des États membres de la CEDEAO ? Cette situation ne risque-t-elle pas de fragiliser davantage la Cour qui éprouve déjà d'énormes difficultés à faire respecter

¹⁰⁸ CJCEDEAO, *Affaire SERAP c/Nigéria*, ECW/CCJ/JUD/18/12, Arrêt du 17 décembre 2012, § 27.

¹⁰⁹ A. SALL, « La protection juridictionnelle des droits de l'homme au niveau sous-régional », in A. SALL et S.-A. NDIAYE (dir.) *Manuel des droits de l'homme*, 2^e édition, Dakar, Presses universitaires de Dakar, 2022, p. 485.

¹¹⁰ A. SALL, *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de justice de la CEDEAO*, *op.cit.*, p. 37.

¹¹¹ R. YUGBARÉ, « Le mécanisme de garantie des droits de l'homme de la CEDEAO : entre emprunt et appropriation des instruments du système continental », *Annuaire africain des droits de l'homme*, 2018, p. 280.

l'autorité de ses décisions¹¹²? Il s'agit là de questions légitimes qu'il est loisible de se poser. Eu égard aux principes de sécurité juridique et de prévisibilité, la Cour, les États membres et les justiciables doivent avoir une certaine maîtrise et certitude sur ce qui les attend en termes de protection des droits de l'homme. Le caractère imprécis et extensible des normes de référence du contrôle du respect des droits de l'homme devant le prétoire de la CJCEDEAO constitue une source potentielle de difficultés face à laquelle, il faut apporter des solutions¹¹³.

Il ne serait pas opportun de lister exhaustivement l'ensemble des décisions de sanctions des violations des droits de l'homme rendues par la CJCEDEAO dans le cadre succinct de cette analyse. Le choix portera donc sur certaines décisions de sanction des États membres impliqués dans

la violation des droits garantis dans l'espace communautaire. L'accent sera mis sur les sanctions aux violations de certains droits fondamentaux consubstantiels à la dignité de la personne humaine ainsi que sur ceux relatifs aux garanties fondamentales du procès. Concernant la sanction de violations de certains droits afférents à la dignité de la personne humaine, la Cour a décidé de nombreuses sanctions à l'encontre des États ayant violé le droit à la vie (*Mme Nazare Gomes de Pina c/Guinée-Bissau*¹¹⁴ ; *Madame Bintou Cissé c/Guinée*)¹¹⁵, l'interdiction de l'esclavage (*Dame hadijatou Mani Koraou c/Niger*¹¹⁶ ; *Dame Fodi Mohamed et autres c/Niger*)¹¹⁷, de la torture (*Ametépé Koffi c/Togo*¹¹⁸ ; *Pakile Gnadawolo Kolie c/Guinée*)¹¹⁹, des détentions arbitraires (*Simone Ehivet et Michel Gbagbo c/Côte-d'Ivoire*¹²⁰, *Assane Diouf c/Sénégal*¹²¹, *Allain Victor Claude*

¹¹² « CEDEAO. Exécution de ses décisions : la Cour de justice clame son impuissance », *Journal Le Quotidien* du 29 février 2020.

¹¹³ Voir A. SALL, *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de justice de la CEDEAO*, *op.cit.*, p.37 et s.

¹¹⁴ CJCEDEAO, *Affaire Mme Nazare de Pina c/Guinée-Bissau*, EWC/CCJ/JUD/15/18, Arrêt du 21 mai 2018 ;

Voir également *Affaires Ayants droits Ibrahima Mainassaré c/Niger*, EWC/CCJ/JUD/23/15, Arrêt du 23 octobre 2015.

¹¹⁵ CJCEDEAO, *Affaire Madame Bintou Cissé c/Guinée*, EWC/CCJ/JUD/10/18, Arrêt du 23 avril 2018.

¹¹⁶ CJCEDEAO, *Affaire Dame Hadijatou Mani Koraou c/Niger*, EWC/CCJ/JUD/06/08, Arrêt du 27 octobre 2008 ; pour des commentaires de cette décision, voir M. DUBUY, « Cour de justice de la CEDEAO Arrêt N° ECW/CCJ/JUD/06/08, 27 octobre 2008 », *RGDIP*, 2009, n° 3, p. 715 et s ; Y. HAMULI-KABUMBA, « La répression internationale de l'esclavage. Les leçons de l'arrêt de la cour de justice de la Communauté

économique des États de l'Afrique de l'ouest dans l'affaire *Hadijatou Mani Koraou c. Niger* (27 octobre 2008) », *Revue québécoise de droit international*, Numéro 21.2 - 2008, 1 octobre 2009, pp. 25-56 ; El. H.-M. SOW, « La traite des êtres humains depuis l'Afrique, d'hier à aujourd'hui », *Histoire de la justice*, Vol. 31, n°1, 2021, pp. 279-286 ; J. ALLAIN, « Note de cas : *Hadijatou Mani Koraou c. République du Niger* », *Revue américaine de droit international*, 2009, Vol. 103, pp. 311-317.

¹¹⁷ CJCEDEAO, *Affaire Dame Fodi Mohamed et autres c/Niger*, Arrêt du 24 juin 2021.

¹¹⁸ CJCEDEAO, *Affaire Ametépé Koffi c/Togo*, ECW/CCJ/JUD/07/16, Arrêt du 20 avril 2019.

¹¹⁹ CJCEDEAO, *Affaire Pakilé Gnadawolo Kolie et autres c/Guinée*, EWC/CCJ/JUD/25/20, Arrêt du 10 novembre 2020.

¹²⁰ CJCEDEAO, *Affaire Simone Ehivet et Michel Gbagbo c/Côte-d'Ivoire*, ECW/CCJ/JUD/03/13, Arrêt du 22 février 2013.

¹²¹ CJCEDEAO, *Affaire Assane Diouf et autre c/Sénégal*, ECW/CCJ/JUD/10/19, Arrêt du 27 février 2019.

*c/Côte-d'Ivoire*¹²²) , la liberté d'aller et venir (*Mamadou Tandja c/Niger*)¹²³. La Cour a également condamné les atteintes aux droits de propriété dans l'affaire *Hamma Hiya et un autre c/Mali*¹²⁴. Il existe une autre série d'affaires dans lesquelles la Cour insiste sur la nécessité de respecter les exigences du procès équitable. Dans l'affaire *Martin Gegenheimer et 4 autres c/Nigéria*, la Cour a insisté sur ceci : « Cette Cour a jugé dans une pléthore d'affaires que le droit à un procès équitable garanti par l'article 7 de la Charte africaine est sacro-saint et n'admet aucune dérogation. L'article 7 (1) dispose clairement que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend entre autres le droit à la présomption d'innocence, jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par un tribunal compétent, le droit à la défense, y compris celui de se faire assister par un défenseur de son choix et le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par un tribunal impartial »¹²⁵. Cette liste des décisions susmentionnées n'est pas exhaustive. Elle constitue seulement quelques illustrations de l'abondante jurisprudence de la CJCEDEAO relative à sa compétence pour connaître de toutes les violations des droits

de l'homme reconnus par les États membres de la Communauté. À l'occasion de ces décisions de sanction, la CJCEDEAO condamne les États mis en cause et leur enjoint, au besoin, de modifier leurs législations nationales qui ne seraient pas en conformité avec les obligations internationales et communautaires en termes de protection des droits de l'homme. De plus, la Cour insiste sur l'obligation des États d'octroyer des réparations aux victimes et à leurs ayants droits. C'est ainsi que dans l'affaire *SERAP c/Nigéria*, la Cour avait insisté sur la nécessité d'accorder des réparations aux victimes de violations des droits de l'homme¹²⁶. La prise de décisions de sanction par la CJCEDEAO est importante. Elle matérialise l'effectivité de l'ordre juridique communautaire créé par les États membres. Néanmoins, cet ordre juridique est fragilisé lorsque les États membres refusent d'exécuter les décisions émanant de la Cour de justice et qui s'imposent à eux en vertu de leurs obligations conventionnelles.

¹²² CJCEDEAO, *Affaire Kodio Alain Victor Claude c/Côte-d'Ivoire*, ECW/CCJ/JUD/09/21, Arrêt du 26 avril 2021.

¹²³ CJCEDEAO, *Affaire Mamadou TANDJA c/Niger*, ECW/CCJ/JUD/05/10, Arrêt du 08 novembre 2020.

¹²⁴ CJCEDEAO, *Affaire Hamma Hiya et un autre c/Mali*, ECW/CCJ/JUD/05/21, Arrêt du 9 mars 2021.

¹²⁵ CJCEDEAO, *Affaire Martin Gegenheimer et 4 autres c/Nigéria*, *op.cit.*, § 111.

¹²⁶ CJCEDEAO, *Affaire SERAP c/Nigéria*, ECW/CCJ/JUD/18/12, Arrêt du 14 décembre 2012, § 118.

II. L'exécution des sanctions

Certains États membres de la CEDEAO manquent de prendre au sérieux sa Cour de justice. Ce constat regrettable constitue une réalité devant laquelle la Cour doit faire face faute de quoi elle risque de devenir une juridiction purement cosmétique. L'autorité des décisions rendues par la CJCEDEAO s'impose aux États membres¹²⁷. Cette exigence découle de leurs obligations conventionnelles (A). Néanmoins, la majorité des États membres de la CEDEAO et leurs institutions ne les respectent pas et une telle attitude affaiblit les efforts de la CJCEDEAO en termes d'effectivité de l'ordre constitutionnel au sein de la Communauté (B).

A. Le principe de l'obligation étatique d'exécution des décisions de la CJCEDEAO

Le respect de l'ordre constitutionnel ne saurait s'accommoder du refus de certains États membres d'exécuter les décisions de sanction prises par la CJCEDEAO en violation de la « Constitution régionale »¹²⁸. Les sanctions décidées à la suite des violations des principes de convergence

constitutionnelle communs aux États membres s'imposent à eux. Une telle obligation procède à la fois de leur participation à la CEDEAO (1) et à l'ordre juridique international (2).

1. L'obligation d'exécution procédant du droit communautaire

Les modalités d'exécution des décisions de la CJCEDEAO sont clairement énoncées par les normes communautaires. L'article 15 § 4 du Traité révisé de la CEDEAO dispose que « les arrêts de la Cour de justice ont force obligatoire à l'égard des États membres [...] »¹²⁹. De plus, l'article 22 § 3 du Protocole A/P.1/7/9 énonce que « les États membres [...] sont tenus de prendre sans délai toutes les mesures nécessaires de nature à assurer l'exécution de la décision de la Cour »¹³⁰. L'article 24 § 1 du Protocole A/SP1/01/05 précise que « les arrêts de la Cour qui comportent à la charge des personnes ou des États, une obligation pécuniaire, constituent un titre exécutoire ». L'article 1 de l'Acte Additionnel A/SA.13/02/12 du 17 février 2012 insiste encore sur le fait que « constituent des obligations pour les États membres l'application et le respect [...] des décisions

¹²⁷ A. SALL, *La justice de l'intégration. Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, op.cit., p. 45.

¹²⁸ I.-M. FALL et A. SALL, « Une constitution régionale pour l'espace CEDEAO : le protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance de la CEDEAO », op.cit., p. 5.

¹²⁹ Article 15 § 4 du Traité révisé de la CEDEAO de Cotonou du 24 juillet 2013, <https://www.ecowas.int/wp-content/uploads/2015/02/Traite-Revise.pdf>, consulté le 21 avril 2022.

¹³⁰ Article 22 § 3 du Protocole A/P.1/7/91 relatif à la Cour de justice de la Communauté, *Journal officiel de la CEDEAO*, Vol. 19, juillet 1991, pp. 5-12.

de la Cour de justice de la Communauté »¹³¹. Ces textes communautaires susévoqués démontrent que les États membres sont tenus d'exécuter les décisions de sanction prises à leur encontre par la CJCEDEAO. Dans l'affaire *Djibril Yipéné Bassolé et Léonce Siméon Martine c/Burkina-Faso*, la Cour a clairement énoncé qu'en vertu des dispositions conventionnelles susmentionnées, « l'exécution des arrêts rendus par la Cour de justice est de la compétence exclusive des États membres de la Communauté. D'où l'absence d'une formule exécutoire sur lesdites décisions »¹³². Il faut par ailleurs souligner que le caractère exécutoire des décisions de la Cour a pour conséquence la cessation sans délai des violations et le paiement des réparations d'ordre pécuniaire que la Cour a décidées au profit des victimes et mises à la charge de l'État contrevenant¹³³.

La question primordiale qui se pose ici est celle de savoir si la Cour dispose des moyens de mettre en application l'obligation d'exécution mise à la charge

des États membres qui sont sanctionnés par elle. Pour répondre à cette interrogation, il est nécessaire d'analyser le mécanisme créé par la Communauté aux fins d'assurer l'exécution des décisions de la Cour de justice. En réalité, la CJCEDEAO a besoin du concours des États membres pour l'exécution de ses décisions¹³⁴. En droit processuel, il n'appartient pas à une juridiction d'exécuter ses décisions. Il incombe aux parties d'exécuter les décisions de justice selon les dispositions qui les concernent. C'est ainsi que l'article 24 § 4 du Protocole additionnel A/SP.1/01/05 précité dispose que « les États membres désigneront l'autorité nationale compétente pour recevoir ou exécuter la décision de la Cour et notifieront cette désignation à la Cour ». Ainsi, chaque État membre doit créer, dans son ordre juridique interne, une instance chargée d'exécuter les décisions de la CJCEDEAO. Or, seuls six (6) États membres sur quinze (15) se sont acquittés de cette obligation communautaire. Il s'agit du Mali, du Nigeria, du Togo, du Ghana, du Burkina

¹³¹ Acte additionnel A/SA.13/02/12 portant régime des sanctions à l'encontre des États membres qui ne n'honorent pas leurs obligations vis-à-vis de la CEDEAO, 17 février 2012.

¹³² CJCEDEAO, *Affaire Djibril Yipéné Bassolé et Léonce Siméon Martine c/Burkina-Faso*, ECW/CCJ/JUD/25/16, Arrêt du 11 octobre 2016, § 19.

¹³³ R. YUGBARÉ, « Le mécanisme de garantie des droits de l'homme de la CEDEAO : entre emprunt et appropriation des instruments du système continental », *Annuaire africain des droits de l'homme*, 2018/2, p. 291.

¹³⁴ T.-R. BILGHO, « Les compétences de la Cour de justice de la Communauté de la CEDEAO en matière de droits de l'homme : un regard de l'intérieur », Session de formation de droit international des droits de l'homme / Institut international des droits de l'homme de Strasbourg, septembre 2018, 12 p, <https://lechemindudroit.net/les-competences-de-la-cour-de-justice-de-la-communauté-cedeao-en-matière-de-droits-de-l'homme-un-regard-de-l'intérieur/>, consulté le 26 avril 2022.

Faso et de la Guinée¹³⁵. Lors de la 11^e audience hors siège de la Cour tenue à Accra au Ghana du 21 mars au 1^{er} avril 2022, le Président de la Cour, le juge Edwar Amoaka Asanté, a déclaré que seul 30% des décisions rendues par la Cour sont exécutées¹³⁶. Le refus d'exécution des décisions de la Cour ne concerne pas exclusivement les États. Il concerne également le Parlement de la CEDEAO¹³⁷. Dans l'affaire *Komlan Raymond Koudo c/Parlement de la CEDEAO*, celui-ci a refusé d'exécuter une décision de la Cour qui l'avait condamné à payer des arrières de salaire et des indemnités à son webmaster Monsieur Komlan Raymond Kondo¹³⁸. De plus, le Parlement de la CEDEAO s'était opposé à la saisie conservatoire de ses comptes devant les tribunaux nigériens en invoquant son immunité. Cette attitude des États et du Parlement de la CEDEAO risque d'anéantir les efforts de la Cour en termes de contrôle du respect de l'ordre

constitutionnel dans l'espace communautaire oust-africain.

Lorsqu'un État refuse d'exécuter les décisions de la CJCEDEAO, des sanctions sont prévues à son encontre. Il s'agit des sanctions codifiées par l'article 77¹³⁹ du Traité révisé de la CEDEAO et l'article 3 de l'Acte additionnel A/SA.13/02/21 du 17 février 2012¹⁴⁰. Ces risques de sanctions sont mis en exergue par la Cour dans l'affaire *Djibril Yipéné Bassolé et Léonce Siméon Martine c/Burkina-Faso*. Dans cette affaire, elle a souligné que « *tout refus ou résistance d'un État face à une exécution d'une décision de la Cour rendue à son encontre dans le cadre d'une violation des droits de l'homme, constitue un manquement à une obligation découlant du Traité et d'autres normes régissant la CEDEAO et expose à des sanctions judiciaires et politiques telles que prévues par les articles 5 à 21 de l'acte additionnel A/SA en date du 13 février 2012 portant régime des sanctions à l'encontre des États*

¹³⁵ « CEDEAO-Exécution de ses décisions : la Cour de justice clame son impuissance », *Journal Le Quotidien* du 29 février 2020, <https://lequotidien.sn/cedea-execution-de-ses-decisions-la-cour-de-justice-clame-son-impuissance/>, consulté le 27 avril 2022.

¹³⁶ *Journal L'Évènement Précis*, « Cour de justice de la CEDEAO/Clôture de l'audience hors siège d'Accra : la 11^e audience hors siège bat le record du nombre d'arrêtés rendus », 4 avril 2022.

¹³⁷ *Financial Afrik* du 23 avril 2022, « Le Parlement de la CEDEAO refuse d'exécuter une décision de la Cour de justice de la CEDEAO », <https://www.financialafrik.com/2022/04/23/le-parlement-de-la-cedea-refuse-d-executer-une-decision-de-la-cour-de-justice-de-la-cedea/>, consulté le 21 juin 2022.

¹³⁸ CJCEDEAO, *Affaire Komlan Raymond Koudo c/Parlement de la CEDEAO*, ECW/CCJ/APP/42/20, Jugement n° 39/21, 27 avril 2027.

¹³⁹ Article 77 § 1 du Traité révisé de la CEDEAO, *op.cit.*, « Sans préjudice des dispositions du présent Traité et des protocoles y afférents, lorsqu'un État Membre n'honore pas ses obligations vis-à-vis de la Communauté, la Conférence peut adopter des sanctions à l'encontre de cet État Membre ».

¹⁴⁰ Article 3 alinéa 1 de l'Acte additionnel A/SA.13/02/12 portant régime des sanctions à l'encontre des États membres qui ne n'honorent pas leurs obligations vis-à-vis de la CEDEAO, « Les États membres qui n'honorent pas leurs obligations vis-à-vis de la Communauté encourrent des sanctions judiciaires et des sanctions politiques ».

membres de ladite Communauté »¹⁴¹. Les sanctions prévues par l'Acte additionnel A/SA. 13/02/2012 ont déjà pu être décidées par la Conférence des chefs d'État de la CEDEAO, notamment dans le cadre de la crise politique en Guinée-Bissau avec la prise de la première décision en février 2018 sanctionnant individuellement des personnes qui auraient entravé le processus de sortie de crise en Guinée-Bissau et le retour à l'ordre constitutionnel et démocratique¹⁴². Cette décision est symbolique. Toutefois, la majorité des États qui refusent d'exécuter les décisions de la CJCEDEAO ne sont pas sanctionnés en raison de la solidarité qui existe entre eux. De plus, les sanctions sont décidées par la conférence des chefs d'État, c'est-à-dire, les plus hautes autorités des mêmes États qui sont sanctionnés par la Cour de justice. Dès lors, les chefs d'État ne seront pas enclins à s'autosancionner. Néanmoins, il subsiste l'hypothèse du recours en manquement prévu par l'article 10 a) du Protocole A/SP.1/01/05¹⁴³. Cependant, ce dernier ne peut être intenté que par les États membres

ou le Président de la Commission de la CEDEAO¹⁴⁴. Or, jusque-là, il n'existe pas encore d'émulation en ce domaine en raison de la complicité tolérante qui prévaut entre les États membres. L'incongruité de ce système implique la mise en place d'un autre mécanisme ayant la capacité d'inciter les États à respecter davantage les décisions de la Cour conformément à leurs obligations conventionnelles. L'ouverture du recours en manquement aux personnes physiques peut être suggérée. Toutefois, jusque-là, cette option n'est pas encore possible. La CJCEDEAO l'a souvent rappelé notamment dans l'affaire *Hissène Habré c/Sénégal*¹⁴⁵. L'obligation d'exécution des décisions de la Cour ne trouve pas exclusivement son fondement juridique dans le droit communautaire. Elle procède également des exigences du droit international.

2. L'obligation d'exécution procédant du droit international

La CEDEAO a été créée sur la base d'un Traité. La CJCEDEAO est instituée par un Protocole de ce Traité initial. Ainsi, les

¹⁴¹ CJCEDEAO, Affaire *Djibril Yipéné Bassolé et Léonce Siméon Martine c/Burkina-Faso*, ECW/CCJ/JUD/25/16, Arrêt du 11 octobre 2016, § 20.

¹⁴² Conférence des Chefs d'État de la CEDEAO, *Décision A/DEC.2.01/2018 portant adoption des sanctions personnelles visant à favoriser la restauration de la gouvernance démocratique et le respect de l'État de Droit en République de Guinée-Bissau*, 4 décembre 2018, *Journal officiel de la République du Togo*, 63^e année, n°6, Numéro spécial, 19 avril 2018, pp. 1-3, http://jo.gouv.tg/sites/default/files/JO/JOS_19_04_2

018-63E%20ANNEE%20N%C2%B0%206.pdf, consulté le 26 avril 2022.

¹⁴³ Article 10 a) du Protocole additionnel A/SP.1/01/05, *op.cit.*, « Peuvent saisir la Cour : a) tout État membre et, à moins que le Protocole n'en dispose autrement, le Secrétaire Exécutif (devenu président de la Commission), pour les recours en manquement aux obligations des États membres ».

¹⁴⁴ Dans l'Affaire *Djibril Yipéné Bassolé et Léonce Siméon Martine c/Burkina-Faso*, précité, § 21.

¹⁴⁵ CJCEDEAO, *Affaire Hissène Habré c/Sénégal*, ECW/CCJ/JUD/06/10, Arrêt 18 novembre 2020, § 33.

règles régissant son fonctionnement relèvent également des normes du droit international relatives aux traités. Dès lors, l'exécution des décisions de la CJCEDEAO codifiée dans les instruments de la Communauté s'impose aux États en vertu du droit international. Cette obligation internationale susmentionnée trouve son fondement dans le principe *Pacta Sunt Servanda* codifiée à l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Cet article dispose que « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi »¹⁴⁶. Ainsi, lorsque les États de la CEDEAO s'engagent de manière conventionnelle dans un processus d'intégration, ils doivent en tirer toutes les conséquences. En ce sens, Grotius citant Cicéron écrivait que « la fidélité à tenir ce qu'on a promis est le fondement non seulement de tous les États, mais encore de cette grande société qui embrasse toutes les Nations »¹⁴⁷. Le respect de la parole donnée est le seul gage du maintien de l'ordre social international.

C'est ainsi que dans l'affaire *Usines de pâte à papier*, la CIJ avait énoncé que « [...] selon le droit international coutumier, reflété à l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, "[t]out traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi". Cela s'applique à toutes les obligations établies par un traité [...] »¹⁴⁸. L'obligation d'exécution des décisions de la CJCEDEAO est expressément ancrée dans les instruments de la CEDEAO relatifs à la Cour. Il s'agit donc d'une obligation établie par le Traité de Lagos de 1975 révisé à Lomé en 1993 dont les dispositions relatives à l'exécution des décisions de la Cour de justice sont mises à la charge des États membres conformément aux stipulations du droit international susmentionnées.

Dans l'ordre juridique international, l'exécution des décisions des juridictions internationales relève de la compétence des parties¹⁴⁹. En effet, dans le contentieux

¹⁴⁶ Article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des traités*, Vol. 1155, 18232, 1980, pp. 354-377.

¹⁴⁷ H. De GROTIUS, *Droit de la guerre et de la paix*, Tome 2, Livre III, Chapitre XXV, Traduction par Jean Barbeyrac, 1724, p. 998, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k86524f.pdf>, consulté le 28 avril 2022.

¹⁴⁸ CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c/Uruguay)*, Arrêt du 20 avril 2010, *Recueil*, 2010, p. 14, § 145, voir également les affaires des *Essais nucléaires (Australie c. France)* (*Nouvelle-Zélande c. France*), où la CIJ déclaré ce qui suit : « L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations

juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale[...] » (Arrêts, C.I.J. *Recueil* 1974, p. 268, § 46, et p. 473, § 49 ; voir également *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1988, p. 105, § 94).

¹⁴⁹ L. BOISSON DE CHAZOURNES et A. ANGELINI, « Regard sur la mise en œuvre des décisions de la Cour internationale de justice », *L'Observateur des Nations Unies*, 2016-1, Vol. 40, pp. 63-81 ; A. AZAR, *L'exécution des décisions de la Cour internationale de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 332 p ; A. BEN MANSOUR, *La mise en œuvre des*

international, l'un des postulats de base réside dans la séparation entre le prononcé de la décision et son exécution¹⁵⁰. Cette situation est liée à la particularité de l'ordre juridique international où les principaux sujets sont des États souverains dont le libre consentement est nécessaire pour la saisine d'une juridiction internationale. La souveraineté exclut, en principe, tout pouvoir de coercition supraétatique qui viendrait dicter les comportements que doivent avoir les États en dehors du consensualisme. Ainsi, l'exécution des décisions des juridictions internationales ne peut procéder que de la volonté politique des États. Le principe de l'obligation d'exécution des décisions des juridictions internationales est posé par l'article 94 de la Charte des Nations Unies concernant l'exécution des décisions de la CIJ qui incombe aux parties en litige¹⁵¹. La doctrine et la jurisprudence mettent l'accent sur l'attitude que doivent avoir les États à l'égard des décisions des juridictions internationales. Paul Reuter a observé que « l'autorité de la chose jugée met fin au différend ; la sentence dessaisit le tribunal ;

elle constate les obligations qui s'imposent aux États et s'en remet à ceux-ci de l'exécution »¹⁵². Les arrêts qui sont définitifs et obligatoires possèdent l'autorité de la chose jugée¹⁵³. Cette autorité s'applique aux parties en litige et dans le cas qui a été décidé (Article 59 du Statut de la CIJ). Quant à la force de la chose jugée, elle met en exergue le fait qu'une décision de justice ne soit plus susceptible d'une voie de recours suspensive et devienne en même temps exécutoire. En dernière analyse, le caractère définitif et obligatoire des décisions des juridictions internationales justifie l'obligation de les exécuter¹⁵⁴.

La position doctrinale susmentionnée est corroborée par la jurisprudence internationale. Dans l'affaire de la *Société commerciale de Belgique*, la Cour permanente de justice internationale (CPJI) affirmait que « si les sentences sont définitives et obligatoires, il est certain que le Gouvernement hellénique est tenu de les exécuter, et de les exécuter telles quelles »¹⁵⁵. Le droit international pose ici le postulat selon lequel, les États sont tenus d'exécuter les décisions des juridictions

arrêts et sentences des juridictions internationales, Bruxelles, Larcier, 2011, 622 p.

¹⁵⁰ Voir notamment, CPJI, *Affaire du Vapeur Wimbledon*, (1923), CP.U. (Série A), n° 1, p. 32 ; *Affaire des Concessions Mavrommatis à Jérusalem* (réadaptation), (1927), CP.U. (Série A) n° 11, p. 14 ; *Affaire de l'Usine de Chorzow*, (1927), CP.U. (Série A) n° 17, p. 63.

¹⁵¹ Voir Article 94 de la Charte des Nations Unies.

¹⁵² P. REUTER, *Droit international public*, Paris, Puf, 1983, p. 450.

¹⁵³ Selon le *lexique des termes juridiques*, par autorité de la chose jugée, il faut entendre, « l'autorité attachée à un acte juridictionnel, qui en interdit la remise en cause en dehors de voies de recours légalement ouvertes », *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2020-2021, p.105.

¹⁵⁴ E. DECAUX et O. DE FROUVILLE, *Droit international public*, 12^e édition, Paris, Dalloz, 2020, p. 345.

¹⁵⁵ CPJI, *Affaire Société commerciale de Belgique*, n° 78, Arrêt du 15 juin 1939, Série A/B, p. 176.

internationales qui constituent la conséquence de leurs engagements conventionnels. Les États membres de la CEDEAO ont créé cette Communauté et sa Cour de justice sur la base d'un traité international et de ses protocoles additionnels. De ce fait, les exigences du droit international relatives aux respects des engagements internationaux des États s'appliquent à eux. Par conséquent, l'obligation d'exécution des décisions de la Cour de justice de la CEDEAO ne saurait être analysée exclusivement en termes d'obligations communautaires. L'invocation des règles afférentes aux traités internationaux peut être pertinente lorsque cela permet d'aboutir à une meilleure efficacité en termes d'application des décisions de la CJCEDEAO là où l'exécution des dispositions communautaires par les États membres souffre de nombreuses limites. Il ne s'agit pas de substituer les obligations communautaires des États à celles procédant de l'ordre juridique international. La finalité de cette démarche consiste à avoir une stratégie globale pour atteindre le maximum d'efficacité possible en termes de mise en application des obligations étatiques d'exécution des décisions de la CJCEDEAO. Dans cette perspective, il est

loisible de rappeler aux États membres de la CEDEAO que le refus d'exécuter les décisions de sanctions de la CJCEDEAO constitue une violation du droit international avec des conséquences qui peuvent en découler. Par ailleurs, l'obligation d'exécution des arrêts de la CJCEDEAO est la conséquence de leur consentement à la juridiction de cette Cour. Il a même été souligné que « l'exécution des décisions de la CJCEDEAO fait partie du consentement des États »¹⁵⁶. Le seuil d'exécution des décisions de la CJCEDEAO dépendra de l'attitude des États membres qui sont condamnés par la Cour.

B. Les raisons de l'exécution insuffisante des sanctions

L'inexécution de la majorité de ses décisions constitue actuellement l'une des principales faiblesses de la CJCEDEAO. Depuis 2005, le contentieux des violations des droits de l'homme s'est beaucoup accru devant le prétoire de la Cour d'Abuja. Cela a eu comme conséquence la condamnation récurrente de nombreux États dont les justiciables qui rencontrent des difficultés à faire constater la violation de leurs droits fondamentaux par les juridictions internes essaient d'obtenir justice devant la

¹⁵⁶ A. SALL, Synthèse générale du Colloque international de l'IDHP sur « le consentement des États africains aux juridictions internationales », La Somone,

Sénégal, 21-22 mars 2022, (communication orale), inédit.

CJCEDEAO. Cette situation a entraîné le repli identitaire de certains États (1). De plus, l'effectivité ou l'ineffectivité des sanctions décidées par la CJCEDEAO peut trouver une explication dans l'attitude du juge national par rapport aux décisions rendues par la CJCEDEAO (2).

1. Le repli identitaire des États

Depuis quelques années, une érosion de la confiance qui existait entre certains États et les juridictions internationales est notée¹⁵⁷. Des velléités souverainistes sont de plus en plus véhiculées par les États surtout à l'encontre des organisations internationales ou d'intégration comme la CEDEAO et sa Cour de justice. Cette crise de la confiance n'est pas seulement relevée devant le

prétoire de la CJCEDEAO. En réalité, il s'agit d'une dynamique quasi universelle constatée devant presque tous les prétoires des juridictions internationales. Les juridictions telles que la Cour pénale internationale¹⁵⁸, la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁹, la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹⁶⁰ et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁶¹ ont connu des cas de retraits des États qui avaient consenti à leur juridiction. En ce qui concerne la méfiance de certains États envers la CJCEDEAO, un auteur souligne que « la résistance des États à la CJCEDEAO n'est pas un rejet de principe »¹⁶². À l'origine, les États étaient enthousiastes à l'idée de faire partie de la

¹⁵⁷ S.-A. NDIAYE, « Libres propos sur la situation des droits de l'homme en Afrique », *RGDIP*, 2022-1, p. 32.

¹⁵⁸ La Gambie à l'époque de Yaya Jammeh, le Burundi et l'Afrique de Sud s'étaient retirés du Statut de Rome de la CPI.

¹⁵⁹ Le 10 mars 2022, Moscou a annoncé qu'elle ne participerait plus au Conseil de l'Europe et le 15 mars 2022, elle a lancé une procédure de retrait, avec effet au 31 décembre 2022.

¹⁶⁰ Le 10 septembre 2013, le Venezuela s'est retiré de la CIADP. Voir en ce sens, Y. MOYNAT et alii, « La sortie du Venezuela de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Quid Justitiae*, 2 mars 2014, <https://www.quidjustitiae.ca/fr/blogue/la-sortie-du-venezuela-de-la-cour-interamericaine-des-droits-de-lhomme>, consulté le 11 mai 2022.

¹⁶¹ Retrait du Rwanda, de la Tanzanie, de la Côte-d'Ivoire et du Bénin de la CADHP, voir en ce sens J. MATRINGE, « Les politiques juridiques des États africains à l'égard de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », in F. COUVEINHES MATSUMOTO et R. NOLLEZ-GOLDBACH (dir.), *Les États face aux juridictions internationales. Une analyse des politiques étatiques relatives aux juges internationaux*, Paris, Pedone, 2019, pp. 191-209 ; S. HORACE ADJOLOHOUN, « Une crise de la conception et de la pratique judiciaire ? Freiner le désengagement de l'État vis-à-vis de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples » http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext

&pid=S1996-20962020000100002, consulté le 17 mai 2022 ; FIDH, « Retrait de la déclaration spéciale du Rwanda à la Cour Africaine : un recul pour la protection des droits humains », 17 mars 2016, <https://www.fidh.org/fr/regions/afrique/rwanda/retrait-de-la-declaration-speciale-du-rwanda-a-la-cour-africaine-un>, consulté le 11 mai 2022 ; K. KOUAME et E. JUDICAËL TIEHI, « Le *Civexit* ou le retrait par la Côte d'Ivoire de sa déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : un pas en avant, deux pas en arrière », *La Revue des droits de l'homme*, n° 21-2001, pp. 1-23, <https://journals.openedition.org/revdh/13985>, consulté le 11 mai 2022 ; A. KPODAR et D. KOKOROKO, « Le retrait par le Bénin et la Côte-d'Ivoire de leur déclaration accordant la saisine de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples aux individus et organisations non gouvernementales », <https://cdplome.org/fr/le-retrait-par-le-benin-et-la-cote-divoire-de-leur-declaration-accordant-la-saisine-de-la-cour>, consulté le 17 mai 2022 ; voir également Gouvernement de la République du Bénin, « Retrait du Bénin de la CADHP-Déclaration du ministre de la Justice et de la Législation » <https://www.gouv.bj/actualite/635/retrait-benin-cadhp--declaration-ministre-justice-legislation/>, consulté le 11 mai 2022.

¹⁶² A. SALL, Synthèse générale du Colloque international de l'IDHP sur « Le consentement des États africains aux juridictions internationales », La

Communauté. Ainsi, il faut rechercher les raisons de cette répudiation de la Cour par certains États. Le repli identitaire de certains États n'est point fortuit et doit d'abord être expliqué. La défiance des États de la CEDEAO face à la Cour peut trouver des explications dans plusieurs facteurs. La pratique internationale contemporaine démontre que les États ne respectent pas les traités internationaux qu'ils ont conclus, lorsque l'exécution des engagements contractés porte préjudice à leurs intérêts politiques et économiques trop sensibles. À partir de ce constat, les juridictions internationales doivent prendre en considération la sensibilité politique de certaines questions et laisser ainsi une certaine marge de manœuvre aux États. Tant que la juridiction supranationale ne dépasse pas ce qui est politiquement acceptable, les États ne se sentiront pas obligés de se retirer de sa juridiction. Il s'agit d'opter pour un *self-restraint* permettant à la fois à la Cour de retenir les États dans sa juridiction et de leur laisser une marge de manœuvre pour la résolution de certaines questions politiquement

sensibles. La résolution des différends entre les États et les juridictions supranationales peut s'accommoder d'un dialogue, de la recherche de solution de compromis ou de l'adoption d'une attitude pédagogique du juge supranational qui puisse inciter l'État mis en cause à s'orienter volontairement vers la recherche de solution consensuelle. Dans le cas contraire, les États peuvent décider souverainement de se retirer de la juridiction. Pour ce faire, ils effectuent une comparaison entre les avantages de la violation de l'engagement et les inconvénients des représailles probables de cette violation. Les États considèrent leur souveraineté comme un attribut fondamental leur permettant de procéder librement et unilatéralement à cette évaluation comparative et d'en tirer toutes les conséquences¹⁶³. Il s'agit de la part de l'État d'un calcul du coût d'opportunité comme l'indique un auteur¹⁶⁴.

Pour se replier sur eux-mêmes, les États invoquent souvent leur souveraineté. Cependant, que recouvre la souveraineté étatique à l'ère de l'universalisation des droits de l'homme¹⁶⁵ ? La souveraineté des

Somone, Sénégal, 21-22 mars 2022, (communication orale), inédit.

¹⁶³ L. FOCSANEANU, « Esquisse d'un droit international sans obligation ni sanction. Un essai de droit des gens phénoménologique », *Études Internationales*, Vol. 8, n° 3, 1977, p. 471.

¹⁶⁴ O. ZINA, « Crise du consentement des États africains aux juridictions pénales internationales : une analyse de la raison d'État », Communication orale faite lors du Colloque de l'IDHP portant sur « Le consentement des États africains aux juridictions

internationales, La Somone, Sénégal, 21 et 22 mars 2022, Inédit.

¹⁶⁵ J.-A. CARRIO SALCEDO, *Souveraineté des États et droits de l'homme en droit international contemporain*, Paris, LGDJ, 2016, 202 p ; J. JULLIARD, « Souveraineté des États et droits de l'homme », *Commentaire*, Vol. 54, n° 2, 1991, pp. 395-396 ; J.-D. MOUTON, « Retour sur l'État souverain à l'aube du XXIème siècle », in *Mélanges François Borella : État société et pouvoir à l'aube du 21e siècle*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, p. 319 ;

États n'est plus considérée comme un attribut juridique leur permettant d'agir à leur guise à l'intérieur de leurs frontières. À l'époque contemporaine, la perception de la souveraineté a largement évolué. Le concept de souveraineté absolue connaît beaucoup d'aménagements. Il est souvent substitué à celle de souveraineté conditionnée ou de souveraineté relative¹⁶⁶. Cette évolution s'explique par l'existence d'une communauté internationale dotée de valeurs communes universellement protégées et liant tous les États. Dans ce nouveau paradigme, la souveraineté est appréhendée à la fois comme une liberté et une contrainte¹⁶⁷. Autrement dit, les États ne sauraient plus se réfugier derrière leur souveraineté pour enfreindre certaines règles cruciales de l'ordre juridique international. Il existe des droits naturels de l'homme qui transcendent la volonté du souverain. Les droits de l'homme relèvent de cette qualification. À

tire d'exemple, il est possible de mentionner la résolution 1973 du Conseil de sécurité des Nations Unies qui avait autorisé l'usage de la force pour protéger les populations de Benghazi contre les attaques de l'armée libyenne sur le fondement du mécanisme onusien de la responsabilité de protéger¹⁶⁸. Cela illustre le fait que le droit international se focalise davantage sur l'être humain destinataire final de toutes les règles de droit¹⁶⁹. La protection des droits de l'homme relève de la compétence de la communauté internationale et non du domaine réservé des États¹⁷⁰. Actuellement, « l'être humain est devenu un "être universel" ayant une capacité juridique en droit international. Désormais, l'*homo universalis* a sa propre dimension juridique à la fois nationale et internationale »¹⁷¹. Dès lors, la souveraineté ne peut pas être invoquée par les États qui violent les droits inaliénables et naturels de l'Homme consacrés par la communauté

CH. DOMINICÉ, « La contrainte entre États à l'appui des droits de l'homme », in J. BELHUMEUR et L. CONDORELLI, (dir.), *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 333 et s ; J. VERHOEVEN, « Souveraineté et mondialisation : libres propos », in E. LOQUIN et C. KESSDEJIAN, (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 42.

¹⁶⁶ Voir L. BAL, *Le mythe de la souveraineté en droit international. La souveraineté des États à l'époque des mutations de l'ordre juridique international*, Thèse Université de Strasbourg, 2012, 708 p.

¹⁶⁷ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 52 et s

¹⁶⁸ Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 1973 (2011) adoptée par le Conseil de sécurité à sa

6498^e séance du 17 mars 2011, Doc. ONU, S/RES/1973 (2011).

¹⁶⁹ R. CASSIN, « L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle », in CH. ROUSSEAU (dir.), *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, t. 1, pp. 67-91

¹⁷⁰ Voir IDI, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1954, Vol. 45-II, p. 292 ; voir également G. ARANGIO-RUIZ, « Le domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne », *RCADI*, 1990-IV, Vol. 125, pp. 9-484.

¹⁷¹ A. KOVLER, « La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté des États », *L'Europe en formation*, n° 368, Été 2013. Summer 2013, p. 209.

internationale. Les exigences de l'ordre constitutionnel mises en place par la CEDEAO sont, en partie, relatives à la protection des droits de la personne humaine. De plus, les États membres de la CEDEAO sont tenus de respecter ces droits fondamentaux en vertu de la ratification d'autres instruments internationaux. Or, ceux-ci ne peuvent être effectifs sans l'implication des juridictions nationales.

2. La position multiforme du juge national

De manière liminaire, il y a lieu de préciser que le juge national est considéré ici comme un démembrement de l'État dont l'intervention est indispensable à la réalisation de l'intégration judiciaire. Dans l'ordre juridique interne des États membres de la CEDEAO, le juge national joue un rôle crucial. Il lui incombe de dire le droit en s'appuyant sur l'ensemble des normes en vigueur (droit interne, droit communautaire et droit international)¹⁷². En termes de protection des droits de l'homme par exemple, la règle de l'épuisement des voies de recours internes constitue une illustration de la préférence de l'intervention première du juge national en ce domaine même si cette règle ne s'applique pas devant le

prétoire de la CJCEDEAO. Ainsi, le respect des exigences de l'ordre constitutionnel instauré par le CEDEAO ne saurait être effectif sans l'implication du juge national¹⁷³. La pratique des juges nationaux en la matière a démontré une diversité d'appréciations de l'ordre constitutionnel créé par la CEDEAO. Par rapport à l'exécution des décisions de la CJCEDEAO, la pratique des juridictions nationales des États membres a démontré des positions de rejet pour manque de ratification des protocoles relatifs à la Cour, des positions de non prise en considération des décisions de la Cour et quelques exemples d'application des décisions de la Cour. Le juge national est une institution de l'État dotée de l'autonomie qui peut faire échec au consentement de son État. L'intervention du juge national peut amenuiser la volonté d'intégration judiciaire des États membres¹⁷⁴.

Dans certains États membres de la CEDEAO, le juge national a adopté une position de défiance par rapport aux décisions de la CJCEDEAO. Certains juges nationaux comme ceux du Nigéria et du Bénin refusent d'exécuter les décisions de

¹⁷² J. MATRINGE, « L'exécution par le juge étatique des décisions judiciaires internationales », *RGDIP*, 2013, pp. 555-578.

¹⁷³ A. DIËYE, « La Cour de justice de la Communauté CEDEAO et les juridictions nationales des États membres : quelles relations ? », *Annales africaines*, n° 1-2007, pp.187-197 ; B. SARR, « L'implication du

juge national dans la mise en œuvre de la règle communautaire », *Annales africaines*, n° 1-2007, pp. 207-230.

¹⁷⁴ A. SALL, Synthèse générale du colloque internationale sur « Le consentement des États africains aux juridictions internationales », La Somone, Sénégal, 21-22 mars 2022, (communication orale), inédit.

la CJCEDEAO en invoquant un défaut de ratification du Protocole sur la CJCEDEAO. Dans l'affaire *Général Sani Abacha et autres c. Fawehinmi*, la Cour suprême du Nigéria avait décidé qu'« un traité international conclu par le gouvernement du Nigeria ne devient pas contraignant tant qu'il n'est pas promulgué par l'Assemblée nationale »¹⁷⁵. La Cour suprême nigériane s'était fondée sur l'article 12 § 1 de la Constitution nigériane de 1999 qui énonce ceci : « Aucun traité entre la Fédération et tout autre pays n'aura force de loi tant qu'il n'aura pas été incorporé sous forme de loi par l'Assemblée nationale ». Or, l'Assemblée nationale n'a pas intégré ou promulgué le Traité révisé et les protocoles relatifs à la Cour de justice de la CEDEAO. Quant à la Cour constitutionnelle du Bénin, elle avait souligné dans sa décision DCC 20-434 du 30 avril 2020¹⁷⁶ que « le Protocole additionnel A/SP.1/01/05 du 19 janvier 2005 n'est pas opposable à l'État du Bénin pour n'avoir pas été ratifié en vertu d'une

loi votée par l'Assemblée nationale, promulguée et publiée au Journal officiel »¹⁷⁷. En conséquence, la Cour conclut que « tous les actes qui résultent de la mise en œuvre du Protocole additionnel de la CEDEAO A/SP.1/01/05 du 19 janvier 2005 sont non avenus à l'égard du Bénin ». La thèse de la ratification imparfaite ou du « traité inconstitutionnel »¹⁷⁸ peut être soulevée ici dans la mesure où les États en question se sont engagés sans respecter les dispositions constitutionnelles en ce domaine. Le droit international accepte cette possibilité à titre exceptionnel (article 49 de la Convention de Vienne sur le droit des traités)¹⁷⁹.

Eu égard à la jurisprudence susmentionnée, il est loisible de se poser la question suivante : Est-ce que la non-ratification des protocoles relatifs à la CJCEDEAO implique que le Nigéria et le Bénin n'aient pas les obligations légales d'exécuter les arrêts de la CJCEDEAO ? La réponse à cette interrogation est négative. Du point de vue du droit international, les États qui ont

¹⁷⁵ Cité par E. OKEKE, in « Exécution des arrêts de la Cour de la CEDEAO », https://oal.law/enforcement-of-the-judgments-of-the-ecowas-court/?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=LinkedIn-integration#_ftn8, consulté le 18 mai 2022.

¹⁷⁶ Cour constitutionnelle du Bénin, *Décision n° 2-434* du 30 avril 2020, <https://decision.courconstitutionnellebenin.bj/upload/decision/DCC20-434.pdf>, consulté le 15 mai 2022.

¹⁷⁷ Cour constitutionnelle du Bénin, *Décision n° 20-434* du 30 avril 2020 <https://decision.courconstitutionnellebenin.bj/upload/decision/DCC20-434.pdf>, consulté le 15 mai 2022.

¹⁷⁸ Voit P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, 3^e édition revue et augmentée par Philippe Cahier, Genève, Graduate Institute Publications, 1985, § 256, <https://books.openedition.org/iheid/1758?lang=fr>, consulté le 9 juin 2022.

¹⁷⁹ R. L.-M. ZONGO, « L'invocabilité des ratifications imparfaites en droit international des traités », *Revue électronique Afrilex*, décembre 2020, http://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/uploads/2021/04/Afrilex_ZONGO-R.-L.-Martial_invocabilite-des-ratifications-imparfaites-en-droit-international-des-traites.pdf, consulté le 18 mai 2022.

ratifié des traités internationaux sont tenus de les introduire dans leur ordre juridique interne pour respecter leurs engagements. Cette exigence du droit international a été soulignée par la CPJI (*avis consultatif sur l'échange des populations grecques et turques*)¹⁸⁰ et par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (*Almonacid Arellano et autre c. Chili*)¹⁸¹. De plus, eu égard aux dispositions de l'article 27 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités¹⁸² et à la jurisprudence de la CPJI (*traitement des nationaux polonais à Dantzig*)¹⁸³ les États ne sauraient invoquer leur droit interne aux fins de ne pas respecter leurs obligations internationales. Ainsi, certains États membres de la CEDEAO tels que le Nigéria et le Bénin ne peuvent pas invoquer les dispositions de leurs droits internes pour ne pas exécuter les décisions de la Cour de justice de la CEDEAO. De surcroît, ces États se sont présentés à de nombreuses reprises devant le prétoire de la Cour à l'occasion d'affaires les concernant. En outre, des juges nigériens (juges Dupe Atoki, Hansine N. Donli) et

bénois (juges Alfred Anthony, Clotilde Médégan-Nougbodé) ont déjà siégé devant le prétoire de la CJCEDEAO. Ainsi, conformément au *forum prerogatum*, le consentement des États à la juridiction de la CJCEDEAO peut résulter de leur attitude vis-à-vis de la Cour et des actes concluants qu'ils ont posés devant cette juridiction. Les différents arrêts rendus par la CJCEDEAO à l'égard du Nigéria et du Bénin et durant lesquels ces deux pays se sont présentés et ont pris part activement à la procédure démontrent clairement le consentement même tacite à la juridiction de cette Cour. Ainsi, le juge national, en tant que démembrement de l'État, ne saurait ignorer un tel acquis. De plus, en vertu du principe d'*estoppel*, le Nigéria et le Bénin ne pouvaient changer une posture juridique sur laquelle d'autres parties s'étaient appuyées de bonne foi.

Du point de vue du droit communautaire, le Traité révisé de 1993 créant la Cour est dûment ratifié par le Bénin¹⁸⁴ et le Nigéria. Ainsi, ils doivent en tirer toutes les conséquences y compris l'exécution des

¹⁸⁰ CPJI, *Avis consultatif sur l'Échange des populations grecques et turques*, 21 février 1925, *Série B*, n° 10, p. 20.

¹⁸¹ CIADH, *affaire Almonacid Arellano et autres c. Chili, Arrêt sur le fond et les réparations*, 26 septembre 2006, *Série C* n° 157, § 117, reproduit in L. BURGORGUE-LARSEN et Û. DE TORRES AMAYA, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, n° 11, p. 270 et s.

¹⁸² Article 27 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités : « Une partie ne peut

invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ».

¹⁸³ CPJC, *Avis consultatif du 4 février 1932, Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig Série A/B*, n° 44, p.24, « un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur ».

¹⁸⁴ Loi n° 95-001 portant autorisation de ratification du Traité révisé portant création de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) du 18 août 1995.

décisions de la Cour. D'autres juges nationaux comme ceux du Burkina-Faso et du Sénégal ne prennent pas en considération les décisions de la Cour de justice de la CEDEAO devant leurs prétoires. Dans sa *décision n° 2015-021/CC/EL*, le Conseil constitutionnel du Burkina-Faso s'était contenté d'énoncer que « *l'État du Burkina-Faso n'a pas mis en œuvre la décision du 13 juillet 2015 de la Cour de justice de la CEDEAO (dans l'affaire CDP et autres précitée)* » ; que par conséquent, l'article 166 du Code électoral est une disposition qui reste en vigueur¹⁸⁵. Il maintient l'inéligibilité mise en place l'article 135 du Code électoral burkinabè alors que dans la *décision CDP et autres* susmentionnée, la CJCEDEAO avait décidé que cette disposition du Code électoral burkinabè constituait une violation du droit de libre participation aux élections et avait enjoint l'État défendeur de la supprimer¹⁸⁶. Au

Sénégal, dans *l'affaire Khalifa Sall*, la Cour d'appel de Dakar s'était abstenue de prendre en considération la décision de la CJCEDEAO pour se prononcer sur l'annulation de la procédure et la mise en liberté d'office demandées par les avocats de Khalifa Sall comme conséquences de l'arrêt de la CJCEDEAO du 29 juin 2018¹⁸⁷. Les avocats de l'État du Sénégal avaient indiqué, à leur tour, que la CJCEDEAO n'avait pas demandé la libération de Khalifa Sall. La Cour d'appel de Dakar ignore ainsi la décision de la CJCEDEAO alors que pour un souci d'intégration judiciaire et de dialogue, elle pouvait se référer à la décision de son homologue d'Abuja pour aboutir aux mêmes résultats puisque les juges de la CEDEAO n'avaient pas exigé la libération de Khalifa Sall. De plus, le Conseil constitutionnel sénégalais a refusé, dans sa *décision n° 3-C-2021 affaire n° 3 et 4-C-21 du 22 juillet 2021*¹⁸⁸, de se référer au

¹⁸⁵ Conseil constitutionnel du Burkina-Faso, *Décision no 2015-021/CC/EL sur le recours de monsieur DABIRE Ambaterdomon Angetin aux fins de déclarer inéligibles des candidats aux élections législatives du 11 octobre 2015*, 25 août 2015 <https://burkina24.com/wp-content/uploads/2015/08/D%C3%A9cision-du-Conseil-constitutionnel.pdf>, consulté le 18 mai 2022 ; pour une critique de cette décision, voir D. SANOU, « Inéligibilité de candidats à la présidentielle 2015 : Une décision juridictionnelle à fondement politique », *Le Faso.net*, 9 septembre 2015, <https://lefaso.net/spip.php?article66767>, consulté le 18 mai 2022.

¹⁸⁶ Rappelons que dans la *décision CDP et autres Burkina-Faso* du 13 juillet 2015 précitée, la Cour de justice de la CEDEAO avait énoncé ceci : « *Au fond : Dit que le Code électoral du Burkina Faso, tel que modifié par la loi n°005-2015/CNT du 07 avril 2015, est une violation du droit de libre participation aux*

élections ; Ordonne en conséquence à l'État du Burkina de lever tous les obstacles à une participation aux élections consécutifs à cette modification ».

¹⁸⁷ Dans son arrêt du 18 juin 2018, *Affaire ministère public, État du Sénégal et ville de Dakar contre Khalifa Ababacar Sall et autres*, la Cour d'appel de Dakar énonce qu'« [...] il convient de rappeler que les arrêts rendus par la Cour de Justice de la CEDEAO n'impactant pas les procédures pendantes devant les juridictions nationales des États membres¹⁸⁷ », *Cour d'appel de Dakar, Affaire Ministère public, État du Sénégal et ville de Dakar contre Khalifa Ababacar Sall et autres*, Arrêt du 18 juillet 2018, <https://yerimpost.com/affaire-khalifa-sall-et-cie-lintegralite-de-la-decision-controversee-de-la-cour-dappel/>, consulté le 22 juin 2022.

¹⁸⁸ Voir B. BA, « Les sources nationales (des droits de l'homme) », in A. SALL et S.-A. NDIAYE (dir.), *Manuel pratique des droits de l'homme*, 2^e édition, Dakar, Presses universitaires de Dakar, 2022, p. 65.

Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance dans son contrôle de constitutionnalité des lois alors que ce Protocole ratifié par le Sénégal énonce que ses principes sont déclarés principes constitutionnels communs à tous les États membres de la CEDEAO¹⁸⁹. Dans sa *décision DCC-20-641* du 19 novembre 2020¹⁹⁰, la Cour constitutionnelle du Bénin a refusé d'appliquer la *décision n° 005/2020 du 08 juillet 2020* de la Cour de justice de l'UEMOA concernant l'affaire de l'enseignant-chercheur Éric Dèwédi¹⁹¹. Il existe ainsi, dans certains pays de l'Afrique de l'Ouest, une absence de dialogue¹⁹² entre les juges nationaux et ceux de la CJCEDEAO. Dans les relations entre les juges nationaux et communautaires, « le dialogue des juges se transforme en dialogue de sourds, ou bien en guerre des juges »¹⁹³. De plus, « en Afrique, [...] les

juridictions constitutionnelles n'acceptent généralement pas de tirer les conséquences des effets qui s'attachent aux décisions rendues par (les) juridictions internationales surtout en matière électorale. [...] Les cours constitutionnelles ouest-africaines s'opposent ouvertement à l'application des décisions rendues par les juridictions internationales »¹⁹⁴. Cette situation pourrait découler du fait que le pouvoir judiciaire soit, dans certaines circonstances, sous l'emprise du pouvoir exécutif¹⁹⁵. Si on ajoute à cette position du juge national précitée le retrait du consentement des États à la juridiction de certaines juridictions internationales, « on assiste ainsi à une forme de convergence de vues entre autorités politiques et judiciaires tendant à affaiblir, à terme, l'autorité des juridictions internationales »¹⁹⁶. De surcroît, les conséquences d'une telle situation

¹⁸⁹ Conseil constitutionnel du Sénégal, *décision n° 3-C-2021 affaire n° 3 et 4-C-21* du 22 juillet 2021, considérant n° 149, <https://conseilconstitutionnel.sn/decision-n-3-c-2021-affaire-n-3-et-4-c-21/>, consulté le 19 mai 2022. Le refus des juges nationaux d'appliquer les décisions des juridictions africaines concerne également la Cour de justice de l'UEMOA.

¹⁹⁰ Cour constitutionnelle du Bénin, *Décision DCC 20-641* du 19 novembre 2020. Pour plus de détails sur cette décision, voir notamment A. KPODAR et C. MONEMBOU, « La pyramide des normes entre l'interne et l'externe : quand le droit communautaire courbe l'échine devant le droit national contraire », *Revue Constitution et consolidation de l'État de droit, de la démocratie et des libertés fondamentales en Afrique (RCC)*, 2020 n° 2 et 3, pp. 217-232, <https://courconstitutionnelle.bj/download/rcc-ns-002-et-003/>, consulté le 16 juin 2022.

¹⁹¹ Cour de justice de l'UEMOA, Arrêt n° 005/2020 du 08 juillet 2020, Commission de l'UEMOA contre la décision *DCC n° 19-287 du 22 août 2019* de la Cour constitutionnelle du Bénin.

¹⁹² M. GENEVOIS, « Retour sur le dialogue des juges », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 1809.

¹⁹³ Cité in APS, « Sénégal : Le dialogue entre les juges nationaux et communautaires passé à la loupe », <https://fr.allafrica.com/stories/202106190058.html>, consulté le 19 mai 2020.

¹⁹⁴ B. KANTÉ, « Propos introductifs », in N. DIOUF (dir.), *Le Conseil constitutionnel sénégalais dans un contexte d'intégration régionale : passé, présent, devenir* (Actes du colloque de Dakar, 7 et 8 décembre 2020, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 42.

¹⁹⁵ Voir en ce sens, A.-J. ADELOUI, « Le juge, le droit et la politique », in M. BADJI et E.-O. DIOP (dir.), *Mélanges en l'honneur du juge Kéba Mbaye. Administrer la justice. Transcender les frontières du droit*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse I Capitole, 2018, p. 490 et s.

¹⁹⁶ B. KANTÉ, « Propos introductifs », in N. DIOUF (dir.), *Le Conseil constitutionnel sénégalais dans un contexte d'intégration régionale : passé, présent, devenir, op.cit.*, p. 2021, p. 43

entraîneront une diminution de la panoplie de de recours dont disposaient les citoyens des États de la CEDEAO en cas de violations de leurs droits fondamentaux ou des principes démocratiques.

Dans cet océan de défiance et de dialogue de sourds entre les juges nationaux et communautaires susmentionnés, l'espoir est permis. Le 10 mai 2011, la Cour d'appel de Niamey avait ordonné tardivement la libération de l'ex-Président Mamadou Tandja après que la CJCEDEAO a décidé que sa détention était arbitraire. En outre, dans *sa décision n° 003/09 du 09 juillet 2009*¹⁹⁷, la Cour constitutionnelle du Togo s'était référée au Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance en faisant de ce texte une norme de référence de son contrôle de constitutionnalité. Il s'agit là d'exemples de jurisprudences où le juge national prend une attitude en faveur de l'intégration des principes de convergence constitutionnelle créés par la CEDEAO. La démarche des juges nigériens et togolais mérite d'être encouragée. En réalité, l'intégration judiciaire dans l'espace CEDEAO ne peut se renforcer sans l'implication du juge national et son dialogue constructif avec le juge communautaire¹⁹⁸.

Conclusion

Les processus d'intégration sur lequel les États membres de la CEDEAO se sont engagés est un acquis considérable dans la région ouest africaine. Il a abouti à la création d'une vraie communauté fondée sur la solidarité et la coopération entre les États. C'est dans la logique de renforcer le bien-être des citoyens de la Communauté que sa Cour de justice est dotée de larges compétences lui permettant de veiller, entre autres, au respect des principes démocratiques et des droits humains. La mission de la Cour revêt une importance capitale et son prétoire ne désemplit pas. De plus en plus de justiciables résidant au sein d'un État membre de la CEDEAO dont les droits fondamentaux sont violés la saisissent aux fins d'obtenir gain de cause. Il s'agit là d'une avancée majeure de la protection des certaines valeurs communes reconnues dans la Communauté. Il est nécessaire de renforcer cet acquis. Pour ce faire, les États membres de la CEDEAO doivent exécuter les décisions rendues par la Cour de justice. Tout au long de cette réflexion, il a été question de mettre l'accent sur la nécessité du renforcement de l'effectivité de l'ordre constitutionnel créé dans l'espace CEDEAO. Toute violation de

¹⁹⁷ Cour constitutionnelle du Togo, *Décision N° C-003/09 du 09 juillet 2009, Affaire saisine des députés de l'Union des Forces de Changement (UFC)*, 9 juillet 2009, <http://www.ufctogo.com/Requete-de-l-UFC-sur-la-2123.html>, consulté le 19 mai 2022.

¹⁹⁸ A. SALL, « La Cour de justice de la CEDEAO et les autres ordres judiciaires ou le dialogue des juges vu d'Abuja : quelques réflexions », in M. BADJI et S.-N. TALL (dir.), *Les transformations de l'État. Mélanges en l'honneur de Babacar Guèye*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2019, pp. 625-644.

cet ordre constitutionnel doit être dûment sanctionnée. La survie de la CEDEAO et le salut des États membres en dépendent. Les coups d'État militaires et réapparus dans la sous-région ouest africaine ces dernières années démontre la nécessité de renforcer le respect des exigences de l'ordre constitutionnel.

LES IMPERFECTIONS DU DROIT DE RETENTION EN DROIT DE L'OHADA

SANGARE Mamadou

*Docteur en Droit privé et sciences criminelles
Enseignant-Chercheur à l'Université Jean Lorougnon Guédé,
Daloa, (Côte d'Ivoire)*

RÉSUMÉ :

La législation de l'OHADA fait du droit de rétention une sûreté mobilière d'apparente application très aisée au profit du créancier rétenteur. Cependant, à l'aune d'une telle législation, l'on relève que le débat sur la nature juridique du droit de rétention est loin d'être tranché. Il en est ainsi puisque le débiteur n'a plus la possibilité de fournir une sûreté réelle équivalente de substitution au créancier rétenteur afin de l'obliger à renoncer au droit de rétention. A cela s'ajoute le fait que le droit de rétention, au-delà de son apparence de sûreté parfaite et efficace, renferme encore, malgré les innovations de la réforme de 2010, de graves imperfections. Le droit de rétention soulève donc toujours des questions dont les réponses ne sont pas toutes évidentes à la lumière de l'Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés.

Mots-clés : Droit de rétention – Efficacité – Condition de mise en œuvre – Chose retenue.

ABSTRACT:

OHADA legislation makes the right of retention a movable security of apparent very easy application for the benefit of the retaining creditor. However, in the light of such legislation, we note that the debate on the legal nature of the right of retention is far from settled. This is so since the debtor no longer has the possibility of providing an equivalent security in rem to the retaining creditor in order to oblige him to waive the right of retention. Added to this is the fact that the right of retention, beyond its appearance of perfect and effective security, still contains, despite the innovations of the 2010 reform, serious imperfections. The right of retention therefore always raises questions whose answers are not all obvious in the light of the revised Uniform Act organizing securities.

Keywords: Right of retention - Effectiveness - Implementation condition - Thing retained.

INTRODUCTION

« *Le rétenteur ne peut en définitive que retenir la chose. Ce n'est même pas un droit, c'est une défense contre la revendication*¹ ». Cette assertion révèle la délicatesse qui caractérise le droit de rétention dont la nature juridique ainsi que son utilité font l'objet d'autant de positions divergentes².

En effet, l'une des plus grandes difficultés de tout créancier, qu'il soit professionnel ou non professionnel, réside dans l'inlassable recherche de garanties contre ses débiteurs dans le but de réduire considérablement les difficultés de recouvrement de ses créances. Une telle difficulté est constante dans la vie des affaires où les professionnels font quotidiennement face à de sérieux soucis de recouvrement de leurs créances. On le constate naturellement avec les professionnels qui procèdent à la confection, à la réparation ainsi qu'à l'entretien de biens et qui sont généralement exposés à la résistance des bénéficiaires de leurs prestations à honorer

leur engagement de payer le prix convenu une fois la prestation réalisée.

Dans le souci d'y apporter une réponse efficace, il est en pratique constant de recourir aux sûretés. Celles-ci sont généralement perçues comme des garanties permettant au créancier d'être protégé contre l'insolvabilité des débiteurs. En d'autres termes, les sûretés renvoient à « *des techniques juridiques destinées à assurer le règlement des créances pour le cas où le débiteur ne disposerait pas de liquidités ou de biens d'une valeur suffisante pour désintéresser l'ensemble de ses créanciers*³ ».

Il en est ainsi parce que l'objectif recherché avec les sûretés, c'est d'arriver à « *prévoir l'hypothèse du risque de non-paiement en s'octroyant un rang de paiement prioritaire par le biais des garanties*⁴ ». Le droit des sûretés constitue ainsi l'ensemble des normes visant à canaliser les différents mécanismes permettant à un créancier de s'assurer de la solvabilité de son débiteur. L'une d'elle consacrée par le droit de l'OHADA et qui mérite une attention particulière se nomme « *le droit de rétention* ».

En effet, celui-ci se définit comme le « *droit du créancier qui a en sa détention ou en sa possession un bien appartenant*

¹ P. VAN OMMESLAGHE, *Observations sur les effets et l'étendue du droit de rétention et de l'exceptio non adimpleti contractus spécialement en cas de faillite du débiteur*, R.C.J.B., 1963, n° 12 à 14.

² M. GREGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 727.

³ <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/suretes.php>; consulté le 04/07/2022.

⁴ A. REBORD, *L'essentiel du droit de l'entreprise*, Ellipses, 2008, p.133.

au débiteur de refuser de s'en dessaisir tant qu'il n'a pas été payé⁵». C'est le cas, par exemple du mécanicien qui, après avoir réparé un véhicule, refuse de le restituer au propriétaire qui fait des difficultés au paiement des frais de réparation. Le droit de rétention se perçoit donc traditionnellement comme le droit de retenir une chose que l'on devrait normalement restituer. Ainsi, lorsqu'un créancier détient un bien appartenant à son débiteur ayant surtout un rapport direct avec sa créance, il peut le retenir tant qu'il n'est pas payé. C'est donc une « faculté reconnue à un créancier de retenir un bien de son débiteur pour faire pression sur celui-ci, la rétention est un instrument de garantie dont la consécration peut apparaître injustifiée tant au regard de sa technique que de son esprit ⁶». On dit alors du droit de rétention qu'il « est une prérogative accordée par la loi à certains créanciers de conserver un objet mobilier qui leur a été remis en vue de l'exécution d'une prestation, et ce, jusqu'à ce qu'ils soient payés des sommes qui peuvent leur être dues en vertu du contrat à l'occasion de l'exécution duquel il est exercé. Le droit

de rétention est donné notamment à l'hôtelier, au garagiste, au dépositaire et au mandataire⁷ ».

Mais l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, au lieu de définir le droit de rétention, expose plutôt son objet en disposant que « le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté ⁸ ». On ne peut que se référer aux définitions consacrées par le droit français pour satisfaire à une telle exigence.

De ce qui précède, le droit de rétention apparaît inexorablement comme un privilège opposable aux débiteurs qui ne peuvent faire valoir leur droit de propriété sur la chose tant qu'elle reste entre les mains de la personne qui exerce un tel droit. C'est un droit qui est aussi opposable aux autres créanciers du débiteur, de sorte que ceux-ci ne peuvent exercer leur droit de gage général sur le bien déjà retenu par un créancier dont la créance a un lien direct avec le bien faisant objet de sa rétention. Ce privilège est reporté sur le prix si l'objet est finalement vendu aux enchères pour éteindre la dette du débiteur dont la chose avait été retenue. Enfin, on

⁵ S. GUINCHARD et T. DEBARD, Lexique des termes juridiques, 26^{ème} édition Dalloz 2018-2019, p. 952.

⁶ Z. NJUTAPVOUI, « Le droit de rétention dans le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés : sûreté active ou passive ? », <https://revue.ersuma.org/no-6-janvier-2016/etudes/article/le-droit-de-retention>; consulté le 04/07/2022.

⁷ <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit-de-retention.php/02-04-2021>; consulté le 04/07/2022.

⁸ Art. 67 de l'Acte Uniforme OHADA portant droit des sûretés.

dit également que le droit de rétention est opposable aux sous-acquéreurs de bonne foi⁹, il constitue un droit réel, opposable à tous, y compris aux tiers non tenus de la dette¹⁰.

L'opposabilité du droit de rétention tel que présenté en fait une garantie apparemment efficace en faveur du créancier rétenteur. C'est pourquoi en droit français par exemple, le droit de rétention a été institué au profit de l'huissier de justice pour garantir le paiement de sa rémunération et de ses débours¹¹. Il peut être ainsi exercé, suivant la jurisprudence française, sur les clefs d'un immeuble que cet officier ministériel détient pour avoir instrumenté l'expulsion de son occupant, il n'emporte pas dans ce cas d'espèce la détention de l'immeuble lui-même¹². La décision de rejeter les demandes indemnitaires du propriétaire, après avoir retenu qu'il n'existait aucun lien causal entre la rétention des clés de l'immeuble et les dégradations subies par celui-ci après l'expulsion, se trouve finalement

légalement justifiée selon la jurisprudence française¹³.

Notons aussi qu'à la différence de l'exception d'inexécution qui suppose un manquement grave d'un contractant, en matière de droit de rétention, tout manquement de l'une des parties entraîne la possibilité pour l'autre de s'en prévaloir. Le droit de rétention peut être exercé sur la totalité des biens détenus par le rétenteur même en cas de paiement partiel et même si le reliquat de la dette est modique¹⁴. Il est, en outre, un droit réel opposable à tous, même au propriétaire de la chose non tenu de la dette¹⁵. Il ne lui octroie, en revanche, pas le droit de se faire payer par préférence s'il demande en justice la vente forcée du bien qu'il détient ni de se faire attribuer en pleine propriété ce bien. Il ne saurait, non plus, se dessaisir du bien, sauf s'il y est contraint par décision de justice.

Il y a lieu de relever que le droit de rétention a toujours été perçu comme un acte spontané de justice privée. Le bien est ainsi pris en otage à la connaissance du débiteur¹⁶ juridiquement impuissant et

⁹ 1^{ère} chambre civile, 24 septembre 2009, pourvoi : 08-10152.

¹⁰ 1^{ère} Chambre civile, 24 septembre 2009, pourvoi n°08-10152, BICC n°717 su 1er mars 2010 ; Com., 31 mai 1994, pourvoi n° 92-16505, Bull. 1994, IV, n°195 - Com., 3 mai 2006, pourvoi n°04-15262, Bull. 2006, IV, n°106.

¹¹ 1^{ère} Chambre civile 11 mai 2017, pourvoi n°15-26646, BICC n°870 du 1er novembre 2017 ; M. DOMINIQUE LEGAIS, RD bancaire et financier, 2017, com. 118.

¹² Idem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Cass. com., 6 oct. 2009, n° 08-19.458.

¹⁵ Cass. civ., 24 sept. 2009 n° 08-10.152.

¹⁶ Il n'y a pas de droit de rétention si la chose a été soustraite à l'insu de son propriétaire ou par contrainte sans que celui qui l'a soustrait ainsi ne soit lié à son propriétaire par un rapport d'obligation. Dans ce cas de figure, on est en face du délit de vol (la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui). Il n'y a pas également de droit de

surtout des tiers dépourvus de tout droit de contestation. Il fait appel à des notions de justice ancestrale, primaire, voire même biblique. Il pourrait être compris comme une manifestation de la loi du talion souvent réduite à l'expression « *oeil pour oeil, dent pour dent* ». Il ne serait pas alors trop osé d'affirmer que nos sociétés dites modernes ont consacré le droit de rétention et lui ont donné une force, à certains égards, invincible. Cette situation de fait conférant une sorte de toute-puissance à celui qui s'en sert est paradoxalement consacrée par le droit positif. En effet, on peut, du point de vue de son historique, relever qu'au départ, les droits français et québécois ont légalisé le droit de rétention dans leur corpus civil comme un principe aux articles 1592 du *Code civil du Québec* et 2286 du Code civil français. On note ainsi avec l'article 1592 susvisé que « *toute partie qui, du consentement de son cocontractant, détient un bien appartenant à celui-ci a le droit de le retenir jusqu'au paiement total de la créance qu'elle a contre lui, lorsque sa créance est exigible et est intimement lié au bien qu'elle détient* ¹⁷ ». L'article 2286 du Civil français

prévoit aussi à cet effet que peut se prévaloir d'un droit de rétention sur une chose, d'une part, celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ainsi que celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ; d'autre part, celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose et enfin celui qui bénéficie d'un gage avec dépossession¹⁸. Tout compte fait, un tel droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire¹⁹.

Les deux législations ont cependant une approche différente du droit de rétention. Le droit québécois considère le droit de rétention comme une exception d'inexécution et, dans certaines situations précises, comme une sûreté légale. Le droit français, par contre, lui confère généralement les effets rattachés à une sûreté conventionnelle²⁰.

Comme souligné, au-delà de certaines différences de techniques juridiques et de politique législative, comme la possibilité d'envisager en droit français un droit de

rétention si la chose a été confiée à un tiers qui finalement se dérobe de son obligation de la restituer. On le verra plus tard, on est proche du délit d'abus de confiance ou du délit de détournement de biens. Enfin, il n'y a pas de droit de rétention si la chose retenue n'a aucun lien avec la créance dont se prévaut le rétenteur.

¹⁷ Cf. Code Civil du Québec (CCQ-1991) ; entré en vigueur le 01/01/1994 ; In : legisquebec.qc.ca.

¹⁸ Art. 2286 modifié par la loi n°2008-776 du 4 août 2008. In: www.legifrance.gouv.fr; consulté le 13/06/2022.

¹⁹ Idem.

²⁰ A la lecture de l'article 2286 précité, on voit bien que le recours au droit de rétention, en droit français, est largement conditionné à l'existence préalable d'un rapport contractuel entre les parties, bien qu'à l'origine, le contrat ne soit pas pour objet la rétention d'une chose.

rétention fictif sans détention²¹, le droit de rétention constitue ainsi un mécanisme original de garantie ayant une nature plurielle qui peut revêtir plusieurs applications pratiques et avoir des effets notables. Une telle opportunité d'ordre juridique n'a pu laisser le droit de l'OHADA indifférent. Celui-ci ne pouvait ne pas consacrer une telle garantie qui semble largement satisfaisante pour les créanciers ayant l'opportunité de détenir un ou des biens appartenant à leurs débiteurs.

En effet, en droit OHADA, au sein des sûretés mobilières prévues par l'article 50 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, le droit de rétention occupe une place importante. Si l'admission de ce droit ne fait l'objet d'aucune contradiction, sa nature et sa fonction suscitent des controverses doctrinales, et ce, à plusieurs

titres²². C'est pourquoi, il semble indiquer de se poser la question de savoir si au regard des nouvelles dispositions de l'Acte uniforme sur les sûretés, le droit de rétention apparaît comme une sûreté suffisante, c'est-à-dire une sûreté qui accorde des garanties satisfaisantes au créancier rétenteur. Ce qui soulève tout le débat de l'efficacité même du droit de rétention en tant que sûreté tantôt active et tantôt passive.

Notons à ce sujet que sous le régime de l'ancien Acte uniforme Ohada portant organisation des sûretés, le droit de rétention apparaissait comme une sorte de gage légal, qui permettait au rétenteur de poursuivre la vente forcée du bien retenu, en ayant les mêmes droits que le créancier gagiste. Cela en faisait, à juste titre, une sûreté pleinement active. Cependant, sous l'empire de la nouvelle législation de l'Ohada, le droit de rétention apparaît comme une prérogative purement passive qui ne peut que permettre simplement au rétenteur de s'opposer à la reprise du bien par le débiteur. Dans ce dernier cas, il apparaît comme un droit qui peut s'exercer à la fois sur la base d'un contrat ou sur le fondement d'un acte unilatéral.

²¹ On lit à cet effet qu' « en droit des biens français, le droit de rétention est codifié à l'article 2286 du Code civil depuis la loi du 23 mars 2006. Il peut se définir comme le droit donné à un créancier de refuser la restitution d'un bien appartenant à un débiteur jusqu'au complet paiement de sa créance. Le droit de rétention peut donc se qualifier de moyen de pression que peut exercer le créancier sur son débiteur. Au regard de sa situation au sein du Code civil, il ne peut être qualifié ni de sûreté personnelle ou réelle. Il a pu être parfois qualifié de droit réel atrophé par la doctrine. Cependant, il ne confère aucun droit de suite ou de préférence au créancier. Il constitue en réalité une garantie accessoire à une créance. Depuis la réforme LME du 4 août 2008, un droit de rétention fictif a été créé dans le cas d'un gage sans dépossession, dématérialisant le droit de rétention. Cet ajout n'est pas sans poser quelques difficultés car tel l'affirmait le professeur Marly « pour retenir, il faut déjà tenir ». *In* : https://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_de_retention_en_droit_français.

²² Z. NJUTAPVOUI, « Le droit de rétention dans le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés : sûreté active ou passive ? » <https://revue.ersuma.org/no-6-janvier-2016/etudes/article/le-droit-de-retention>.

Le constat qui se dégage au-delà de toute controverse, comme le souligne certains auteurs, est que l'Acte uniforme rénové a profondément transformé le régime juridique du droit de rétention. Ce constat justifie de nouvelles analyses juridiques sur le droit de rétention²³. Alors, si le droit de rétention a toujours été considéré en droit Ohada comme une sûreté, on s'interroge davantage de nos jours sur l'intérêt de sa consécration comme telle. Il en est ainsi parce que, comme souligne un auteur, « sous l'empire de la version initiale de l'AUS, les effets du droit de rétention étaient réduits à ceux d'un gage par l'ancien article 43 de l'AUS et il était, dès lors, logique que cette parenté conduise à faire figurer le droit de rétention au sein des sûretés régies par l'Acte uniforme ²⁴ ». On note donc que le droit de rétention a un régime juridique différent selon qu'il est appréhendé à travers le droit français des sûretés ou celui issu de l'acte uniforme de l'Ohada portant organisation des sûretés. Contrairement au droit de l'OHADA, le droit de rétention, dans le système français, n'a pas été prévu en tant que tel ; seuls certains textes l'admettent²⁵ et c'est la jurisprudence qui a consacré l'existence de

ce droit tout en prenant le soin de déterminer ses effets ainsi que ses conditions d'exercice²⁶. La jurisprudence reste constante sur le fait que le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est pas assimilable au gage²⁷.

Il faut alors dire que dans le contexte africain, « pendant que l'acte uniforme de l'Ohada portant organisation des sûretés était encore en projet, la doctrine était partagée sur le régime juridique de ce droit. Pour certains, le droit de rétention n'est pas une sûreté comme les autres, et n'entraîne à proprement parler ni droit de préférence ni droit de suite »²⁸.

Ensuite, pour d'autres, « le droit de rétention est qualifié de sûreté sans ambiguïté au lieu d'être considéré comme une simple exception d'inexécution ou une saisie-arrêt improvisée ou une compensation ; ses conditions d'exercice, son assiette et sa réalisation sont nettement définies et en font une sûreté active et achevée assimilée à un gage à cet effet au lieu d'être considérée comme une sûreté passive et inachevée ainsi que le fait le droit français ²⁹ ».

²⁶ B. MERCADAL, *Mémento CONTRATS* - Éditions Francis Lefebvre N° 4976.

²⁷ Cass. Com. 20-5-1997 : RJDA 10/97 n° 1263 ; Cass. Com. 9-6-1998 : RJDA 10/98 n° 1141.

²⁸ J-R. GOMEZ, « Analyse critique de l'avant-projet d'acte uniforme portant organisation des sûretés dans les États membres de l'Ohada », *Penant*, n° 825, septembre-décembre 1997, p. 262.

²⁹ Un auteur a pu relever à ce sujet que « le législateur sénégalais s'est lui-même inspiré des codes civils allemand et suisse en cette matière.

²³ Z. NJUTAPVOUI, « Le droit de rétention dans le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés (...), *Idem*.

²⁴ P. CROCQ et autres, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés*, Collection Lamy Axe Droit, 2012, p.149.

²⁵ Cf. Art. 1612 et 2280 du Code civil et à l'article L 145-29 du Code de Commerce français.

Finalement, le législateur de l'OHADA, a fini par ériger « *ce droit en une sûreté en précisant nettement et définitivement sa nature juridique qui a fait l'objet d'un long débat doctrinal* ³⁰ ». La dernière réforme du droit Ohada des sûretés semble ainsi avoir résolu cette confusion relativement au régime juridique du droit de rétention en rendant indiscutable son appellation de sûreté visant à garantir les droits des créanciers³¹. Cela nous invite, naturellement et comme sus-évoqué, à

L'article 39 alinéa 1 de l'acte uniforme de l'Ohada portant organisation des sûretés (AUS) dispose à cet effet que : « les sûretés mobilières comprennent : le droit de rétention, le gage, les nantissements sans dépossession et les privilèges ». Comme déjà relever par certains auteurs, les articles 41-43 du même acte, consacrés au droit de rétention, reprennent quasiment à la lettre l'article 920 du code Sénégalais des Obligations civiles et commerciales²⁹. Cette coïncidence montre, à n'en point douter, que le droit sénégalais a largement contribué à l'évolution du régime juridique du droit de rétention dans l'actuel de l'Ohada portant organisation des sûretés. Cf. J. ISSA-SAYEGH, « Présentation du projet d'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif », Penant, n° 827, mai-août 1998, p. 212.

³⁰ La raison généralement avancée est que sous l'empire de la version nouvelle de l'AUS, comme certains l'affirment si bien, on peut davantage hésiter à faire figurer le droit de rétention au nombre des sûretés, simplement parce que les effets de celui-ci : « n'y sont plus réduits à ceux du gage et le droit de rétention ne confère plus un simple droit de préférence sur le bien qui en fait l'objet : il place le créancier qui en bénéficie dans une véritable situation d'exclusivité lui permettant de conserver le bien tant qu'il n'a pas reçu un paiement intégral, sans pour autant lui conférer, en principe, le moindre droit d'agir ». Cf. J. ISSA-SAYEGH, « Le droit de rétention en droit Sénégalais », *op. cit.*, p. 262.

³¹ J. ISSA-SAYEGH, « Le droit de rétention en droit Sénégalais », *op. cit.*

s'interroger sur l'efficacité de sorte de sûretés. Cela suscite alors la question de savoir : le droit de rétention pourrait-il être toujours considéré en droit Ohada comme une sûreté efficace ?

Une telle question, comme le démontrent les analyses précédentes, se justifie par le fait que le droit de rétention se présente en droit OHADA, comme une arme redoutable devant permettre au créancier rétenteur d'obtenir satisfaction auprès de son débiteur. Ou on ne peut alors qu'en déduire deux variantes. Dans un premier temps, il est évident que les conditions de réalisation du droit de rétention en font une sûreté à l'efficacité relative (I). Une telle efficacité est, dans un second temps, contrariée par les finalités très limitées de cette sûreté (II).

I- Une relative perfection affirmée au niveau de la réalisation de la rétention

Le droit de rétention ne saurait être un droit exercé par tout créancier indifféremment de son rapport personnel avec le débiteur. Il lui est donc demandé de justifier l'existence même d'une créance entre lui et le débiteur, même si les conditions qu'il doit ainsi remplir ne relèvent de quelque chose d'impossible. C'est pourquoi, le droit de rétention ne peut être exercé par un créancier que si sa

créance réunit certaines conditions³². Ces conditions sont même allégées en vue de lui faciliter la mise en œuvre d'un tel droit. Elles tiennent essentiellement tant à la créance elle-même (A) qu'au lien de connexité entre celle-ci et la chose retenue (B).

A- Un allègement des conditions tenant à la créance objet de la rétention

On dit généralement de la créance qu'elle est une somme d'argent que doit percevoir une personne en sa qualité de créancière de la part d'un de ses clients dénommés débiteurs. Quand une entreprise délivre un produit ou service à un client en lui accordant un délai de paiement par exemple, la somme due devient une créance. Si le débiteur (celui qui doit s'acquitter du règlement) ne paye pas à temps sa créance, cette dernière devient alors un retard de paiement ou un impayé dont le paiement peut être exigé par le créancier. La différence entre une créance et une dette réside, d'une part, dans le fait qu'une dette est la somme d'argent qu'un particulier ou une entreprise doit payer et

d'autre part dans le fait qu'une créance est la somme d'argent qu'un particulier ou une entreprise doit percevoir de la part d'un client³³.

Ce qui est évident, si un client ne s'acquitte pas du paiement de sa dette dans le temps imparti, le créancier peut procéder à son recouvrement de plusieurs manières. Cependant, afin que cela soit possible, la créance doit posséder trois caractéristiques cumulatives indispensables.

En premier lieu, la créance dont le paiement est exigé par le créancier en question doit obligatoirement être certaine. En d'autres termes, cela signifie que son existence est avérée (une facture par exemple) de manière à ce qu'elle soit incontestable. Par conséquent, un devis ne constitue pas une créance. Il est uniquement à visée informative et de ce seul fait n'engage surtout à rien. Son but est simplement de donner au client potentiel le montant qu'il devra régler si et seulement s'il décide d'effectuer l'achat. Plus concrètement, la créance doit avoir

³² Ces conditions, susmentionnées, sont énumérées par l'article 68 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés qui dispose que « le droit de rétention ne peut s'exercer que : si la créance du rétenteur est certaine, liquide et exigible ; s'il existe un lien de connexité entre la naissance de la créance et la détention de la chose retenue ; et si le bien n'a pas été saisi avant d'être détenu par le rétenteur ».

³³ Dans un tel rapport, le créancier est aussi appelé « accipiens » et son débiteur le « solvens ».

une existence, d'une part actuelle³⁴ et, d'autre part, incontestable³⁵.

Le second point est qu'une créance doit impérativement être liquide. En termes plus compréhensibles, cela veut dire que son montant pourrait être quantifié très précisément. Une estimation ne suffit pas. Ainsi, le prix exact de la transaction doit toujours apparaître sur la facture ou le contrat afin que si créance il y a, elle puisse être considérée comme liquide³⁶.

Enfin, une créance que le créancier entend recouvrer doit être exigible. C'est à dire que la date butoir pour le paiement doit apparaître sur le document attestant de la vente ou de l'achat. Si cette date est dépassée mais qu'aucun paiement n'a été perçu par le créancier, alors la créance devient exigible. En revanche, avant cette échéance, le paiement du montant dû ne peut pas être imposé au débiteur³⁷.

Ces trois exigences sont importantes et indispensables puisque tout créancier ou service de recouvrement des créances ne peut obtenir satisfaction que si les créances

exigées sont conformes à ces trois conditions cumulatives. Alors, si laisser aux clients un délai pour régler leurs factures peut être un avantage non négligeable par rapport à la concurrence, les créances qui en découlent peuvent avoir un impact relativement élevé sur la trésorerie de l'entreprise³⁸.

Aussi, si la société vend un produit ou service mais ne touche pas l'argent de la transaction immédiatement, cela crée un décalage des entrées de flux de trésorerie que le gestionnaire doit prendre en compte dans ses prévisions de trésorerie. Si ces décalages sont trop importants, l'entreprise peut également se retrouver en pénurie de trésorerie (et ce, même si son activité fonctionne bien³⁹).

Dès lors, si les projections montrent que les créances clients risquent de porter un coup dur à la santé financière de l'entreprise, plusieurs possibilités existent pour limiter au maximum les problèmes. Ainsi, le dirigeant peut dans un premier temps utiliser la méthode de l'affacturage. Celle-ci consiste pour une entreprise de choisir une banque à laquelle elle va céder toute ou partie de ses créances clients en échange d'un paiement immédiat de ces dernières. C'est un processus qui a un certain coût, mais qui permet à la société

³⁴ La créance actuelle est celle qui est arrivée à échéance, c'est-à-dire que la date de paiement prévue doit être dépassée. (In : www.legalstart.fr/droit-de-creance-actuelle; consulté le 10/07/2022).

³⁵ La créance incontestable est celle qui ne peut être raisonnablement contestée par le débiteur.

³⁶ In : www.legalstart.fr/droit-de-creance-liquide; consulté le 10/07/2022.

³⁷ Idem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

de remplir sa trésorerie rapidement pour éviter les problèmes et lenteurs liées à la relance client "classique" par exemple. L'autre option que peut envisager le dirigeant est de pratiquer l'escompte. Cela consiste à octroyer un pourcentage de réduction sur la facture d'un client en échange de son paiement comptant ou en avance sur la date de règlement initiale. En cas de retard de paiement, l'entreprise fait appel à un intermédiaire spécialisé qui va s'occuper de prendre contact avec le client récalcitrant pour faire en sorte qu'il règle sa dette dans les plus brefs délais. Cette manière de procéder permet à la direction de l'entreprise de se libérer du temps pour se focaliser sur le cœur de métier de leur activité.

En matière de sûreté, on note à ce stade avec l'article 67 de l'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés que *« le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté, sous réserve de l'application de l'article 107 alinéa 2, du présent Acte uniforme »*. L'article 68 ajoute que *« le droit de rétention ne peut s'exercer que : si la créance du rétenteur est certaine, liquide et exigible ; s'il existe un lien de connexité entre la naissance de la créance et la détention de la chose retenue ; et si le bien*

n'a pas été saisi avant d'être détenu par le rétenteur ». En d'autres termes, il faut que la créance du rétenteur soit certaine, liquide et exigible⁴⁰.

Ces conditions suscitées résultent des articles 41 et 42 de l'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés. Le législateur de l'OHADA s'est distingué du droit français en ajoutant aux deux conditions de certitude et d'exigibilité de la créance celle de liquidité, le fait que le droit de rétention ne peut s'exercer que *« si la créance est certaine, liquide et exigible⁴¹ »*. On en déduit donc que pour être admis à se prévaloir du droit de rétention, tout créancier doit d'abord justifier d'une créance ayant d'une part un caractère certain. Ainsi, la créance d'un garagiste qui ne s'est pas entendu avec son client sur le prix de réparations à effectuer

⁴⁰ Ce qui signifie qu'il incombe au créancier de prouver le caractère certain de la créance qu'il invoque, et démontrer qu'elle est incontestable. La créance doit être liquide ce qui signifie que le montant de la créance doit pouvoir être évalué. Par ailleurs, le créancier doit tenir compte, pour chiffrer le montant de la créance, des éventuels versements déjà réalisés par le débiteur. Enfin, la créance doit être exigible, ce qui signifie que la créance doit être échue, c'est-à-dire que la date limite de paiement, prévue au contrat, a été dépassée. Il en sera de même dans le cas où un créancier ne saurait procéder à la rétention d'un bien pour une créance à terme ou dont l'exécution est soumise à condition suspensive.

⁴¹ Ces trois critères sont soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond (CCJA, n° 07, 8-1-2004 : Ets. SPL SARL c/ Sté de transport BC SARL).

sur un véhicule n'est pas certaine⁴². Il en est de même pour celle d'un garagiste qui invoque une créance relative à des réparations n'ayant pas abouti, ce dernier étant tenu d'une obligation de résultat⁴³. Cela vaut également pour un « *avocat qui retient de son propre chef une somme qui lui a été remise par son client au profit d'un tiers, sans avoir reçu l'accord de ce client, dès lors qu'il n'a pas établi qu'il s'agissait d'avances sur honoraires, ne peut se prévaloir d'une créance* »⁴⁴. Le rétenteur qui se prévaut d'une créance incertaine s'expose par conséquent à la sanction pénale pour abus de confiance⁴⁵.

La créance ne doit donc pas être contestée, de sorte que le créancier qui entend se prévaloir d'un droit de rétention doit justifier d'un titre de créance vis à vis du débiteur⁴⁶. La certitude d'une créance peut

résulter du fait qu'elle trouve son fondement dans une convention entre les parties⁴⁷. On a aussi la question de l'exigibilité qui mérite d'être prise en compte.

La seule rupture de relations commerciales qui n'est pas un cas de déchéance du terme, n'emporte pas exigibilité d'une créance. Le quantum de la créance invoquée par le créancier doit être déterminé dans sa quantité, c'est-à-dire chiffré⁴⁸. La liquidité d'une créance peut être déterminée à partir du chiffre d'affaires dégagé sur l'exercice comptable⁴⁹.

Il est vrai que la date d'exigibilité d'une créance peut avoir été fixée à la fin de

⁴² Cass. Civ. 3-5-1966 : D. 1966.649 note Mazeaud ; Cass. com. 14-6-1988 : Bull. civ. IV. p. 138.

⁴³ TGI Nîmes, ch. des référés, 10-12-2003 n° 03/00991 : Bull. inf. C. cass. 2004 n° 535.

⁴⁴ Cass. 1e civ. 25-4-1989, Ansion c/ Cts Vanuxeem, Bull. I n° 162.

⁴⁵ L'abus de confiance est une infraction intentionnelle qui nécessite la volonté d'intervir le titre de propriété de la part de la personne qui adopte un comportement incompatible avec son engagement. Cette personne veut se comporter comme le véritable propriétaire de la chose alors qu'il ne dispose que d'un titre temporaire et précaire. In : www.avocats-picovschi.com/droit-de-retention.

⁴⁶ CA Abidjan, n°1164, 24-10-2003, K. A. J. C/ Mlle K. F. : Ohadata J-03-337 ; dans cette espèce, dame K. F. signa avec K. J. par devant notaire un contrat de location gérance portant sur un complexe hôtelier. Ayant pris cet établissement sans aucun équipement, elle le meubla à ses frais. Plus tard elle

fut expulsée de l'hôtel par une ordonnance confirmée par la CCJA le 24 Avril 2003. En exécution de cette décision et agissant à la requête de K. J., Maître T. B. scella l'entrée de l'immeuble, au lieu de procéder à l'expulsion de dame K. et de ses biens. Le 29 août 2003, il a été fait injonction à K. J. et à son huissier (Maître T. B.) restitué à dame K. F. ses biens restés dans l'immeuble. Ces derniers, relevèrent appel de cette ordonnance, estimant être en droit de retenir les biens meubles de dame K. F. en leur qualité de créanciers de celle-ci en vertu des articles 41 et 42 AUS. La Cour d'appel rejeta leur moyen, au motif que " K. J. se prétendant créancier de dame K. F. n'a justifié d'aucun titre de créance pour réaliser son droit de rétention ".

⁴⁷ CCJA, n°007, 24-4-2003 : Sté Côte d'Ivoire TELECOM c/ Sté PUBLISTAR, Ohadata J-03-193 note anonyme.

⁴⁸ CCJA, n° 21, 17-6-2004 : SDV-CÔTE D'Ivoire c/ Société RIAL TRADING.

⁴⁹ Une créance est exigible lorsque le débiteur ne peut se prévaloir d'aucun délai ou condition susceptibles d'en retarder ou d'en empêcher l'exécution. Seuls un terme conventionnel ou un moratoire, s'ils existent, peuvent constituer un obstacle à l'exigibilité de la créance.

chaque exercice comptable⁵⁰. Mais lorsque la preuve de l'expiration du délai imparti à un débiteur et prévu au contrat n'est pas rapportée, la créance objet de ce contrat n'est pas exigible et ne saurait fonder aucun droit de rétention⁵¹.

On note ainsi avec la jurisprudence que ces trois conditions sont également réunies dans une vente de café, lorsque des documents établissant que la quantité de café livrée par le créancier et le prix de l'unité de compte ne peuvent être contredits par le débiteur⁵². Existant sur la personne même à laquelle la rétention est opposée⁵³, cela justifie le refus du droit de rétention à un commissionnaire en douane qui l'opposait à un donneur d'ordre n'étant pas son débiteur. Il n'est pas exigé que la créance fondant un droit de rétention soit liquide, mais cette liquidation doit intervenir au moment où le juge statue sur le bien-fondé du droit⁵⁴.

On peut néanmoins relever une limite du droit de rétention tel que consacré par la législation OHADA. En effet, contrairement au droit français qui se veut plus explicite, celui de l'OHADA ne donne

pas de détails sur les cas exacts dans lesquels le créancier pourrait procéder à la réalisation de son droit de rétention. En droit français, on note avec l'article 2286 du code civil que « *Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance 2° Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ; 3° Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ; 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession. Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire* ». Cela donne, certes, plus de clarté sur le domaine de mise en œuvre du droit de rétention, mais n'en constitue pas forcément une avancée majeure. Si l'objectif est de faire du droit de rétention un outil redoutable de contrainte permettant au créancier de trouver une satisfaction face à un débiteur récalcitrant, limiter le recours à celui-ci en indiquant les cas limitatifs dans lesquels il peut intervenir ne peut que le desservir. La formule vague élargissant le domaine d'intervention du droit de rétention en droit OHADA, excepté les limites légales⁵⁵,

⁵⁰ CCJA, n°007, 24-4-2003 loc. cit.

⁵¹ CA Dakar, n°120, 16-2-2001 ; confirmé par CCJA, n° 016, 27-6-2002 : Sté MAREGEL c/ Sérigne Moustapha MBACKE.

⁵² CCJA, n°017, 27-6-2002, Sté El Nasr Import-Export c/ Ali Darwiche, Ohadata J-02-166.

⁵³ CA Paris 20-5-1988 : BT 1988. 547.

⁵⁴ B. MERCADAL, *Mémento CONTRATS*, Editions Francis Lefebvre, N° 4979.

⁵⁵ Naturellement, le droit de rétention ne saurait s'appliquer dans toutes les éventualités. On y a pas recours contre un débiteur déjà assujéti à une procédure collective d'apurement du passif (CA Abidjan, n°92, 31-1-2003 ; Dame G. F. M. NC c/Sté Alliance Auto, suscité) et aussi lorsqu'il s'agit de bien n'appartenant pas au débiteur.

nous semble, à cet égard, plus rassurant pour le créancier.

En somme, le droit de rétention ne peut prospérer que si ces conditions cumulatives ne sont réunies. Le tout est gagné par le droit de l'OHADA qui s'inscrit également dans un assouplissement du lien de connexité entre la créance et la chose faisant l'objet du droit de rétention.

B- Un assouplissement du lien de connexité entre la créance et la chose retenue

En général, le mot « *connexité* » s'utilise en procédure pour désigner le lien nécessaire qui peut exister entre deux ou plusieurs affaires concernant les mêmes parties lorsque ces procédures sont pendantes devant la même juridiction dès lors que, les demandes sont liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément⁵⁶. Cette règle qui est généralement consacrée par le droit interne n'échappe pas non plus au droit international, par exemple avec l'article 22 de la Convention de Bruxelles dans le cadre de l'Union Européenne⁵⁷ et avec les

articles 14 à 18 du Traité de l'OHADA du 17 octobre 2008.

On note par conséquent qu'en droit, la notion de « *connexité* » s'utilise en procédure pour désigner le lien qui peut exister entre deux ou plusieurs affaires concernant les mêmes parties lorsque ces procédures sont pendantes devant la même juridiction et qu'il existe un intérêt à les juger ensemble. Bien entendu si, par la suite, le juge s'aperçoit que c'est à tort que la jonction a été prononcée, ou que des faits nouveaux ne la justifient plus, il peut ordonner la disjonction des instances précédemment jointes. Si des juridictions différentes en ont été saisies, on se trouve en présence d'un cas de litispendance. Les applications diffèrent suivant s'il s'agit d'affaires civiles ou pénales⁵⁸.

En pratique, la Cour de cassation française a jugé qu'une Cour d'appel a pu exactement estimer que n'étaient pas connexes les actions dont les fondements juridiques, les périodes de fabrication des objets en litige et les demandes de condamnations étaient distincts⁵⁹. Par conséquent, si les procédures concernées par la recherche de

⁵⁶ <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/connexite.php>; consulté le 11/07/2022.

⁵⁷ C. GIVERDON (V.), « La procédure de règlement des exceptions d'incompétence, de

litispendance et de connexité », Dalloz 1973, chr. 155.

⁵⁸ 1^{ère} Chambre civile, 17 février 2010, pourvoi n°08-13743 et 08-16193, BICC n°730 du 1^{er} novembre 2010.

⁵⁹ 1^{ère} Civ., 27 octobre 1992, pourvoi n°90-21661, Bull. 1992, I, n°263 ; 1^{ère} Civ., 27 juin 2000, pourvoi n°98-18747, Bull. 2000, I, n°197.

connexité ne sont pas en état, elles font l'objet de décisions de renvoi pour être instruites conjointement, puis après instruction, pour être jugées ensemble. Il est prononcé alors un seul et même jugement (ou arrêt). Lorsque la procédure est écrite, le juge ou le conseiller de la mise en état peuvent prendre une ordonnance de jonction des procédures jugées connexes.

En application de l'article 16 du Code de procédure civile français, par exemple, le juge qui, dans un même jugement, rejette une exception de connexité, qui tend au renvoi de l'affaire devant une autre juridiction, et statue sur le fond du litige doit, préalablement, inviter les parties à conclure sur le fond si elles ne l'ont déjà fait⁶⁰. De la combinaison des articles 104 et 607-1 du code de procédure civile précité, peut être frappé de pourvoi en cassation immédiat l'arrêt par lequel une Cour d'appel se borne à statuer sur une exception de connexité⁶¹. Il en va de même du code de procédure civile ivoirien⁶². Lorsque la procédure est orale il faut attendre que les procédures soient renvoyées à la même audience pour faire

l'objet d'une décision de jonction. Bien entendu si, par la suite le juge s'aperçoit que c'est à tort que la jonction a été prononcée, ou que des faits nouveaux ne la justifient plus, il peut ordonner la disjonction des instances qui auraient été précédemment jointes.

Pour apprécier si le jugement rendu dans ces conditions excède ou non le taux du dernier ressort, il convient d'apprécier la valeur totale des prétentions. Lorsque ces affaires sont pendantes devant des formations différentes d'une même juridiction le Président du Tribunal pourvoit à ce qu'elles soient confiées à la même formation de jugement. La décision qu'il prend est une mesure d'administration judiciaire. Si des juridictions différentes en ont été saisies, on se trouve en présence d'un cas de litispendance. Le Code de procédure civile ivoirien, par exemple, règle les conditions dans lesquelles l'une ou l'autre des juridictions devra se dessaisir au profit de l'autre.

La jonction des instances n'est jamais obligatoire, parce que le pouvoir du juge est, sur ce point, discrétionnaire. En effet, la décision par laquelle le juge refuserait de joindre deux procédures qu'il estimerait n'être pas connexes fait partie des mesures qui sont insusceptibles de recours. Bien entendu la connexité et la litispendance ne

⁶⁰ Chambre sociale 15 avril 2015, pourvois n°13-28715 et divers autres, BICC n°829 du 15 octobre 2015.

⁶¹ 2e Chambre civile 1er mars 2018, pourvoi n°16-22987, BICC n°855 du 1er juillet 2018.

⁶² www.loidici.ci/codedeprocurecivile/; consulté le 23/07/2022.

peuvent être invoquées que si d'une part, aucune des affaires que l'on désigne comme étant connexes n'a déjà été jugée, et si d'autre part, parmi les causes que l'on dit connexes il ne s'en trouve pas dont l'objet appartient à la compétence exclusive d'une autre juridiction. Si l'une des affaires a déjà fait l'objet d'une décision devenue définitive, elle n'est plus "pendante" de sorte que la jonction est devenue impossible et si le jugement a fait l'objet d'un recours, par exemple, d'un pourvoi en cassation, le juge ne peut qu'ordonner la suspension de l'instance dont il est saisi. On dit qu'il sursoit à statuer jusqu'à ce que, dans l'exemple donné, la Cour de Cassation ait rendu son arrêt.

En ramenant cette notion au contexte du droit de rétention, on en déduit qu'il s'agit du lien qui peut exister entre deux ou plusieurs affaires concernant les mêmes parties. La connexité est par conséquent réputée établie lorsque, d'une part, la chose retenue a été remise jusqu'au complet paiement de la créance du rétenteur. D'autre part, il en sera de même, comme le soutient une juridiction africaine, lorsque la créance impayée résulte du contrat qui oblige le rétenteur à livrer la chose retenue. Enfin, il en sera de même lorsque la

créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose retenue⁶³.

On note alors qu'il doit s'agir d'un bien qui n'a pas été saisi avant d'être détenu par le rétenteur. Par conséquent, tout bien déjà régulièrement saisi, ne peut faire l'objet de rétention. Même quand il est entre les mains d'un créancier, ce dernier ne peut refuser de le restituer. Le créancier pour le compte de qui le bien a été saisi est gagnant et celui qui le détient est perdant car il est de pratique constante en droit que « *saisie sur saisie ne vaut*⁶⁴ ». Les biens retenus doivent être des biens corporels, susceptibles d'une possession matérielle, quelle que soit leur nature. Ils peuvent être des dossiers⁶⁵, les pièces administratives d'un véhicule⁶⁶, etc., et sous certaines conditions, les immeubles⁶⁷. La détention implique la remise de l'objet par celui à qui le droit de rétention est opposé ; ainsi, par exemple, le créancier ayant procédé à

⁶³ L'article 69 de l'Acte Uniforme OHADA portant droit des sûretés prévoit à cet effet que « la connexité est réputée établie : 1° lorsque la chose retenue a été remise jusqu'au complet paiement de la créance du rétenteur ; 2° lorsque la créance impayée résulte du contrat qui oblige le rétenteur à livrer la chose retenue ; 3° lorsque la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose retenue ».

⁶⁴ Arrêt n° 95, Affaire : Elhadji.S. Contre Elhadji A.O... et CARITAS développement NIGER. observations J. ISSA SAYEGH, In : <http://www.ohada.com/jurisprudence/ohadata/J-10-286.HTML>.

⁶⁵ CA Colmar 30-1-1973 : D. 1973.Som.99.

⁶⁶ Cass. Com. 14-4-1992 : RJDA 10/92 n° 946.

⁶⁷ Cass. Civ. 15-6-1962 : Bull. civ. I. p. 268.

une saisie conservatoire ne peut invoquer aucun droit de rétention⁶⁸.

En somme, la créance⁶⁹ qui fonde le droit de rétention doit avoir pris naissance à l'occasion de la chose retenue⁷⁰. Ce lien de connexité peut être juridique (créance et détention résultant d'une même relation contractuelle), ou matériel (créance relative aux dépenses de conservation ou d'amélioration du bien retenu si ce dernier a causé au détenteur un dommage dont il demande réparation. Cette connexité a été admise, par exemple entre le remboursement des sommes qu'un acheteur a versées sur le prix et la chose achetée, après annulation de la vente⁷¹.

Elle a été aussi admise entre les choses remises à un mandataire et ce qui peut lui être dû en exécution de son mandat, même après révocation de celui-ci⁷² et aussi entre les frais de garde et de conservation du mobilier confié à un séquestre et ledit mobilier⁷³. La condition de connexité est un élément déterminant pour pouvoir invoquer le droit de rétention. Ainsi, les

parties peuvent contractuellement créer un droit de rétention, mais elles ne peuvent l'opposer aux tiers que s'il existe une connexité entre la créance invoquée et la marchandise retenue⁷⁴. Elle permet ainsi d'éviter les abus du droit de rétention⁷⁵.

Une autre condition pour pouvoir exercer le droit de rétention réside, comme le prévoit l'article 42 alinéa 4 de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés, dans le fait qu'il doit exister un lien de connexité entre la créance et la chose retenue⁷⁶. Il en est ainsi parce qu'en affirmant que l'acte uniforme a prévu une présomption de connexité, cela revient à dire que la connexité est réputée établie si la détention de la chose et la créance sont la conséquence de relations d'affaires entre le créancier et le débiteur⁷⁷.

⁶⁸ Cass. com. 19-2-1958 : Bull. civ. III. p. 67.

⁶⁹ Il faut forcément l'existence d'une créance pour ne pas que le droit de rétention ne soit perçu comme illégal (TGI Ouagadougou, n°105/06, 22-2-2006 : Y. N. A. c/T.A, Ohadata J-07-104). En cas d'absence de créance, il ne saurait avoir droit de rétention entre les parties (CCJA, n°022/2007, 31-5-2007 ; Ohadata J-08-224)

⁷⁰ Cass. civ. 23-4-1974 : JCP G 1975.II.18170.

⁷¹ T. civ. Seine 12-10-1932 : GP 1932.2.940).

⁷² T. civ. Parthenay 21-6-1935 DH 1935.567.

⁷³ Cass. civ. 22-5-1962 : GP 1962.2.130.

⁷⁴ Cass. com. 18-3-2003 n° 521 : RTD com. 2003.418 n° 1 obs. Delebecque.

⁷⁵ On note avec la jurisprudence qu'il y a abus du droit de rétention, par exemple, si la rétention a été effectuée par un transitaire sur les quittances de douane des marchandises de son mandataire après la naissance d'une contestation entre eux. Le dommage causé par cette rétention du fait du blocage des comptes du mandant doit être réparé par la condamnation du rétenteur. Cf. TPI Cotonou, n°034/, 1^{er} ch. Com. 21-10-2002; AKPACA SARL c./ TRANS-OMAR, Ohadata J-04-404 ; Ohadata J-04-291 ; obs. J. Issa-Sayegh).

⁷⁶ CA Abidjan, n°321, 7-3-2000 : D.D c/SGBCI, Bulletin Juris-Ohada, n°1/2002, jan. Mars 2002, p.35, Ohadata J-02-130.

⁷⁷ On note ainsi avec l'article 42 de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés que «sauf clause ou convention contraire expresse, le droit à garantie du bénéficiaire n'est pas cessible. Toutefois, l'incessibilité du droit à garantie n'affecte pas le droit du bénéficiaire de céder tout montant auquel il aurait droit à la suite de la

Une telle affirmation crée inexorablement une indivisibilité juridique entre les différentes opérations juridiques qui s'y inscrivent). Ce lien de connexité a été reconnu entre un commissionnaire agréé en douane et son client exportateur⁷⁸. Il en fut de même entre un banquier et un de ses clients qui s'est porté caution pour garantir les engagements d'un débiteur principal, lui-même également client de la même banque⁷⁹. Finalement, le créancier rétenteur doit être de bonne foi au moment où les biens lui ont été remis.

On pourrait donc affirmer, au vu de tout ce qui précède, que le droit de rétention doit son efficacité au fait qu'il repose sur des conditions de mise en œuvre qui prennent en compte les droits du débiteur dont la chose fait l'objet de rétention. Il prend aussi en compte les droits du créancier qui, une fois réunissant ces conditions, qui ne relèvent pas pour lui de l'extraordinaire, peut mettre en œuvre ses droits qui consistent à consiste retenir la chose de son débiteur jusqu'à complet paiement de sa créance. Dans le cas contraire, celle-ci risque d'être vendue et le créancier ayant un droit de préférence et un droit de suite, pourrait réclamer sa part dans le prix de vente de celle-ci. Cependant, les choses ne

sont pas aussi évidentes dans la mesure où les effets liés au droit de rétention connaissent d'énormes limites contrariant ainsi son efficacité tant recherchée.

II- Une grande imperfection du droit de rétention au niveau de sa finalité

S'il semble aisé pour un créancier de justifier qu'il réunit les conditions de recourir à la rétention, il lui est pratiquement difficile de parvenir à ce résultat. On en déduit alors que le créancier rétenteur, hormis la facilité avec laquelle il retient la chose, il est carrément dépourvu de tout pouvoir sur celle-ci (A). Le débiteur, par contre, reste largement protégé (B).

A- Des effets trop contraignants de la rétention sur le créancier

Le droit de rétention impose au créancier certaines exigences qui en limitent ses effets. En effet, le créancier a l'obligation de conserver le bien retenu en bon état. Il n'en devient d'ailleurs pas propriétaire. Mais, il peut faire procéder, sur autorisation de la juridiction compétente statuant à bref délai, à la vente de ce bien si l'état ou la nature périssable de ce dernier le justifie ou si les frais occasionnés par sa garde sont hors de proportion avec sa valeur. Dans ce cas, le droit de rétention se reporte sur le prix de vente qui doit être

présentation d'une demande conforme au titre de la garantie ».

⁷⁸ CA Abidjan, n° 321,7-3-2000, D.D c/ SGBCI, Ohadata J-02-130.

⁷⁹Idem.

consigné⁸⁰. Il est tenu de restituer le bien dès qu'il reçoit le paiement intégral de sa créance. En cas de perte, de vol ou de destruction du bien retenu, il engage sa responsabilité à l'égard du débiteur titulaire du bien détenu.

Tout cela est résumé par l'article 70 précité qui prévoit que : *« le créancier a l'obligation de conserver le bien retenu en bon état. Par dérogation à l'alinéa précédent, il peut faire procéder, sur autorisation de la juridiction compétente statuant à bref délai, à la vente de ce bien si l'état ou la nature périssable de ce dernier le justifie ou si les frais occasionnés par sa garde sont hors de proportion avec sa valeur. Dans ce cas, le droit de rétention se reporte sur le prix de vente qui doit être consigné »*.

Aussi, aux termes de l'article 43 de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés, si le créancier ne reçoit ni paiement ni sûreté, il peut, après signification faite au débiteur et au propriétaire et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence

comme en matière de gage. Le législateur de l'OHADA s'est distingué du système français dans les effets qu'il a attribué au droit de rétention. En effet, en l'absence de sûreté équivalente ou de paiement, le créancier rétenteur a la faculté de réaliser la vente forcée du bien retenu, ou de demander qu'il lui soit attribué à hauteur de sa créance ; dans tous les cas, il bénéficie des droits de suite et de préférence.

En cas de vente forcée du bien retenu, avant de procéder à cette vente, le créancier rétenteur doit disposer d'un titre exécutoire, et laisser courir un délai de huit jours après sommation faite au débiteur ou à un tiers le cas échéant. Cette vente sera réalisée selon les modalités des actes uniformes organisant les voies d'exécution⁸¹.

Il existe, certes, un droit d'attribution du bien retenu. S'il le souhaite et en fait la demande, le créancier rétenteur peut être autorisé par la juridiction compétente à

⁸⁰ L'article 70 de l'Acte Uniforme OHADA portant droit des sûretés dispose ainsi que « le créancier a l'obligation de conserver le bien retenu en bon état. Par dérogation à l'alinéa précédent, il peut faire procéder, sur autorisation de la juridiction compétente statuant à bref délai, à la vente de ce bien si l'état ou la nature périssable de ce dernier le justifie ou si les frais occasionnés par sa garde sont hors de proportion avec sa valeur. Dans ce cas, le droit de rétention se reporte sur le prix de vente qui doit être consigné ».

⁸¹ L'article 56-1 est en principe applicable au nantissement, mais transposable au droit de rétention en vertu de l'article 43 ci-dessus. Ledit article 56-1 prévoit que « dans le cas d'un nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières d'une société commerciale et ceux cessibles de toute autre personne morale, le greffier, ou le responsable de l'organe compétent dans l'Etat Partie, doit, en outre, faire mention de l'inscription au dossier individuel ouvert au nom de la société ou de la personne morale dont les droits d'associés et valeurs mobilières sont concernés par l'inscription de nantissement ».

s'attribuer le bien retenu jusqu'à due concurrence, et d'après estimation suivant les cours ou selon un expert⁸². On note ainsi qu'est réputée non écrite toute disposition contractuelle autorisant la vente ou l'attribution du bien retenu sans que les formalités légales énoncées ci-dessus soient respectées⁸³; ce qui interdit les clauses de voie parée.

Enfin, au sujet de son droit de suite et de préférence, notons que le créancier rétenteur dispose d'un privilège sur le prix, en cas de vente du bien, ou sur toute indemnité d'assurance éventuelle en cas de perte ou de destruction, à hauteur du montant de la créance garantie, frais et intérêts inclus⁸⁴. Le droit de rétention ayant

les mêmes effets que le gage, le créancier rétenteur et le créancier gagiste occupent ensemble le 4^e rang lors de la vente du bien, selon la date de constitution de leur sûreté⁸⁵.

Le bien ou objet sur lequel s'exerce le droit de rétention doit être légitimement détenu par le créancier rétenteur⁸⁶. Cette « *détention légitime* » suppose, comme c'est aussi le cas en droit français, la remise de l'objet par celui à qui le droit de rétention est opposé. Elle emporte, pour le créancier rétenteur, la faculté de conserver par devers lui un bien de son débiteur qu'il détient légitimement et d'en refuser la restitution jusqu'au paiement complet de sa créance⁸⁷. La rétention opérée par un commissionnaire agréé en douane sur les connaissements de marchandises qu'il a expédiées avait pour seul but, par l'emprise matérielle qu'elle exerçait sur ces connaissements et le préjudice subséquent que leur privation pouvait causer, de contraindre son client débiteur à honorer sa

⁸² Cet article. 56-1 al. 1 de l'AUS est aussi transposable au droit de rétention.

⁸³ Art. 56-1 al. 2 de l'Acte Uniforme portant organisation des suretés.

⁸⁴ L'article 57 ici visé dispose que « L'inscription régulièrement prise d'une sûreté mobilière soumise à publicité est opposable aux tiers à la date de son inscription au registre chronologique des dépôts du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier. Si les inscriptions de sûretés concurrentes grevant un même bien sont requises le même jour, celle qui est requise en vertu du titre dont la date est la plus ancienne est réputée avoir été inscrite en premier, quel que soit l'ordre du registre susvisé. Si les inscriptions de sûretés concurrentes grevant un même bien sont requises le même jour en vertu de titres ayant la même date, les sûretés sont réputées de même rang à l'exception des cessions à titre de garantie et réserves de propriété qui sont alors réputées inscrites avant les autres sûretés dont l'inscription a été requise le même jour, quel que soit l'ordre du registre susvisé. Si les inscriptions d'une réserve de propriété et d'une cession à titre de garantie ayant pour objet un même bien sont requises le même jour, la réserve de propriété est réputée avoir été

inscrite en premier, quel que soit l'ordre du registre susvisé. Si les inscriptions de cessions à titre de garantie ayant pour objet un même bien sont requises le même jour en vertu de titres ayant la même date, ce bien sera réputé appartenir à ces créanciers à proportion du montant de leur créance, quel que soit l'ordre du registre susvisé. .

⁸⁵ Art. 7 al. 1 et 149-4 de l'Acte Uniforme portant organisation des Suretés.

⁸⁶ Art. 41 de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés.

⁸⁷ CCJA, n° 030, 4-11-2004 : Société GITMA c/ Société SAMEX.

dette, sans toutefois opérer un abus de droit de rétention⁸⁸ sur le bien de celui-ci.

Aussi, le créancier rétenteur peut-il toujours s'opposer à la restitution du bien d'un débiteur même dans l'hypothèse où ce dernier fait l'objet d'une procédure collective ? La question est d'autant plus importante lorsqu'on sait que l'admission du débiteur à une procédure collective a pour finalité la suspension des poursuites individuelles. Aucune disposition particulière de l'Acte uniforme rénové ne permet d'envisager une réponse à cette question.

Néanmoins, la doctrine s'accorde à dire qu'en dépit du caractère précaire du droit de rétention dans le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés, l'invincibilité du procédé s'impose face aux procédures collectives. Ainsi, lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur, le créancier rétenteur est dans une position très favorable. Il peut toujours refuser la restitution du bien, même si celui-ci est indispensable à la continuation de l'entreprise. Le droit de rétention assure ainsi au créancier une situation d'exclusivité qu'aucune autre sûreté réelle ne peut procurer en plaçant son

bénéficiaire en marge de tout concours. Quelle que soit donc l'étape de la procédure, le droit de rétention garde toute son efficacité dans une procédure collective et le créancier peut toujours faire valoir sa prérogative de refus de restitution du bien retenu.

La jurisprudence est restée ferme sur cette position dans un arrêt rendu en date du 07 janvier 1992. Si un plan de continuation de l'entreprise est adopté, le créancier rétenteur peut continuer d'opposer son refus de restitution au débiteur en difficulté. Si un plan de cession de l'entreprise est adopté, il pourra opposer son refus de restitution au cessionnaire. Si la liquidation judiciaire de l'entreprise est prononcée, l'article 149 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif permet au juge commissaire d'autoriser le liquidateur à payer le rétenteur afin de retirer la chose retenue. Dans le cas contraire, le créancier sera toujours fondé à s'opposer à la restitution du bien retenu.

Mais la difficulté majeure du créancier rétenteur est que le droit de rétention l'érige en un simple gardien de la chose qu'il ne restituera pas tant qu'il n'obtient pas de satisfaction. Il pèse sur lui l'obligation de garder la chose en bon père de famille. La chose périssant au risque de

⁸⁸ TPI Cotonou, n°034 ; 1^{re} ch. Com., 21-10-200 ; AKPACA SARL c/TRANS-OMAR, Ohadata J-04-404 ; Ohadata J-04-291 ; obs. J. Issa-Sayegh.

celui qui la détient, le créancier est ainsi responsable de tout ce qui pourrait arriver à celle-ci dont il a la garde. De surcroît, il ne peut s'en approprier, même si le débiteur ne paie pas sa dette. Seule l'issue d'une procédure judiciaire lui permettra de retrouver satisfaction. On peut même craindre que la chose perde finalement de sa valeur. En somme, les marges de manœuvre du créancier sont très limitées alors que le débiteur qui n'a pas honoré son obligation est en situation de force.

B- Un anéantissement de ses effets sur le débiteur du fait de son assouplissement

Il est de notoriété que la rétention de la chose est un moyen de pression visant à le contraindre à payer rapidement la dette. Par conséquent, il risque de perdre la chose retenue s'il ne s'acquitte pas de sa dette. Il ne peut donc exiger la restitution du bien retenu que s'il a déjà payement la totalité du montant qu'il doit au créancier rétenteur. C'est pourquoi, le droit de rétention doit être exercé avant toute saisie⁸⁹.

⁸⁹ Cet article 42 maintes fois visé prévoit, comme susmentionné que « sauf clause ou convention contraire expresse, le droit à garantie du bénéficiaire n'est pas cessible. Toutefois, l'incessibilité du droit à garantie n'affecte pas le droit du bénéficiaire de céder tout montant auquel il aurait droit à la suite de la présentation d'une demande conforme au titre de la garantie ».

La doctrine le considère comme le début d'une voie d'exécution s'exercer si une saisie est déjà pratiquée sur le même bien, sauf à apparaître comme une seconde saisie et à être traitée comme telle conformément aux dispositions de l'acte uniforme sur les voies d'exécution⁹⁰. Cet article dispose que tout créancier réunissant les conditions prévues par l'article 91 du présent acte uniforme peut se joindre à une saisie déjà pratiquée sur les biens du débiteur, par le moyen d'une opposition, en procédant, au besoin, à une saisie complémentaire. Aucune opposition ne peut être reçue après la vérification des biens.

Il nous semble cependant convenable que l'exigence de l'exercice du droit de rétention avant toute saisie tienne au fait qu'en cas de saisie, il n'y a pas eu de remise volontaire du bien, exactement comme en droit français. En effet, le créancier doit renoncer à son droit de rétention si son débiteur lui procure une sûreté réelle équivalente alors que si c'est une caution qui lui est offerte, le créancier pourra l'accepter sans être obligé de renoncer à la rétention. Certains expliquent cela par deux raisons.

⁹⁰ Art. 130 et s. ou voir Joseph Issa-Sayegh, commentaire de l'Acte Uniforme portant Organisation des sûretés, *op. cit.*

D'une part, selon auteurs, est qu'une comparaison avec le code civil allemand en son article 273 alinéa 3 précité par exemple, qui constitue le sous-bassement du droit de rétention pour l'OHADA par transposition, autorise à penser que ce texte exclut la possibilité de faire appel à une caution ; cet article dispose notamment : le créancier de l'obligation de restitution, donc le débiteur peut repousser le droit de rétention en offrant une sûreté, mais cette sûreté ne peut consister en une caution.

D'autre part, pour une certaine doctrine, « *l'acceptation de la caution par le créancier équivaudrait à consentir un terme au débiteur et à renoncer à la rétention (...), sauf à exiger un paiement immédiat avant de se dessaisir de la chose retenue* ⁹¹ ». Enfin, étant une sûreté personnelle, la caution offre moins de garantie que les sûretés réelles ; un créancier a relativement plus de chances de récupérer sa créance en procédant à une saisie-vente qu'en contraignant une caution à honorer son engagement. Dans la catégorie des sûretés réelles, le rétenteur, tout comme le créancier gagiste, est privilégié étant en principe épargné des formalités de saisie, les biens objets de la garantie étant déjà en sa possession. Le droit de rétention peut être donc exercé sur

la totalité des biens détenus par le rétenteur⁹², en dépit de la modicité du reliquat qui lui est dû⁹³ tout comme sur une partie des biens détenus.

Le droit de rétention peut aussi être exercé sur les biens du débiteur revenant en la possession rétenteur, même pour le paiement d'une créance née antérieurement, dès lors que ces biens ont fait retour en vertu du même contrat que celui ayant donné naissance aux créances réclamées⁹⁴. Enfin, cela peut être exercé sur le même bien ayant fait l'objet de réparations effectuées en deux fois, le détenteur ne s'étant pas dessaisi du bien entre-temps⁹⁵ ou encore sur les accessoires d'un bien, les documents administratifs d'un véhicule par exemple⁹⁶.

Tout bien matérialisé par un titre peut faire l'objet de la rétention⁹⁷. Le droit de rétention ne peut s'exercer légitimement que si le bien retenu appartient au débiteur. Même dans ce cas, le règlement préventif auquel le débiteur a été admis fait obstacle à l'exercice du droit de rétention⁹⁸. Exerce valablement son droit de rétention sur le

⁹¹ J. ISSA-SAYEGH, « Le droit de rétention en droit Sénégalais », loc. cit. p. 271.

⁹² CA Paris 30-3-1954 : D. 1954. 483.

⁹³ CA Paris 20-12-1938 : GP 1939.1.334.

⁹⁴ Cass. com. 29-6-1971 : Bull. civ. IV. p. 74.

⁹⁵ CA Aix 24-2-1976 : D. 1980. IR. 291 obs. Derrida.

⁹⁶ Cass. civ. 19-3-2002 : RJDA 8-9/02 n° 944.

⁹⁷ BROU Kouakou Mathurin, note sous CCJA, n° 030, 4-11-2004, Ohadata J-05-171.

⁹⁸ CA Abidjan, N° 92, 31-1-2003, Dame Ghussein Fadiga Malick ND c/ Société Alliance Auto : Ohadata J-03-226.

véhicule vendu, le vendeur qui n'a pas reçu paiement du prix de vente de ce véhicule⁹⁹.

Concernant l'opposabilité aux tiers, il faut noter que le droit de rétention est un droit réel opposable tant au débiteur qu'à ses créanciers ; ainsi qu'au propriétaire de la chose même non tenu de la dette¹⁰⁰. Mais lorsque le droit de rétention porte sur un immeuble, cette opposabilité n'est pas subordonnée à la publicité foncière¹⁰¹. En cas de redressement ou de liquidation judiciaire du débiteur, le droit de rétention sera opposable à celui qui demande la restitution d'un bien, après que ce dernier ait payé la dette¹⁰². La déclaration de créance, même à titre chirographaire effectuée par un détenteur, ne lui fait pas perdre son droit de rétention, celui-ci n'étant pas assimilable au gage.

L'exercice du droit de rétention ne doit pourtant pas être quasi-systématique après l'établissement d'une facture se rapportant à des frais qui jusque-là n'avaient jamais été réclamés ni facturés, alors que la créance concernée n'est pas en péril et que les objets retenus étaient destinés aux ventes de cadeaux de fin d'année¹⁰³.

L'incertitude de la créance invoquée comme fondement du droit de rétention par un rétenteur interdit à ce dernier d'invoquer les dispositions de l'article 2286 du Code civil, et donc de s'opposer à la restitution du bien retenu à son propriétaire¹⁰⁴. C'est pourquoi, Tant qu'il n'a pas reçu un complet paiement de sa créance, le créancier peut bloquer le bien entre ses mains et ainsi évincer tous les autres créanciers de son débiteur.

Le créancier est en mesure de s'opposer à toute saisie sur le bien se trouvant entre ses mains. Il peut se prévaloir du privilège que lui offre la rétention pour empêcher d'être dépossédé du bien au cas où une procédure collective est ouverte. Quel que soit le sort du bien grevé ou de la créance garantie, l'opposabilité générale se trouve renforcée lorsqu'il est mis en avant l'indivisibilité attachée à la sûreté réelle que constitue le droit de rétention. En effet, l'indivisibilité permet au créancier de maintenir ses droits en totalité. Il s'agit là d'un droit reconnu par la loi et non pas par un acte synallagmatique¹⁰⁵.

En somme, le droit de rétention n'a pas besoin de l'accord des parties à un quelconque contrat. Il est automatique,

⁹⁹ CA Abidjan, n°141, 14-2-2003, Ohadata J-03-299.

¹⁰⁰ Cass. civ. 7-1-1992 : RJDA 5/92 n° 499.

¹⁰¹ Cass. civ. 16-12-1998 : RJDA 2/99 n° 299.

¹⁰² B. MERCADAL, *op. cit.*, n°4984, 4097-3 et 4273.

¹⁰³ CA Paris 14-2-1985 : BT 1985.451 ; Cass. crim. 2-3-1992 : RJDA 11/92 n° 1058.

¹⁰⁴ Cass. com., 26 mars 2013, no 12-12204, ECLI : FR : CCASS : 2013:CO00317, Stés Franfinance et Star Lease c/ Sté SMV, D (rejet pourvoi c/ CA Paris, 2 déc. 2011), M. Espel, prés. ; Mes Foussard et Spinosi, SCP Baraduc et Duhamel, SCP Defrénois et Lévis, av.

¹⁰⁵ Arnaud HOUEDJISSIN, *Le droit de rétention dans l'acte uniforme portant sûretés*, *op. cit.*

pourvu qu'il y ait un lien de connexité. En ce sens, le droit de rétention prend l'allure d'une « *justice privée* » légalement autorisée susceptible d'impacter fortement les affaires quant à la sécurité de la créance. L'on se rend compte qu'une porte est ainsi ouverte à de possibles abus de droit. L'efficacité du droit de rétention s'apprécie donc au regard de ce caractère exclusif qui rend le bien retenu indisponible au débiteur et aux tiers qui le revendiqueraient. Toutefois, à l'occasion d'une procédure collective, le créancier est soumis à l'exigence de production de sa créance pour être pris en compte¹⁰⁶.

Conclusion

Dans le système de l'OHADA, le droit de rétention et le gage sont deux sûretés mobilières distinctes dans leur constitution, mais assimilables dans leurs effets, contrairement au droit français. Avec la révision de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés le 15 décembre 2010, le débat sur la nature juridique du droit de rétention est loin d'être tranché. Traditionnellement envisagé comme une véritable sûreté active sous l'empire de

l'ancienne législation, le droit de rétention apparaît plus avec la révision comme une sûreté passive. Il s'est vu déposséder de tous les attributs actifs qui en faisaient la force, cantonnant ainsi le rétenteur dans la position d'attente en cas de non-paiement. La seule véritable prérogative qui lui est reconnue aujourd'hui réside dans son refus de restitution. Cependant, le moins que l'on puisse dire au-delà de toute controverse, c'est qu'avec la révision de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés, l'efficacité du droit de rétention ne s'en est pas trouvée affaiblie. Le débiteur n'a plus la possibilité de fournir une sûreté réelle équivalente de substitution au créancier rétenteur afin de l'obliger à renoncer au droit de rétention. Désormais, le débiteur ne peut paralyser le droit de rétention que par le paiement de la créance garantie, ce qui permet au créancier de rester passif. Néanmoins, cette consécration du droit de rétention soulève de nouvelles questions dont les réponses ne sont pas toutes évidentes dans l'Acte uniforme révisé et qui parfois nécessiteront la modification dudit Acte.

En somme, le droit de rétention est indivisible et son exercice discrétionnaire. Cependant le créancier n'a ni droit de préférence ni doit tout de suite. Le moyen de pression est efficace et le débiteur paye : le créancier doit restituer la chose. Le

¹⁰⁶ K. M. BROU, « Le droit de rétention en droit ivoirien : condition d'exercice et prérogatives du rétenteur. A propos de l'affaire Sté SATA Mali c/ Sté Incart FIAT », Ohada D-07-10. 86 Article 103, AUS. 87 Idem. 88 V. Ohada, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2018, p. 923. 89 Article 70, AUS.

débiteur ne paye pas : le rétenteur peut pratiquer une saisie en vue de faire vendre la chose et de se payer sur son prix. Il perd alors son droit de rétention et est alors traité comme un créancier ordinaire. Il peut rester passif et exercer son droit de rétention.

Les effets à l'égard des Tiers. Le droit de rétention est opposable à l'ayant cause. Si le débiteur vend la chose retenue, le rétenteur peut refuser de s'en dessaisir. Les effets en l'absence de procédure collective. L'efficacité du droit de rétention se révèle lorsqu'un autre créancier prend l'initiative de saisir la chose retenue. Le rétenteur peut alors faire obstacle à la saisie en invoquant son droit. En cas de procédure collective, le rétenteur est le seul créancier à pouvoir se faire payer. Ainsi, la créance peut être payée si le bien est nécessaire à la poursuite de l'activité. Liquidation judiciaire : le liquidateur peut faire procéder à la vente même contre le gré du rétenteur. Son droit est alors apporté de plein droit sur le prix. Même en cas de procédure collective le rétenteur peut passer avant tous les autres créanciers il se trouve dans une situation d'exclusivité.

RECONCILING THE TENSION BETWEEN SOVEREIGNTY AND HUMANITARIAN INTERVENTION IN THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER

Dr. Drissa KONE

*Associate Professor of Conflict Resolution
and Ministry at Unification Theological Seminary*

ABSTRACT

One of the major challenges the international community has been facing in the past decade is the intervention of powerful states in the domestic affairs of legally recognized sovereign states. Humanitarian intervention in sovereign states is a controversial issue. It raises the complex issues of internal governance, human rights, and the responsibility of the international community to protect the vulnerable in situations of war. For more than a century now, a central objective of international law has been to secure interstate peace, but the best ways of doing so are not necessarily clear and are likely to extend beyond Article 2(4) of the United Nations Charter that clearly states: “*All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.*”

Key Words: *Sovereignty, military intervention, international law, human rights, United Nations*

INTRODUCTION

The recent Russian invasion of Ukraine is considered a violation of Article 2(4) of the United Nations Charter, which prohibits the use of force against the territorial integrity of another state. In his speech on February 24, 2022, President Vladimir Putin argued that Russia's military action is legal by pointing to the intervention by the West in Kosovo, Iraq, Libya, and Syria. Interventions in those countries were justified by the United States and its allies based on humanitarian intervention, expansive claims of individual and self-defense, the protection of human rights, and supported by United Nations Security Council resolutions. Putin cited these precedents to refute the prohibition on the use of force to invade another sovereign state and supported his actions as self-defense justifiable in the context of international law (Wuerth, 2022). 141 members of the United Nations (UN) condemned the use of military force to invade Ukraine as a sovereign state and considered it a violation of the international legal order. The Russia-Ukraine war and the implication of NATO could have escalated to World War III, especially if China and North Korea became involved in support of Russia. The consequences could be tragic for Europe and the rest of the world

given the high possibility of the use of nuclear weapons by the belligerents.

This paper is an attempt to address the tension between sovereignty and humanitarian intervention in the international legal order. In other terms, under what conditions is military intervention in a sovereign state justifiable or legal? Can the UN still reconcile the tension between sovereignty and humanitarian intervention in the international legal order?

Background

The modern international system and the traditional notion of state sovereignty emerged from the Treaty of Westphalia in 1648, which ended the Thirty Years War (1618-1648). The concept is rooted in both customary international law and Article 2(4) of the UN Charter. It remains an essential component in the maintenance of international peace and security and the protection of the weak states against the powerful ones. At the same time, the concept has been challenged, either in law or in practice (Patton, 2019).

After the First World War, the victorious allied powers sought to protect the sovereignty of nation states by the Covenant of the League of Nations. Under Article 10 of the Covenant, the members of the League

agreed to “respect and preserve as against external aggression the territorial integrity and existing political independence of all Members of the League.” It was through this Covenant that the Treaty of Versailles and other treaties would be enforced and future aggression by the defeated powers would be kept in check. This early attempt to prohibit countries from violating the national sovereignty of other states was later embodied in the Kellogg-Briand Pact (1928). Even though both agreements failed to ensure peace in the end, they served as important precursors to the prohibition against the use of force and the protection of national sovereignty embodied in the United Nations Charter.

United Nations Charter

Following the Second World War, the principle of national sovereignty and non-intervention was incorporated into Article 2 of the United Nations Charter (1945). The idea was to protect the integrity of these two sacred principles by making each one a pillar upon which the Charter rests. Article 2(1) states generally that the United Nations is based on “the sovereign equality of all its Members.”

Paragraphs 4 and 7 set forth the standard for how individual Member nations and the United Nations as a collective entity are to

view the concepts of sovereignty and non-intervention under international law. Article 2(4) provides that “All Members shall refrain in their international relations from threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.” This paragraph incorporates the rule set forth earlier in the League of Nations Covenant prohibiting nation states from interfering in the internal affairs of other states and even extends the rule to “threats” as well as the use of force by nation states.

Article 2(7), on the other hand, does not address the principle of national sovereignty in terms of individual states intervening in the affairs of other states. Instead, it applies the idea of non-intervention to the United Nations as a whole. According to paragraph 7, “Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to commit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.”

The drafters of the Charter wanted to assure governments around the world that the

United Nations would continue to treat the nation states of the world as sovereign and independent but, at the same time, they did not want to exclude the possibility of UN intervention in certain circumstances.

Paragraphs 4 and 7 of the Charter prohibit the use of force or intervention in the domestic affairs of another state. In addition, Article 2(7) specifically preserves the right of the United Nations to take enforcement actions under Chapter VII, which is an important warning to what would be considered an absolute right of sovereignty for every nation: “The caveat is a definite limitation on the principle of national sovereignty embodied in the Charter and a continuing subject of controversy to this day” (Alexander, 2000, p. 6). Though the language of Article 2(4) does not make any reference to Chapter VII’s enforcement powers, such enforcement action applies in instances where Article 2(4) has been breached by another state.

The UN Charter provides conciliatory and investigatory power to the General Assembly and the Security Council. Under Chapter VII, the United Nations has the power to authorize the use of force to maintain or restore peace and security both inside and outside of a nation’s borders. Article 39 provides the UN Security Council with the discretion to be able to “determine the existence of any threat

to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security.” In authorizing the use of force under Article 43, the Security Council may ask all members to provide “armed forces, assistance and facilities, including the rights of passage, necessary for the purpose of maintaining international peace and security.” Moreover, under Chapter VIII, the Security Council may use regional arrangements or agencies for enforcing military action (Article 52). However, no enforcement action should be taken by a regional arrangement or by regional agencies without consulting the Security Council and gaining its authorization (Article 53).

It is important to note that the Charter’s text guarantees that a nation’s political independence and territorial integrity is inviolable unless that nation breaches the peace, threatens to breach the peace, or commits an act of aggression against another state. Then the international community will act when a violation of human rights is taking place within that state’s borders. Even though there is no clear language in the Charter which authorizes a state to intervene in the domestic affairs of another state to prevent

that state from abusing its own people, over the years individual states and the Security Council have interpreted Articles 51 and 39 of the Charter to justify armed intervention on humanitarian grounds (Delbruck, 1992).

Unilateral Interventions

During the Cold War, on several occasions there were unilateral interventions by various states in the affairs of other states for humanitarian reasons without the prior consent of the Security Council. “The intervention by a state to protect its own nationals who were either being held hostage or being threatened with violence in foreign countries has been justified on several occasions under Article 51 of the Charter. In most of these cases, the self-defense argument was interpreted rather broadly, extending the concept of ‘political sovereignty’ under Article 2(4) to nationals who were located within the territorial jurisdiction of a foreign state” (Alexander, 2000, p. 9).

At the end of the Cold War, military intervention in the internal affairs of sovereign states with the purpose of protecting civilians from being slaughtered by their own government became the norm rather than the exception in international relations. The murder of civilians in Iraq, Somalia, Yugoslavia, and many other states

encouraged the United Nations to assume a more active role in preventing serious human rights abuses and preserving order around the world. For example, “The decision by the United States and NATO to intervene in Kosovo for humanitarian purposes is part of an emerging norm in international law. This norm permits armed intervention in the internal affairs of a nation if the aim is to protect civilians from being slaughtered or displaced from their homes” (Alexander, 2000, p. 3). The growing number of humanitarian interventions over the past decades, some authorized by the Security Council and others not, have challenged the old notion of national sovereignty as inviolable. For a long time, the perception of sovereignty as an “almost absolute right to govern freely within one’s own borders has gradually been eroded by the idea that certain governmental policies which violate their citizen’s basic human rights will not be tolerated by the international community” (Alexander, 2000, p. 3).

The Israeli military force intervention at Entebbe in Uganda to free Israeli hostages from a hijacked plane is a specific example of a state that took unilateral responsibility to act to protect its own nationals. The basis for the attack lies in the argument of self-defense and was claimed without the Security

Council's approval. The Israeli Government argued that the inherent right of self-defense embodied in Article 51 of the UN Charter extended to the protection of citizens being held hostage in another nation's borders. However, it is not clear whether the framers of the UN Charter intended to include foreign interventions aimed at protecting one's own nationals in a hostage situation under Article 51. "The reality in terms of state practice, however, indicates that even in the absence of consent from the state possessing proper jurisdiction or authorization from the Security Council, such interventions to protect nationals in a hostage situation are permitted under international law" (Alexander, 2000, p. 10).

A similar case is the Belgian intervention in the Congo in 1960. The intervention occurred just after the Congo gained its independence from Belgium on June 30, 1960. The national army of the Congo began to aggress Belgian nationals, and, to protect its nationals, Belgium deployed military forces without the consent of the UN Security Council. The Congolese government argued that the intervention was an aggression and a violation of its sovereignty. The UN Security Council refused to adopt the Congolese perspective on the case, and in 1961 in response to the situation passed the Security

Council resolution 161 (1961), which called for the immediate withdrawal of Belgian troops from the Congo and the introduction of UN forces to restore control and stem the "systematic violations of human rights" in the Congo (Alexander, 2005, p. 14).

In each of these situations, an individual state bypassed the Security Council's authority to enforce peace on the basis that self-defense, or the protection of one's own nationals, required unilateral military action. Since then, unilateral humanitarian intervention has become more widely used and accepted in circumstances where a country's own nationals are faced with impending death or harm. (Alexander, 2000, p. 12).

Internationally Recognized Interventions

During the Cold War there were cases of unilateral military intervention by a state for the purpose of protecting civilians who were not nationals of that state - the Indian action in Bangladesh in 1971 and the Tanzanian overthrow of Ugandan leader Idi Amin in 1979 are two examples. In each of these cases humanitarian concerns were accompanied by security interests.

India's invasion of Bangladesh in December 1971 was the first internationally recognized humanitarian intervention to protect non-nationals since the birth of the UN Charter. The Pakistani army was murdering its own

civilians in East Pakistan. About a million people were slaughtered and millions more were forced to flee the country. Finally, India invaded Pakistan. When the UN Security Council failed to address the crisis, India was left alone to decide to intervene unilaterally to secure its borders and protect non-national civilians from being killed. In this intervention, no territory was taken away from the Pakistani government, and the government remained in power in East Pakistan. The International Commission of Jurists argued that India's actions were justified based on the principles of humanitarian intervention. This invasion, because it was well justified, became an opportunity for future interventions based on humanitarian grounds (Alexander, 2000, p.13).

In 1979, Tanzania invaded Uganda to overthrow Uganda's leader Idi Amin. The seven years of Idi Amin's reign was marked with terror as the government forces executed approximately 300,000 people. Again, the United Nations did not act to avoid this humanitarian tragedy. Finally, Tanzanian forces invaded Uganda and overthrew Amin. During the invasion Tanzanian forces caused only limited destruction in Uganda. This act was a sign to the rest of the world that Tanzania's actions were driven primarily by

humanitarian reasons, rather than political interests (Alexander, 2000, pp.14-15)

After the Cold War, the UN Security Council played a more active role in protecting human rights around the world. Consequently, the United Nations authorized military intervention in sovereign states for humanitarian reasons. The international community became accustomed to this. Also, such recognition gave legitimacy to the United Nations and gave it a clear role in conflict resolution. At the same time, humanitarian intervention has met some challenging situations. The clash between national sovereignty and humanitarian and military intervention in international law has become more visible since the UN's most recent incursions into Iraq, Somalia, and Yugoslavia. In each of these cases, the Security Council authorized the use of military force to regimes that were abusing their own people within their nation.

Iraq

Following the Gulf War in 1991, the Security Council gave authorization for a collective humanitarian intervention in Iraq. The UN Resolution 678 authorized member states to use force to oust Iraq from Kuwait. The resolution allowed the UN effort led by the United States to protect and provide support to the Kurdish minority. The Security

Council justified its actions based on international security concerns. Kurds were being killed by Saddam Hussein's forces. The mistreatment of the Kurds and the resulting flood of refugees into neighboring Turkey and Iran became a threat to international peace and security in the region. The Security Council acted under Article 39 of the Charter by calling for all measures to be taken to prevent further breaches of the peace by Iraq. Moreover, Iraq was to stop acts of aggression against the Kurdish people. This intervention was considered by Baghdad as an action that violated Iraq's national sovereignty.

The decision of the Security Council to authorize collective military intervention in Iraq was a significant one. First, it represented a larger definition of what constitutes justifiable intervention under the UN Charter. Killings of a minority group by a government inside that government's borders using chemical weapons and other means was a threat not only to the Kurds, but also to international peace and security. Finally, the UN's decision to intervene in the internal affairs of Iraq sent a powerful signal to oppressive regimes around the world. This offered hope that no government could easily hide behind the notion of national sovereignty and non-intervention to commit

serious human rights violations. It clearly showed that the United Nations could authorize the use of military force within a nation's borders to prevent such human rights violations (Alexander, 2000, pp. 16-17).

In the contrary, the second invasion of Iraq was not sanctioned by the UN security council or in accordance with the UN's founding charter. Kofi Anan, UN secretary general said "I have indicated it was not in conformity with the UN charter. From our point of view and from the charter point of view it was illegal." The security council had warned Iraq in resolution 1441 there would be "consequences" if it did not comply with its demands. But he said it should have been up to the council to determine what those consequences were. In the contrary, the Bush Administration argue the fact that Saddam Hussein was a dangerous dictator and threat to the entire international community and the use of force was not illegal in overthrowing him. In November 2002 to March 2003 :The UN's Monitoring, Verification and Inspection Commission fails to find weapons of mass destruction despite carrying out 700 inspections in Iraq (Byers, 2004).

Rwanda

In October 1993, The United Nations sent a peacekeeping mission for Rwanda. The

mission was to monitor a cease-fire agreement between the Rwandan Hutu government and the rebel Rwandese Patriotic Front. The use military force was prohibited to achieve its aims. It was limited to investigating breaches in the cease-fire, helping humanitarian aid deliveries and contributing to the security of the Kigali, the capital city of Rwanda. On April 6, 1994 the rwandan president plane was shot and the government attacked the minority tutsi and slaughtered about 800,000 including moderate Hutus, the mission failed to assure protection of the vulnerable. Even though the Canadian Lt. Gen. Romeo Dallaire on Jan. 11, 1994 warned the UN of the risk of genocide, in January 11, 1994, the UN failed to intervene when it was necessary to prevent the genocide. The United Nations and Security Council simply ignored a groundbreaking assessment by the UN human rights investigator for Rwanda who raised the possibility in August 1993 that a genocide might occur (Nicole, 1999). The international community certainly learned the lessons of the Rwanda genocide. The world was horrified by the slaughters of innocent civilians in Rwanda. At the 2005 UN World Summit, Member States of the United Nations concluded that it was necessary to protect populations from mass

atrocities crimes. Reflecting on the tension between state sovereignty and humanitarian intervention and supported by some pioneering Member States, the Responsibility to Protect (R2P) was adopted by consensus in the World Summit Outcome Document. The Responsibility to Protect is a principle of international law that affirms that all states have an obligation to prevent and respond to mass atrocity crimes such as genocide, war crimes, crimes against humanity, and ethnic cleansing. The Responsibility to Protect is, first a national obligation however when the states failed its duty, which consist of protecting innocent civilians the international community must intervene to prevent possible genocide consistent with the requirements of the UN Charter. (Genser, 2022).

Somalia

In 1991, the humanitarian crisis in Somalia prompted the UN peacekeeping forces to intervene. The Resolution 751 (1992) was adopted by the Security Council at its 3069th meeting, on 24 April 1992. The collapse of the Somali government was accompanied by a severe drought which led to tribal conflict. This resulted in serious violence against civilians and mass starvation among the Somali people. Thousands of people from Somalia had died or fled the country. More

than a million were being threatened with imminent death. In response to this serious humanitarian crisis, the Security Council decided to intervene. Acting under the Charter's Chapter VII enforcement authority, in January 1992 the Security Council imposed an arms embargo under Article 41 of the Charter.

However, the death toll in Somalia continued to rise over time. Finally, the Security Council sent peacekeeping forces to the country to make sure that humanitarian aid reached the people of Somalia. Unfortunately, the UN's initial effort at peacekeeping failed because Somali clans invaded the warehouses where food and medicine were kept and stole supplies from UN trucks.

In November of 1992, the United States decided to intervene to make sure that humanitarian supplies reached civilians. The Security Council authorized the unilateral intervention of American troops under Article 42 of the Charter on December 9, 1992. For six months, American forces not only provided protection for those who were delivering food and medicine to the people, but also they would arrange and facilitate negotiations between clan leaders. The United States Forces passed control of

operations to the UN Blue Helmets commander on May 4, 1993.

The joint operation of the UN and the US in Somalia was an important change in how humanitarian interventions occurred. It showed that the United States and other nations could demand support and authorization from the United Nations when deciding to intervene unilaterally in the internal affairs of another state to protect basic human rights. For the first time since the establishment of the UN Charter, a humanitarian intervention operation was both unilaterally and collectively under the authority of the Security Council. Second, the fact that the United Nations, conjointly with the United States, intervened in a situation that could not easily be perceived as a threat to international peace and security in a region was a remarkable advancement in international law. The Security Council's decision to intervene under Chapter VII was motivated primarily by the need to prevent a humanitarian disaster from worsening (Alexander, 2000, pp. 18-19).

Former Yugoslavia

The international effort to restore peace in former Yugoslavia has been the United Nations' greatest challenge during the post-cold war period. The conflict began in June of 1991 after Croatia and Slovenia declared

independence from Yugoslavia, prompting Serb forces in Croatia and Bosnia-Herzegovina to take up arms against Croatian and Muslim forces. Ethnic conflict between Serbs, Croats, and Muslims was nothing new to the Balkans, but in this instance the level of violence committed by three parties which resulted in ethnic cleansing, expulsions, and gross violations of human rights was unprecedented.

In May of 1992, following UN recognition of Croatia, Slovenia, Bosnia, and the former Yugoslav Republic of Macedonia as independent states, the Security Council took more aggressive actions by calling for economic sanctions against Serbia and Montenegro for supporting Serb military activities in Bosnia.

The authorization to use force however did not come until after different attempts were made to end the hostilities. Under article 42 and 53(1) of the UN Charter, the Security Council passed Resolution 770 calling upon “states to take nationally or through regional agencies or arrangements all measures” to facilitate the delivery of humanitarian assistance to Sarajevo and whenever needed in other parts of Bosnia-Herzegovina. In consequence, a “no-fly” zone was established over Bosnia to “ensure the safety of the delivery of humanitarian assistance in

Bosnia.” Moreover, safe areas were established to protect civilians in towns because there were food shortages and violence against civilians throughout Bosnia. These measures were implemented to prevent more atrocities against Bosnia’s civilians and to restore order and peace in the region. Based on Chapter VIII, Article 53 of the UN Charter, NATO was given responsibility in Bosnia to secure the region. This was a new development in the emerging area of human rights law. For the first time in history, the Security Council authorized NATO, a regional military organization, to intervene in a conflict for humanitarian reasons (McIlmail, 1994, pp.37-48).

Libya

The United Nations Security Council Resolution 1973 (2011) on Libya authorized Member states acting either alone or through regional organizations or arrangements “to take all necessary measures to protect civilians under threat of attack in the country including Benghazi” (paragraph 4). The resolution was a response to allegations of killings and mistreatment of civilians in parts of Libya by the country’s government following anti-government protests.

In Resolution 1970 (2011), which had preceded Resolution 1973, the Security Council had expressed serious concerns

about civilians being under threat in Libya. It also deplored “the gross and systematic violation of human rights including the repression of peaceful demonstrators, expressing deep concern at the deaths of civilians and rejecting unequivocally the incitement to hostility and violence against the civilian population made from the highest level of the Libyan government” (United Nations Security Council Resolution 1970, 2011). The members of the Security Council who voted in favor of Resolution 1973 (2011) were clear that the resolution was only for humanitarian reasons. According to the Security Council states which voted for the resolution, it was agreed that strong action was necessary “solely to protect civilians from further harm” because the Gaddafi regime was about to unleash more violence on the civilians in the opposition party in the Eastern part of the country. Following the passage of Resolution 1973, military action was commenced by a coalition of states led by the USA, France, the UK, and NATO. However, the situation in Libya did not constitute a threat to, or breach of, international peace and security. The violence against demonstrations, protests, armed rebellion, or insurgency was a domestic matter that had little implication for international peace and security. Also, the

violation of human rights and the crimes committed did not endanger international peace and security since they did not have an international dimension. There was no indication that neighboring countries were being threatened, or likely to be threatened, by Libya. Therefore, there was no indication that neighboring countries were involved, or going to be involved, in the conflict. Interestingly when the situation in Syria, which was like the situation in Libya, came up for discussion at the Security Council, even a condemnatory statement could not be agreed upon because some of the members insisted that the situation did not breach or threaten international peace and security.

It was true that the situation in Libya raised issues of human rights and humanitarian concerns, but it did not fall under the responsibility of the Security Council. The situation in Libya should have been addressed primarily by the Human Rights Council (HRC) to determine whether the threshold for humanitarian intervention had been reached and to recommend to the General Assembly whether a collective humanitarian response should be undertaken. The General assembly should then vote on authorization for necessary action. The Human Rights Council, created by the UN General Assembly on March 15 2006, is

responsible for strengthening the promotion and protection of human rights around the world.

A decision made by the General Assembly in accordance with the HRC would have been a genuine collective decision. Moreover, the involvement of the HRC and the General Assembly would remove major obstacles to the decision and provide a valuable reason for humanitarian intervention. The five permanent members have been observed to “have used their veto power to limit the scope of the Security Council action and have consistently adjudicated on matters with political considerations to the fore” (Hehir, 2010, p. 137).

The military operation in Libya was principally designed as the creation of a non-fly zone to prevent the bombardment of civilians from the air. To achieve this, the interveners destroyed “the government’s fighter jets, anti-aircraft guns, airport and airstrips and launching pads. These operations might be justified by the necessity to take control of the Libyan airspace by eliminating or minimizing danger to the intervener’s aircrafts. However, having crippled the Libyan air capabilities and defenses, the interveners proceeded to target telecommunication installations command and control facilities, government troops and

other softer targets such as Gaddafi’s compound and his hometown of Sirte even though no fighting was going on there” (Modeme, p. 20).

Darfur

It is difficult to end this discussion without mentioning the case of Darfur. The failure to authorize a collective military intervention in Darfur has been the subject of controversy within the United Nations (Alexander, 2005, p. 40). This controversy in part can be explained by the refusal by the UN to recognize the serious ongoing human rights violations that have taken place in Darfur and that the government of Sudan in Darfur was committing genocide. The commission finally concluded in its report to the Secretary General that the government of Sudan had not intentionally pursued a policy of genocide in Darfur. This conclusion was based on the finding that “the crucial element of genocidal intent appears to be missing, at least as far as the central Government authorities are concerned” (International Commission of Inquiry on Darfur, 2005, p. 4).

The Dilemmas of Military Intervention

All the above-mentioned cases conclusively reveal that the tension between sovereignty and humanitarian intervention in the international order has been a serious matter

since the twentieth century and continues to draw the international community's attention. According to former Secretary-General of the United Nations Boutros Boutros-Ghali (January 1992 to December 1996), "The time of absolute and exclusive sovereignty, however, has passed; its theory was never matched by reality. It is the task of leaders of states today to understand this and to find a balance between the need of good internal governance and the requirements of an ever more interdependent world" (Boutros-Ghali, 1995).

His successor Kofi Annan perceived the issue of sovereignty and human rights in a similar way, stating: "States are now widely understood to be instruments at the service of their peoples, and not vice versa. At the same time individual sovereignty—by which I mean the fundamental freedom of each individual, enshrined in the charter of the UN and subsequent international treaties—has been enhanced by a renewed and spreading consciousness of individual rights. When we read the charter today, we are more than ever conscious that its aim is to protect individual human beings, not to protect those who abuse them" (Annan, 1999).

Additionally, Alex Bellamy, Professor of Peace and Conflict Studies at The University of Queensland, Australia explains the

legitimacy of military intervention based on St Augustine's argument between just and unjust war, supporting that war must be waged with proper intent. For him, "The central difference between a just and unjust war is that a just war attempts to both restore peace and repair an injury received" (Bellamy, 2007).

Scholars are still debating these important questions and there seems to be no simple answers.

1. In what context military intervention in a sovereign state is justified or legal?
2. How is a decision made for military intervention in a sovereign state?
3. In case of violation of the principle of non-intervention; how the international community must address the issue?

Conclusion

In conclusion, the non-intervention in the affairs and territory of sovereign states remains a fundamental and necessary law. However, this doctrine may be, and has been, displaced several times by a collective humanitarian intervention where acts or cruelty were committed. Also, if an intentional wrongful act has been perpetrated by the government of a state against its own people, the international community should take responsibility to protect innocent

civilians. However, in facing such acts, the requisite authority authorizing an intervention should be the UN Security Council specifically when the situation involves aggression, and breach of, or threat to, international peace and security. The Security Council's authorization of the use of force should have the main objective of maintaining international peace and security or to stop aggression.

In the case of no aggression and no threats to, or no breaches of, international peace and security, the requisite UN organ to authorize humanitarian intervention becomes the General Assembly by virtue of its powers residing under the Charter. The General Assembly will act on the advice of the Human Right Council responsible for the principles of humanitarian intervention.

The tension between sovereignty and military intervention in the international order will remain unresolved if the situation is not properly engaged by the Security Council whose responsibility is to authorize humanitarian intervention. For a military intervention order to remain lawful, there must be a prior agreement by members of the UN. The military force must be under the management, direction, and control of the Military Staff Committee established by the Security Council. Moreover, the intervention

must only be taken where peaceful means have been exhausted or are manifestly incapable of achieving the humanitarian objective. Military intervention should be only for a just cause, with the right intention, as the last resort with a reasonable prospect of success. Military intervention does not only involve political issues but also legal matters. The fact that China and Russia have been historically reluctant to support intervention in sovereign states made the issue a highly contested area of international laws. The use of force to intervene in sovereign states affects not only the population but also sharpens the geopolitical factors. It is clear that the General Assembly resolution reiterates that "the sovereignty, territorial integrity, and national unity of States must be fully respected in accordance with the Charter of the United Nations". However the role of the permanent members of the security council remains essential for legal intervention with a moral agenda and the collective responsibility to protect the vulnerable population. It is certainly time for the United Nations and the security council to revisit its mission which consisted to maintain peace and security in the world since its creation on 24 October 1945. Certainly there is need to reform of the UN security council so that it can play a better

role in maintaining peace and security in the world.

Bibliography

- Alexander, K. W. (2000). NATO's intervention in Kosovo: The legal case for violating Yugoslavia's national sovereignty in the absence of Security Council approval. *Houston Journal of International Law*, 22 (3).
<http://www.hjil.org/articles/hjil-22-3-alexander.pdf>
- Alexander, K. W. (2005). Ignoring the lessons of the past: The crisis in Darfur and the case for humanitarian intervention. *J. of Transnational Law & Policy*, 15 (1), 1-180.
<https://law.fsu.edu/sites/g/files/upcbnu1581/files/JTLP/jtlp-v15n1.pdf>
- Annan, K. (1999). *Two concepts of sovereignty*.
<https://www.un.org/sg/en/content/sg/articles/1999-09-18/two-concepts-sovereignty>
- Bellamy, A. J. (2004). Motives, outcomes, intent and the legitimacy of humanitarian intervention. *Journal of Military Ethics*, 3 (3), 216-232. <https://doi.org/10.1080/15027570410006192>
- Boutros-Ghali, B. (1995). *Agenda for peace*. United Nations publications.
- Byers, M. (2004, April-June 2004)). Agreeing to disagree: Security Council Resolution 1441 and intentional ambiguity. *Global governance*, Vol. 10, No. 2, 165-186.
- Delbruck, J. (1992). *A fresh look at humanitarian intervention under the authority of the UN*. *Indiana Law Journal*, 67 (4) Article 2.
<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol67/iss4/2/>
- Genser, J. (2002, September 15). The responsibility to protect and the organization of American states: a path forward for atrocity prevention and response in the Americas. *Report of the General Secretariat of the Organization of American States Washington, D.C.*
- Hehir, A. (2010). *Humanitarian Intervention: An introduction*. Palgrave Macmillan.
- International Commission of Inquiry on Darfur (2005). *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General*.
https://www.un.org/ruleoflaw/files/com_inq_darfur.pdf

International Commission on Intervention and state sovereignty (ICISS), (2001). *The Responsibility to Protect*. Ottawa, Canada: The International Development Research Centre.

Kellogg-Briand Pact (1928).

https://avalon.law.yale.edu/20th_century/kbpact.asp

McIlmail, T. P. (1994). No-fly zone: The imposition and enforcement of air exclusion regimes Over Bosnia and Iraq. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 17 (1): 35-83.

<https://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol17/iss1/2>

Modeme, L. E. (n.d.). The Libya humanitarian intervention: Is it lawful in international law?

https://www.academia.edu/576116/The_Libya_Humanitarian_Intervention_Is_it_Lawful_in_International_Law

Patton, S. (2019). The peace of Westphalia and it affects on international relations. *Diplomacy and foreign policy. The histories*, 10 (1), 91-99.

https://digitalcommons.lasalle.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1146&context=the_histories

United Nations Charter (1945).

<https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>

United Nations Security Council resolution 1970. (2011). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/24/5/58/PDF/N1124558.pdf>

United Nations Security Council Resolution 1973 (2011). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/26/8/39/PDF/N1126839.pdf>

Wuerth, I. (2022). International law and the Russian invasion of Ukraine.

Lawfare.

<https://www.lawfareblog.com/international-law-and-russian-invasion-ukraine>

L'ART D'ETRE INCONSTANT : LE JUGE FACE A LA MATIERE ADMINISTRATIVE AU SENEGAL

Abdoulaye DIEYE

*Docteur en droit public, Enseignant – chercheur
Faculté des sciences juridiques et politiques (FSJP)
Université Cheikh Anta DIOP (UCAD) de Dakar*

RÉSUMÉ

Le système sénégalais d'unité de juridiction à la base présente l'avantage certain lié au fait que le requérant est dispensé de la difficile question de la détermination du juge compétent. Toutefois, il laisse subsister le problème de la procédure et du droit applicables. Il ne dispense nullement de la recherche de ce qui conditionne l'appartenance d'un litige au contentieux de pleine juridiction. C'est la notion de matière administrative qui conditionne cette appartenance. Cela fait naître, chez le requérant, l'obligation de respecter une procédure spéciale qui permet de maintenir la spécificité du contentieux administratif. Il s'agit de la procédure administrative spéciale prévue à l'article 729 et suiv. du décret n° 64-572 du 30 juillet 1964 portant Code de Procédure Civile au Sénégal. La notion de matière administrative n'a pas été définie par les textes. Cet article 729, traitant de la procédure en matière administrative, dispose simplement qu'en matière administrative, toute action en justice, doit être précédée d'une demande adressée à l'autorité administrative désignée pour recevoir l'assignation. Le juge sénégalais était presque dans l'obligation de dégager des critères d'identification de la matière administrative.

A cet égard, la jurisprudence révèle une inconstance du juge aussi bien dans la détermination de la matière administrative (1^{ère} partie) que dans l'appréciation de la mise en œuvre de la procédure en matière administrative (2^{ème} partie).

L'administration exerce des missions d'intérêt général qui lui permettent d'utiliser des procédés exorbitants du droit commun. Le principe de légalité impose cependant à l'autorité administrative de se conformer à la « loi ». Un droit de regard s'exerce sur elle. L'intervention de l'administration est en effet surveillée à la fois par des juridictions, des autorités politiques ou administratives¹ et, de plus en plus, par des autorités administratives indépendantes.

La surveillance par les juridictions renvoie au contentieux administratif. Celui-ci se définit comme l'ensemble des recours ouverts aux administrés, pour soumettre à un juge les litiges qui les opposent à l'administration. Il s'agit, à travers cette procédure, d'empêcher tout arbitraire administratif qui, pour G. Burdeau, est *souvent plus redoutable que l'arbitraire politique parce que se prêtant moins à ces vastes mouvements de protestations qui parviennent parfois à arrêter le législateur. L'arbitraire administratif est plus secret, plus quotidien, plus individualisé dans ses effets*². Le contentieux administratif n'est pas seulement constitué par les différends portés devant le juge. Dans son sens large et son acception étymologique, il désigne les

litiges qui peuvent naître de l'activité des administrations publiques ainsi que les procédés qui permettent de résoudre ces litiges³. C'est ce que semble dire le Doyen Vedel à travers cette expression : *la vie administrative, tout comme l'iceberg, laisse visible le huitième ou le dixième de sa masse – ce qui apparaît dans les textes ou au contentieux- et le reste est enfoui dans les abîmes de l'ordre intérieur*⁴. Pour B. Pacteau, le contentieux administratif apparaît comme constitué par *les discussions, les disputes et démêlés, en un mot, les litiges suscités par l'activité, matérielle ou juridique, des institutions administratives*⁵. Ces litiges donnent lieu parfois à un règlement non juridictionnel. Les plus importants de ces procédés sont les recours administratifs : recours gracieux (recours adressé à l'auteur même de l'acte) ; recours hiérarchique (recours adressé au supérieur de l'auteur de l'acte) et recours de tutelle (le recours adressé à une autorité dont les pouvoirs de contrôle sur l'auteur de l'acte attaqué lui permettent de faire disparaître cet acte ou d'en modifier les effets).

Les recours portés devant le juge permettent à ce dernier d'exercer un contrôle sur l'Administration, c'est-à-dire de l'obliger à

¹ Commissions parlementaires, inspections générales...

² BURDEAU (G), *Les libertés publiques*, Paris L.G.D.J, 1966, p. 74

³ AUBY (J.M), DRAGO (R), *Traité de contentieux*

administratif, Paris L.G.D.J, 1962, p. 2

⁴ VEDEL (G), Préface au traité de science administrative, Paris, Ed ; Mouton et Co., p. VII

⁵ PACTEAU (B), *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2005, p 5

respecter la règle de droit : contentieux de l'annulation autrement appelé contentieux de l'excès de pouvoir et de l'obliger à réparer le préjudice causé : contentieux de pleine juridiction. Le recours pour excès de pouvoir est un recours contentieux par lequel tout intéressé peut demander au juge compétent d'annuler un acte administratif pour violation de la légalité. Au Sénégal, le recours pour excès de pouvoir est consacré 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.

Le contentieux de pleine juridiction ou plein contentieux est un procédé de règlement des litiges administratifs portant sur la reconnaissance, l'étendue et les limites d'un droit subjectif opposant l'administration à un administré. Ce procédé est constitué pour l'essentiel du contentieux de la responsabilité publique et du contentieux des contrats. Il englobe d'autres types de litiges qui se rattachent au contentieux fiscal⁶ et au contentieux électoral⁷. A travers ce contentieux, le juge peut être

amené à obliger l'administration à réparer un préjudice qu'elle aurait causé. C'est dans ce contentieux que les pouvoirs du juge sont les plus étendus. Il peut non seulement annuler, mais aussi modifier la décision administrative⁸.

On distingue plusieurs systèmes de contrôle juridictionnel. Il y a un premier système qui consiste à soumettre à la fois le contentieux de la légalité et le contentieux de l'indemnité à un juge spécialisé, le juge administratif, indépendant du juge judiciaire de droit commun. Il s'agit du système français. Il y a le système anglo-saxon qui consiste à confier au juge judiciaire l'intégralité du contentieux administratif, ne faisant ainsi bénéficier à l'Administration d'aucune prérogative de juridiction. Ce système se retrouve, avec quelques variantes, en Grande-Bretagne, aux Etats-Unis. L'opposition fondamentale existant entre le système français et le système anglo-saxon tient à des raisons essentiellement historiques⁹.

⁶ Le contentieux fiscal recouvre tous les litiges entre le contribuable et l'administration fiscale. On peut le définir comme l'ensemble des voies de droit au moyen desquels sont réglés les litiges nés de l'application par l'administration fiscale de la loi au contribuable.

⁷ Le contentieux électoral se définit comme une branche particulière du contentieux qui traite des litiges qui sont relatifs au processus électoral et qui vise notamment à vérifier la régularité externe et interne d'un tel processus.

⁸ Sur la distinction des deux types de recours, voir

S. Doumbé-Billé, "Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux, à propos de la nouvelle frontière", AJDA 1993.3.

⁹ En Grande-Bretagne, l'absolutisme royal des monarques catholiques n'a pu s'imposer à la bourgeoisie réformée (Bill of Rights de 1689) et donc les juridictions spéciales créées par le monarque ont été supprimées. En France, au contraire, l'absolutisme royal a triomphé sous le roi catholique Louis XIV (1638-1643-1715). Les révolutionnaires de 1789, attachés au pouvoir des autorités élues, réagissent contre ce pouvoir

Il y a enfin les systèmes mixtes qui consistent à soumettre le contentieux de la légalité au juge administratif alors que les recours en matière contractuelle et en matière quasi délictuelle relèvent du juge judiciaire. Ce système se retrouve en Allemagne, en Italie... En fait, on note plusieurs déclinaisons dans les systèmes dits mixtes. Au Sénégal par exemple, la mixité découle de la spécificité de la mise en œuvre du principe de l'unité de juridiction qui a été adopté¹⁰.

L'unité de juridiction procède de l'article 7 de la loi n°2014-26 du 03 novembre 2014 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal. Les Tribunaux de Grande Instance¹¹ sont juges de droit commun en première instance en toute matière 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 administratifs à caractère juridictionnel. Parmi les

compétences d'attribution en premier et dernier ressort de la Cour suprême, il y a le contentieux de l'excès de pouvoir des autorités administratives ainsi que de la légalité des actes des collectivités territoriales¹².

Le choix de l'unité de juridiction présente des avantages certains liés au fait que le requérant est dispensé de la difficile question de la détermination du juge compétent. Toutefois, le modèle laisse subsister le problème de la procédure à suivre et du droit applicable¹³.

Dans un système de dualité de juridiction comme en France, les juridictions se divisent en deux grandes catégories : d'un côté, des juridictions judiciaires, qui tranchent les litiges entre personnes privées, ou ceux opposant l'État aux personnes privées dans le domaine pénal ; de l'autre, des juridictions administratives, qui jugent les affaires opposant les administrations aux administrés, ou encore différentes

judiciaire. Ils développent une approche originale de la séparation des pouvoirs, qui implique la séparation des autorités administratives et judiciaires. Deux textes consacrent la séparation des autorités administratives et judiciaires. Il s'agit de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III (*c'est-à-dire du 2 septembre 1795*).

¹⁰ Voir B. KANTE, *Unité de juridiction et droit administratif : l'exemple du Sénégal*, Thèse d'Etat, Orléans, 1983, 426 p.

¹¹ Avec la loi n°2014-26 du 03 novembre 2014 abrogeant et remplaçant la loi n°84-19 du 02 février 1984 fixant l'organisation judiciaire, les juridictions de base changent de dénomination. Aux termes de l'article 4 de ladite loi, les tribunaux régionaux et les tribunaux départementaux sont

remplacés respectivement par les tribunaux de grande instance et les tribunaux d'instance. L'Organisation judiciaire comprend ainsi: la Cour suprême; les cours d'Appel; les tribunaux de grande instance ; les tribunaux de travail ; les tribunaux d'instance (art 5). Ces juridictions connaissent de toutes affaires civiles, commerciales ou pénales, des différends du travail et de l'ensemble du contentieux administratif.

¹² Article 2 al 2 de la loi n°2017-09 du 17 janvier 2017 abrogeant et remplaçant la loi organique n°2008-35 du 8 août 2008, J.O.R.S du 18 janvier 2017, p. 47

¹³ Voir P. Lampué, «La justice administrative dans les Etats de l'Afrique francophone », RIPIC, 1965, p.3.

personnes publiques entre elles¹⁴. Le système français trouve sa raison d'être dans l'histoire. En effet, l'autonomie de la juridiction administrative trouve ses origines dans l'Ancien Régime, à l'époque où le roi tentait d'affirmer son autorité face au pouvoir judiciaire des parlements provinciaux. Les révolutionnaires se méfiaient de la Justice considérée comme un attribut royal. Ils ont gardé le souvenir des parlements d'Ancien Régime très réticents aux tentatives de réforme. Ils développèrent alors une approche originale de la séparation des pouvoirs, qui implique la séparation des autorités administratives et judiciaires. L'activité administrative considérée comme dépendante du pouvoir exécutif se devait donc d'être distinguée de la fonction judiciaire. Cette conception

trouve sa traduction dans la loi des 16 et 24 août 1790¹⁵. Le respect très relatif du texte obligea les pouvoirs publics à rappeler la règle dans le décret du 16 fructidor an III¹⁶. La mise en œuvre de ces textes déboucha sur un paradoxe. Celui-ci réside dans le fait qu'ils ont posé une règle qui interdit sans proposer une solution palliative. Interdiction a été faite aux tribunaux judiciaires de connaître les litiges intéressant l'administration mais aucune juridiction ne les connaissait. De tels litiges sont alors dévolus à l'administration elle-même devant l'absence d'un « juge administratif ». Le Conseil d'Etat ne devint un « vrai juge » qu'avec la loi du 24 mai 1872 faisant passer la France d'un système

¹⁴ Voir L. Fougère, « 1790-1990 : deux siècles de dualisme juridictionnel », AJDA, 1990, p. 579 ; F. Terré, « Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel », AJDA, 1990, p. 595.

¹⁵Article 13 :«Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

Explication : Cette loi adresse une double interdiction aux juges :

1- Interdiction de trancher les litiges concernant l'administration parce qu'ils pourraient troubler, c'est-à-dire gêner, l'action de l'administration;
2- Interdiction de juger les agents de l'administration qui seraient poursuivis devant eux pour des faits accomplis dans l'exercice de leurs fonctions d'administrateurs.

Il s'agissait bien sûr des juges judiciaires, car il n'y avait pas encore de juges administratifs.

Les juges judiciaires vont désobéir à cette loi des 16-24 août 1790 et continuer à juger l'administration.

¹⁶ Décret du 16 fructidor an III (c'est-à-dire du 2 septembre 1795), intitulé décret qui défend aux tribunaux de connaître des actes d'administration, et annule toutes procédures et jugements intervenus à cet égard :

Article unique

« La Convention nationale, après avoir entendu son comité des finances, décrète qu'elle annule toutes procédures et jugements intervenus, dans les tribunaux judiciaires, contre les membres des corps administratifs et comités de surveillance, sur réclamation d'objets saisis, de taxes révolutionnaires, et d'autres actes d'administration émanés desdites autorités pour l'exécution des lois et arrêtés des représentants du peuple en mission, ou sur répétition des sommes et effets versés au trésor public.

Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit, sauf aux réclamants à se pourvoir devant le comité des finances pour leur être fait droit, s'il y a lieu, en exécution des lois, et notamment de celle du 13 frimaire dernier.

de « justice retenue »¹⁷ à un système de « justice déléguée »¹⁸. L'arrêt Blanco¹⁹ permit d'asseoir définitivement la compétence du juge administratif et de consacrer l'autonomie du droit administratif²⁰. C'est dire qu'en France, l'existence d'une juridiction spécialisée et l'existence d'un droit autonome constituent les traits distinctifs du contentieux administratif. N'empêche que s'est posée la question du critère justifiant la compétence du juge administratif²¹.

Le système sénégalais d'unité de juridiction fait certes l'économie de la détermination du juge compétent mais il ne dispense nullement de la recherche de ce qui conditionne l'appartenance d'un litige au contentieux de pleine juridiction. Cette appartenance fait naître, chez le requérant, l'obligation de respecter une procédure spéciale qui permet de maintenir la spécificité du contentieux administratif.²²

C'est la notion de matière administrative qui conditionne cette appartenance. Celle-ci n'ayant pas été définie par les textes, le juge a été amené à dégager des critères d'identification de la matière administrative. L'attitude du juge, a-t-elle permis de combler les carences liées à l'absence de définition légale de la matière administrative et surtout de stabiliser les principes généraux régissant la procédure administrative contentieuse ?

Cette question trouve son intérêt dans le fait qu'il a toujours été déploré la faiblesse du pouvoir normatif du juge sénégalais, conséquence du caractère écrit du droit administratif sénégalais. Le pouvoir normatif est le pouvoir d'édicter des normes, des règles générales de droit ou des décisions qui créent des droits ou des obligations pour ceux à qui elles sont destinées.

A cet égard, la jurisprudence révèle une inconstance du juge aussi bien dans la

¹⁷ La justice était dite retenue parce que le Conseil d'État dont la création était prévue à l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII n'avait pas la prérogative pleine et entière de juger. Il était chargé à la fois de préparer les textes du gouvernement et de proposer au chef de l'État une solution pour le règlement des litiges s'élevant en matière administrative. C'est le chef de l'État qui prend la décision. Cette Constitution a été adoptée le 3 décembre 1799, promulguée en février 1800, mise en vigueur le 25 décembre 1799 (soit avant sa promulgation à cause de l'urgence) et abrogée en 1802.

¹⁸ L'article 9 de la loi du 24 mai 1872 dispose : « le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse et sur les demandes en annulation pour excès de pouvoir ». Désormais, le Conseil d'État est un juge statuant au nom du peuple français, et non plus l'auxiliaire du gouvernement dans l'exercice de son pouvoir hiérarchique.

¹⁹ TC, 8 février 1873, Blanco, Rec. Lebon n° 00012, p 61 ; Dalloz, 1873.3.17.

²⁰ Voir J. Rivero, « Le juge administratif, gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », Mélanges offerts à Marcel Waline, LGDJ, 1974, p. 701.

²¹ Initialement, le critère de l'organe (personne publique) justifiait la compétence du juge administratif. A vrai dire, le critère organique et le critère matériel se confondaient, puisque les personnes publiques –et elles seules- avaient des activités administratives. Mais la dissociation rapide entre la nature de l'organe et la nature de l'activité a conduit la doctrine à se focaliser sur la recherche d'un critère matériel.

²² Il s'agit de la procédure administrative spéciale prévue à l'article 729 et suiv. du décret n° 64-572 du 30 juillet 1964 portant Code de Procédure Civile au Sénégal (voir infra).

détermination de la matière administrative (I) que dans l'appréciation de la mise en œuvre de la procédure en matière administrative (II).

I- Une inconstance dans la détermination de la matière administrative

Pour définir et donner un contenu à la matière administrative, le juge sénégalais a tantôt utilisé le critère matériel (A), tantôt le critère organique (B).

A- Le critère matériel de la matière administrative

Dans le modèle sénégalais de l'unité de juridiction à la base, c'est la notion de matière administrative qui permet d'avoir la réponse, non pas sur le juge compétent, mais sur la procédure à suivre en matière de contentieux de pleine juridiction. La recevabilité de l'action du requérant est liée au respect de cette procédure.

1- Le critère initial utilisé par le juge

Le décret n° 64-572 du 30 juillet 1964 portant Code de Procédure Civile au Sénégal, en ses articles 729 et suivants,

traite de la procédure en matière administrative sans dégager clairement le champ d'application²³. Le législateur rattache pourtant à cette matière administrative une procédure dont le non-respect est sanctionné par l'irrecevabilité de l'action du requérant. Puisque la fonction du juge ne consiste pas seulement à régler les cas d'espèce mais aussi, chaque fois que c'est nécessaire, de déterminer les règles auxquelles doit obéir l'action administrative, le juge sénégalais a mis en œuvre son pouvoir normatif afin de donner un contenu à la matière administrative. L'on sait que droit administratif n'a pu se développer en France que parce que les juridictions administratives ont, devant la carence du législateur, déterminé elles-mêmes ses notions fondamentales et ses principes déterminants. Ces juridictions administratives ont progressivement forgé un corps de règles spécifiques applicables à l'administration en interprétant les lois existantes. C'est dans ces conditions qu'elles vont déterminer le régime de l'action administrative, le régime général de la responsabilité publique, le régime des contrats administratifs, etc. C'est dire que la juridiction administrative a été instituée principalement pour exercer une fonction contentieuse consistant à trancher les litiges

²³ L'article 729 du code de procédure civile administrative traitant de la procédure en matière administrative, dispose simplement que toute

action en justice, doit être précédée d'une demande adressée à l'autorité administrative désignée pour recevoir l'assignation...

auxquels l'administration est partie mais cette fonction première ne peut éclipser les autres fonctions²⁴, en particuliers la fonction normative. Au contraire de ce qui constitue le principe en France en droit administratif²⁵, cette fonction passe très largement au second rang en Afrique en général et au Sénégal en particulier. En effet, les efforts faits dans le sens de donner au droit administratif africain une relative spécificité sont observables, de prime abord, dans le domaine de la codification²⁶. Contrairement au modèle français, le droit administratif africain est un droit essentiellement écrit. Cela découle d'une option de politique juridique en rapport avec le contexte africain. Au Sénégal, des

lois fixent les principes qui s'appliquent et par conséquent laissent moins de place au juge²⁷. En dépit de cette œuvre de codification, des ambiguïtés, carences ou insuffisances comme celles notées au niveau de l'article 729 du Code de Procédure Civile peuvent amener le juge à interpréter ou donner un contenu à une notion pas suffisamment clarifiée par le législateur²⁸. En dépit de ce qu'en a dit le penseur politique Montesquieu pour qui *les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*²⁹, celui-ci est devenu, pour reprendre l'expression du Professeur Belaïd, *le législateur des lacunes du*

²⁴ Fonction de contrôle, fonction de régulation politique...

²⁵ Encore que le caractère jurisprudentiel du droit administratif est même, aujourd'hui, limité par l'œuvre de codification constatée en France. Voir par exemple en matière d'organisation administrative, la loi du 2 mars 1982 (relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions) ou le statut de la fonction publique (le statut général des fonctionnaires dépend de quatre lois formant chacune l'un des titres de ce statut : Titre I : Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ; Titre II : Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État ; Titre III : Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ; Titre IV : Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions relatives à la fonction publique hospitalière). La codification du droit est vivement encouragée par le Conseil constitutionnel qui se réfère, à travers sa décision du 26 juin 2003, au principe de clarté de la loi qui fonde l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Le juge constitutionnel encourage le gouvernement à simplifier le droit et à poursuivre sa codification.

²⁶ Au Sénégal, ils sont également observables à travers l'adoption du système d'unité de juridiction c'est-à-dire qu'il n'existe (sauf au sommet) qu'un seul ordre de juridiction avec les mêmes juges qui sont compétents aussi bien en matière administrative qu'en matière judiciaire mais aussi à travers l'existence de règles de fond différentes de celles du droit français. Il en est ainsi des règles du droit de la famille ou de la législation foncière en droit sénégalais qui sont différentes du droit français.

²⁷ Il faut noter l'existence d'un code des obligations de l'administration (loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 modifié) qui codifie, pour l'essentiel, la jurisprudence française en matière de contrat et de responsabilité ; d'un statut général des fonctionnaires (loi n°61-33 du 15 juin 1961) ; d'un code du domaine de l'Etat (loi n°76-66 du 2 juillet 1976) ; d'un code général des collectivités territoriales (loi n°2013-10 du 28 décembre 2013)...

²⁸ Voir G. Waline, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, in Etudes Scelle, Tome 2, p.162 ; Ph. Raynaud, *La loi et la jurisprudence, des Lumières à la révolution française*, APD, 1985, Tome 30, *La jurisprudence*, p.61.

²⁹ *De l'Esprit des lois*, 1748 Cité par Ph. Coppens, *Normes et fonction de juger*, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p.174.

*droit*³⁰. Là où le droit est silencieux, obscur ou insuffisant, *il est quand même de l'office du juge de trancher le litige qui lui est soumis. Dans ce cadre, il apparaît comme le titulaire d'un pouvoir normatif car de l'obligation qui lui est faite de juger, naît une règle de droit*³¹. L'article 4 du Code civil, qui dispose que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* », est un élément de légitimation du pouvoir normatif de la jurisprudence³².

Toute la question est ici de savoir dans quelle mesure la règle de droit est insuffisante pour légitimer l'intervention du juge. Il n'est pas contestable qu'en traitant de la procédure en matière administrative et en l'assortissant d'une obligation procédurale sans dire en quoi elle consiste, le « législateur » sénégalais a ouvert le boulevard de l'interprétation au juge. Sa tâche ne peut pas consister, dans

cette hypothèse, en une application mécanique de la loi. Il lui faut dire quand est-ce que l'on est dans la matière administrative ? Le juge sénégalais a estimé, dans un premier temps à travers l'affaire Abdourahmane Ndoye, que la matière administrative est circonscrite aux litiges soulevant des problèmes spécifiques de droit administratif. Autrement dit, si le droit applicable au litige est le droit public, l'action du requérant doit être précédée d'une demande adressée à l'autorité administrative désignée pour recevoir l'assignation aux termes de l'article 39³³. Le silence gardé plus de quatre mois par l'autorité saisie vaut décision de rejet³⁴. Dans l'affaire Abdourahmane Ndoye (Tribunal de Première Instance de Dakar du 23 mai 1970)³⁵, le requérant avait introduit une demande en responsabilité fondée sur un moyen divisé en deux branches. La première branche était fondée sur l'article 146 du Code des

³⁰ BELAÏD (S), « Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1975, p. 955

³¹ BELAÏD (S), *op. cit.*, p.311

³² Patrick Morvan, « En droit, la jurisprudence est source du droit », *Revue de la Recherche Juridique*, 2001-1, p. 105.

³³ L'assignation doit, à peine d'irrecevabilité, être servie dans le délai de deux mois qui suit, soit l'avis donné de la décision, de l'administration, soit l'expiration du délai de quatre mois valant décision implicite de rejet. Elle doit, à peine de nullité, viser la réponse implicite ou explicite donnée par l'administration à la demande préalable.

³⁴ La loi n° 2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour Suprême distingue désormais le silence gardé par l'administration sur un recours gracieux ou hiérarchique formé par une personne morale ou physique et celui gardé par l'administration sur une réclamation. Dans le premier cas, il vaut au bout de quatre mois, décision implicite de rejet du recours (art 74-1 al 4). Dans le deuxième cas, c'est au bout de deux mois qu'il vaut décision de rejet (art 74-1 al 2).

³⁵ *Annales africaines* 1973, p. 243 obs. A. Bockel). Les faits : L'élève Rokhaya Ndoye fut « grièvement blessée au poignet droit par le bris d'un carreau de la porte de la salle dans laquelle elle venait de déposer son cartable, et dont elle sortait pour aller dans la cour en attendant l'heure de la reprise des classes.

Obligations de l'Administration-COA- (responsabilité des membres de l'enseignement du fait d'un dommage causé aux enfants sous leur surveillance)³⁶. Elle sera rejetée par le juge au motif qu'elle soulève des questions relevant du droit privé. La seconde branche visait le mauvais entretien et le délabrement des portes et se fondait sur l'article 137 du Code des Obligations Civiles et Commerciales – COCC³⁷- Le juge estime, à propos de la deuxième branche de la requête, que *tant en ce qui concerne le mauvais entretien des bâtiments que l'organisation défectueuse du service..., la responsabilité de l'Etat ne peut être recherchée qu'au titre du contentieux administratif*. Il déclare ainsi clairement que la requête, soulevant dans sa seconde branche des problèmes relevant du droit administratif, ne pouvait être introduite qu'en respectant les règles spéciales de procédure prévues en matière

administrative. Autrement dit, l'action du demandeur doit nécessairement être précédée d'une demande administrative spéciale introduite dans les délais³⁸. Pour le juge, la matière administrative est circonscrite aux litiges soulevant des problèmes spécifiques de droit administratif. Il établit une liaison directe entre la procédure prévue par les articles 729 et s. du CPC et le droit applicable. Cette approche matérielle reste le premier critère utilisé par le juge sénégalais. Il a prévalu pendant plusieurs années amenant la doctrine à parler d'âge d'or de la matière administrative³⁹.

Pour le Doyen Bockel, la conception matérielle renvoie à la *partie du régime juridique de l'administration qui se caractérise par un double trait : application de règles particulières relevant du droit public, mais aussi, rattachement en cas de litige, au contentieux administratif*⁴⁰.

³⁶³⁶ Cette responsabilité est prévue par l'article 146 du COA qui pose deux conditions : l'existence de dommages subis ou causés par les élèves, dommages pouvant avoir été subis par les élèves du fait d'autres élèves (CS, 28 mai 1980, Demba Baidy GAYE, RIPAS n° 9, janvier-mars 1984, pp. 37-38), de l'enseignant (TPI de Dakar, 28 novembre 1970, Babacar GUEYE A.A. 1973, p. 247.), de la victime elle-même ou de l'action des tiers. Ils peuvent également avoir été causés par les élèves à d'autres élèves, à des tiers, ou aux membres de l'enseignement ; des élèves sous la surveillance d'un membre de l'enseignement public. Pour que la responsabilité de l'Etat se substitue à celle des membres de l'enseignement public, il est nécessaire que le dommages ait été subi ou causé par les élèves pendant que ces derniers se trouvaient sous la

surveillance d'un membre de l'enseignement public. Selon le législateur, la réparation ne peut être demandée qu'à l'Etat (selon la procédure civile en vue de l'application du droit privé, précise le juge dans l'affaire Abdourahmane Ndoye).

³⁷ Loi 1963-62 du 10 juillet 1963 portant Code des obligations civiles et commerciales, modifiée

³⁸ Une demande administrative spéciale avait été bel et bien introduite mais en dehors du délai légal.

³⁹ NGAIDE (M), « La notion de matière administrative : évolution de la jurisprudence sénégalaise », Revue de l'Association sénégalaise de droit pénal, 1997-1998, numéros 5-6-7-8, p. 154.

⁴⁰ Bockel (A), « Sur la difficile gestation d'un droit administratif sénégalais. Brèves réflexions à partir de quelques cas rendus en plein contentieux », Annales africaines 1973, p. 138.

L'approche matérielle correspond à une conception restrictive de la matière administrative. Elle a été très largement contestée. Pour Nd. M. DIAGNE, *définir la matière administrative en considération de l'application du droit administratif au litige comme le fait le juge sénégalais, revient à lier deux questions logiquement différentes. Il s'agit de la procédure et du fond...elle complique la tâche du plaideur qui veut exercer son droit de recours*⁴¹.

Le juge sénégalais a fait application du critère matériel dans plusieurs autres affaires : TPI Dakar 17 mai 1969, Sté Bernabé c/ Etat du Sénégal⁴² ; CA, 20 mai 1977 Mor Tall⁴³ ; CA, 18 février 1983, Etat du Sénégal/C/Héritiers Abdou Lo⁴⁴ ; TPI Dakar, 9 mai 1984, Samba Douckel Ka⁴⁵... Il estima dans l'affaire Sté Bernabé, que *l'action intentée contre l'Etat à la suite d'un abus d'autorité commis par un agent*

public... ne pouvait relever que des dispositions du COA.

Dans l'affaire Mor Tall, le juge considère qu'un litige causé par un véhicule automobile, dès l'instant qu'il résultait d'un fonctionnement défectueux du service public, relevait, par conséquent, du contentieux administratif. Il revenait ainsi sur le jugement du TPI du 4 mai 1977 qui prônait l'applicabilité du droit privé⁴⁶.

Dans l'affaire Héritiers Abdou Lo, le juge d'instance⁴⁷ a déclaré l'action des requérants recevable sur le fondement des articles 118, 119 et 137 du COCC⁴⁸. La CA reviendra sur cette décision en estimant que le droit applicable n'était pas le droit privé car *le préjudice causé aux demandeurs résulte d'une action de police des douaniers en service commandé, d'où la responsabilité de la puissance publique.* Pour le juge, il ne s'agissait pas d'un *dommage causé par un véhicule administratif, réparable selon les principes de droit commun ...*⁴⁹ (mais), étant en

⁴¹ DIAGNE, (Nd. M). *Les méthodes et les techniques du juge en droit administratif français*, thèse de Doctorat d'Etat, 1995, pp. 30-31

⁴² TPI, 17 mai 1969, Bernabé, Annales africaines, 1975, p. 55

⁴³ CA, 20 mai 1977 Mor Tall, Annales africaines, 1977, p. 30

⁴⁴ CA, 18 février 1983, Etat du Sénégal/C/Héritiers Abdou Lo, EDJA, juillet-août 1987, p. 12

⁴⁵ TPI Dakar, 9 mai 1984, Samba Douckel Ka, inédit

⁴⁶ TPI de Thiès, 4 mai 1976, Mor TALL et autres, inédit. Ayant considéré que l'obus qui a éclaté et causé l'accident appartenait à la puissance publique, le juge fit application de l'article 137 du COCC aux termes duquel toute personne est responsable du

dommage causé par le fait de l'animal ou de la chose dont elle a la maîtrise.

⁴⁷ TPI, 11 mai 1982, Etat du Sénégal/C/Héritiers Abdou Lo, inédit

⁴⁸ ARTICLE 118 : Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui.

ARTICLE 119 : La faute est un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit.

ARTICLE 137 : Toute personne est responsable du dommage causé par le fait de l'animal ou de la chose dont elle a la maîtrise.

⁴⁹ Aux termes de l'article 147 du COA, le droit à réparation des dommages causés par un véhicule ou moyen de transport utilisé par l'Administration est

*matière administrative, la demande devait nécessairement respecter la procédure spéciale*⁵⁰.

Le juge circonscrit ainsi la matière administrative en la mettant en rapport avec le droit applicable.

M. Ngaidé a raison de dire, qu'en adoptant le système de l'unité de juridictions, le législateur avait certainement en vue la simplification du contentieux administratif. Dans la réalité, il en a été tout autrement pendant plusieurs années⁵¹. En effet, le critère matériel comporte un certain nombre de limites.

2- Les limites de la conception matérielle

Selon la conception matérielle, la matière administrative regroupe l'ensemble des litiges dont la solution doit être trouvée dans l'application des règles du droit administratif. Le critère matériel comporte un certain nombre de limites assimilables à des contraintes aussi bien pour le requérant

que pour le juge. Il met surtout, hors du champ de la matière administrative, un nombre important de litiges dans lesquels l'administration est pourtant partie.

Pour le requérant, la recherche du droit applicable constitue une difficulté majeure avec les risques d'erreurs, source d'irrecevabilité. Ce n'est que quand le droit applicable est le droit public que le respect de la procédure s'impose. Sur le requérant, est reportée la tâche de chercher à connaître le droit applicable. Une erreur dans ce domaine l'expose, comme le note Babacar Kanté, à une sanction ... très sévère : c'est le rejet pur et simple pour irrecevabilité du recours. Ce rejet est motivé tantôt par le défaut de recours administratif préalable, tantôt par la forclusion du requérant⁵².

Pour le juge, ces contraintes se situent au niveau de la nécessaire recherche du droit applicable avant la décision sur la recevabilité. Cette contrainte explique certainement les difficultés du juge

régi par le droit commun de la responsabilité et par les règles concernant le fait des choses et des animaux.

⁵⁰ Les faits : un automobiliste avait refusé d'obtempérer à l'ordre des douaniers de s'arrêter. Pensant qu'il s'agissait de contrebandiers, ils tirèrent sur le véhicule en visant les pneus. La voiture perdit son équilibre et se renversa, occasionnant des blessures puis le décès du conducteur. La Cour d'Appel de Dakar, revenant sur la décision d'instance a jugé, qu'il "ne s'agissait pas d'un dommage causé par un véhicule, réparable selon les principes du droit commun en vertu de l'article 147 du COA" mais, d'une action "qui ne saurait prospérer que sur

le fondement de la responsabilité de la puissance publique telle que définie par les articles 142 et 145 du COA". Aux termes de l'article 142, les tiers et les usagers ont droit à la réparation du dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public. Dans l'article 145, il est question de la faute commise par un agent public à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et qui doit engager la responsabilité personnelle de son auteur, si elle est détachable du service public.

⁵¹ NGAIDE, (M), op. cit. p. 164

⁵² KANTE, (B), *Unité de juridiction et droit administratif: l'exemple du Sénégal*, Thèse de Doctorat d'Etat, 1983, p 253.

d'instance dans certaines affaires qui a été contredit par le juge d'appel : TPI du 4 mai 1977 Mor Tall; TPI, 11 mai 1982, Héritiers Abdou Lo ...

En ce qui concerne la restriction du champ de la matière administrative et le fait d'en extirper des litiges mettant en cause l'administrative, il suffit de se référer aux deux cas de régimes particuliers de responsabilité administrative institué par le Code des Obligations de l'Administration pour en percevoir la portée. Il s'agit respectivement de la responsabilité des membres de l'enseignement public et de la responsabilité du fait des véhicules administratifs. Ils constituent des régimes particuliers car ils dérogent au régime général de la responsabilité, par leur soumission, notamment, au droit privé⁵³.

En ce qui concerne la responsabilité des membres de l'enseignement public, elle est prévue par l'article 146 du COA avec deux conditions devant être réunies pour engager la responsabilité publique : un élément matériel (l'existence de dommages subis ou causés par les élèves) et un élément

temporel (des élèves sous la surveillance d'un membre de l'enseignement public). Le cas échéant, la réparation est demandée à l'Etat selon la procédure civile en vue de l'application du droit privé⁵⁴. Les dommages peuvent avoir été subis par les élèves du fait d'autres élèves⁵⁵, de l'enseignant⁵⁶, de la victime elle-même ou de l'action des tiers. Ils peuvent également avoir été causés par les élèves à d'autres élèves, à des tiers, ou aux membres de l'enseignement.

Pour que la responsabilité de l'Etat se substitue à celle des membres de l'enseignement public, il est nécessaire que le dommage ait été subi ou causé par les élèves pendant que ces derniers se trouvaient sous la surveillance d'un membre de l'enseignement public. Il ressort de la jurisprudence Abdourahmane Ndoye (TPI 23 mai 1970), que les périodes où aucune surveillance n'est organisée sont exclues notamment en dehors des heures de surveillance ou lorsque l'élève se trouve en dehors de l'école. Dans l'affaire Mouskeba Camara (CA de Dakar, 03 septembre 2015), le juge a considéré que le viol dans la

⁵³ Ces régimes sont inspirés des lois françaises du 5 avril 1937 (membres de l'enseignement public) et du 31 décembre 1957 (véhicules administratifs).

⁵⁴ TPI, 23 mai 1970, Abdourahmane Ndoye

⁵⁵ CS, 28 mai 1980, Demba Baidy GAYE

⁵⁶ TPI, 28 novembre 1970, Babacar GUEYE, A.A 1973 p. 247. La jurisprudence Seynabou DIOP WADE (TRHC de DAKAR, 15 juillet 2014) laisse croire que par « enseignant », il faut entendre « personnel d'encadrement ». Dans cette affaire, le

surveillant général d'un Collège d'enseignement moyen –CEM a été déclaré coupable de viol suivi de grossesse sur une élève alors que cette dernière était mineure scolarisée au niveau dudit établissement. Pour le juge, les faits de la cause ne peuvent être détachés du service public de l'enseignement en ce sens que sans la qualité de surveillant Général du CEM et l'usage du bureau situé dans le collège, le coupable n'aurait jamais pu commettre son forfait.

demeure familiale, d'un enfant revenant de l'école ne peut entraîner l'engagement de la responsabilité de l'État.

S'agissant de la responsabilité du fait des véhicules administratifs, l'article 147 du COA, dispose clairement que «le droit à réparation des dommages causés par un véhicule ou moyen de transport utilisé par l'Administration est régi par le droit commun de la responsabilité et par les règles concernant le fait des choses et des animaux.

Le législateur sénégalais, pour avoir utilisé à l'article 147 du COA l'expression *véhicule ou moyen de transport utilisé par l'Administration*, a ouvert la voie à l'adoption d'une conception extensive de la notion de véhicule. C'est ainsi que pour le juge sénégalais, il peut s'agir d'automobiles, de motocyclettes, d'un avion⁵⁷, ou même d'un cheval de la garde présidentielle (TPI de Dakar, 8 décembre 1980 Dame Niama Cissé). Selon le juge, il peut s'agir de tout moyen de transport pouvant se mouvoir par le moyen d'un dispositif propre, utilisé par

l'Administration qui peut en être le propriétaire ou simplement en avoir l'usage ou la maîtrise. Pourtant, il se refuse à qualifier le bac de véhicule : TPI 8 août 1968, IART La Paternelle Providence : le juge considère qu'il ne s'agissait pas d'un véhicule au sens de l'article 147 COA mais que le dommage causé par le bac, résulte d'un fonctionnement défectueux du service public.

Aux termes de l'article 147 du COA al 2 et 3, l'action est dirigée contre l'auteur du dommage mais la responsabilité de l'Administration est substituée, à l'égard des tiers, à celle de l'agent agissant à l'occasion de l'exercice de ses fonctions...» cf. CS 8 juin 1968 Abdoulaye GUEYE c/ Mairie de Dakar⁵⁸. Dans l'affaire Mame Fatou BA (TRHC de Dakar, 13 février 1991), la responsabilité de l'Etat a été engagée pour le dommage causé à une victime à bord d'un véhicule administratif circulant la nuit et en dépit du fait qu'elle voyageait à titre gratuit⁵⁹. A l'alinéa premier de l'article précité, il est bien précisé que le droit à réparation des dommages causés par un véhicule ou

⁵⁷ TPI de Dakar, 12 février 1977, Cheikhou DIENG et autres

⁵⁸ CS 8 juin 1968 Abdoulaye GUEYE : « *Attendu que la responsabilité de la puissance publique est soumise, dans ce cas aux principes régissant la responsabilité en droit civil, d'après lesquels le commettant doit répondre des dommages causés par la faute de son agent aussi bien dans l'exercice même de la fonction qu'en cas d'abus de fonction, un lien de causalité ou de connexité avec l'exercice de la fonction suffit à rendre le commettant*

responsable, solution qu'a du reste maintenu l'article 146 du COCC »

⁵⁹ Un véhicule de marque Nissan non encore immatriculé appartenant à l'Etat du Sénégal et conduit par El hadj Sarr, qui circulait de nuit sur la route national 1 Fatick-Kaolack a dérapé et fait plusieurs tonneaux avant de se coucher sur son flanc gauche. La dame Mame Fatou BA s'y trouvait. Elle voyageait à titre gratuit et fut blessée au cours de l'accident.

moyen de transport utilisé par l'Administration est régi par le droit commun de la responsabilité et par les règles concernant le fait des choses et des animaux. C'est dire que la responsabilité de l'agent doit être établie suivant les règles du droit civil⁶⁰.

Finale­ment, Nd. M. DIAGNE a raison de dire que, *ni le juge, ni l'administration, ni les particuliers ne sont à l'abri de malades susceptibles d'obscurcir la distinction entre matière administrative et matière civile*⁶¹.

L'affaire Abdourahmane Ndo­ye (TPI de Dakar du 23 mai 1970) apparaît comme le point de départ de la liaison droit applicable-pro­cédure spéciale (s'il s'agit du Droit Public). Un an auparavant, la même juridiction après avoir dégagé dans l'affaire Sékou Badio (1^{er} mars 1969)⁶² que le litige en question devait être résolu sur la base du droit public, n'avait pas exigé le respect de la procédure spéciale car l'Etat n'avait *fait aucune observation sur l'absence de requête gracieuse*⁶³.

L'inconstance du juge sera surtout perceptible avec l'adoption quelques années plus tard de la conception organique pour déterminer la matière administrative.

B- La conception organique de la matière administrative

Le critère organique en droit administratif est un instrument de qualification juridique qui repose sur la présence d'une personne publique dans un rapport de droit. Il trouve ses origines à la fin du XIX^{ème} siècle dans *la subjectivisation des droits de puissance publique dont l'Etat est investi et l'admission de la distinction entre les personnes publiques et les personnes privées*⁶⁴. Confondu avec le critère du service public au début du XX^{ème} siècle, le critère organique acquiert son autonomie à l'heure de la crise de la notion juridique de service public.

Une certaine logique s'attache à ce critère (1) qui présente, dans la définition de la matière administrative au Sénégal, certaines contraintes (2).

⁶⁰ Articles 118, 136 et 146 du Code des Obligations Civiles et Commerciales.

Article 118 : Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui.

Article 136 : L'obligation de réparer le dommage pèse solidairement sur tous ceux qui ont contribué à le causer

Article 146 : Les commettants, ou patrons, répondent des dommages causés par une personne soumise à leur autorité, lorsque celle-ci encourt dans l'exercice de ses fonctions une responsabilité à l'égard d'autrui. Les personnes agissant pour le

compte d'une personne morale engagent dans les mêmes conditions la responsabilité de celle-ci.

⁶¹ DIAGNE, (Nd. M). *Les méthodes et les techniques du juge en droit administratif sénégalais*, thèse de Doctorat d'Etat, 1995, p. 35

⁶² *Annales Africaines*, 1973, p. 232.

⁶³ Voir D. SY, *Droit administratif*, 2^e édition, CREDILA, 2014, p 133.

⁶⁴ Voir Paul-Maxence Murgue-Varo­clier, *Le critère organique en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2018, 780 p

1- La logique du critère organique en droit administratif

Le critère organique, qui témoigne de la logique institutionnelle à laquelle le droit administratif est attaché, sert de support à la construction des notions-cadres de ce droit. Il a été utilisé aussi bien pour l'identification de l'acte administratif unilatéral que pour le contrat administratif mais aussi pour la définition du domaine public...S'agissant par exemple du contrat administratif, en dehors des contrats administratifs par détermination de la loi qui résultent d'une volonté manifeste du législateur⁶⁵d'attribuer la qualification administrative à certaines catégories de contrats, le contrat administratif peut résulter de la réunion de deux conditions dont l'une renvoie à la présence d'une personne morale de droit public. Il faut noter qu'il n'y a plus une coïncidence entre

phénomène administratif et personnes de droit public⁶⁶mais, jusqu'à la fin du XIXe siècle, c'est la référence à la notion de puissance publique⁶⁷ qui fonde le régime administratif. L'Etat, disait-on, est une personne morale dotée d'une qualité particulière : la souveraineté ou puissance publique ; ses rapports avec les particuliers sont des rapports entre personnes inégales⁶⁸. Il est vrai que l'Etat n'agissait pas toujours en qualité de puissance publique. C'est ce que formula ainsi M. Laferrière : « *Une double mission incombe à l'autorité administrative. D'une part elle est chargée de veiller à la gestion de la fortune publique et de son emploi, d'assurer la perception des revenus de toute nature et leur affectation aux services publics. Les actes qu'elle accomplit pour remplir cette mission sont ceux qu'on appelle actes de gestion. D'un autre côté l'administration est dépositaire d'une part d'autorité, de puissance, qui est un des attributs du*

⁶⁵ Il peut s'agir de ou de l'autorité réglementaire. Au Sénégal, les marchés publics, les conventions de délégation de service et les contrats de partenariat constituent des contrats administratifs aux termes des dispositions de l'article 10 nouveau de la loi n°2006-16 modifiant la loi n°65-61 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, JO du 05 août 1965.

⁶⁶ En outre, depuis les arrêts du Conseil d'Etat français Etablissements Vezia en 1935, Caisse primaire aide et protection en 1938, Monpeurt en 1942, Magnier en 1961..., la structure du droit administratif révèle une forte implication des personnes morales de droit privé dans la gestion des services publics emportant l'usage de prérogatives de puissance publique. Autrement dit, certaines personnes morales de droit privé peuvent exercer des missions d'intérêt général.

⁶⁷ La doctrine de la puissance publique, développée par Maurice Hauriou (1856-1929) cherche à fonder l'exorbitance du droit administratif. Il la définit comme « une volonté qui exerce les droits administratifs au nom de la personnalité publique des administrations ». Voir *Précis de droit administratif et de droit public général : à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, P. Larose, 1900-1901, p. 227-237.

Pour cette école, le fondement de cette spécificité du droit administratif est que l'administration dispose de prérogatives de puissance publique, moyens de contrainte dont les particuliers n'ont pas la disposition dans leurs rapports sociaux. L'administration a ainsi le monopole de la contrainte.

⁶⁸ Voir Y. Gaudemet, *Le Droit administratif*, 22^e édition, LGDJ, 2018, p.40

pouvoir exécutif. Elle est chargée de faire exécuter les lois, de régler la marche des services publics, de procurer aux citoyens les avantages d'une bonne police»⁶⁹.

A partir de la 1^{ère} guerre mondiale, on nota une évolution dans la structure et les fonctions de l'administration avec l'apparition des services de l'administration dont l'objet est économique. Le juge fut confronté à la question de la place du critère organique. Fallait-il s'en tenir au caractère privé de l'auteur ou aux fonctions administratives remplies par des personnes privées. Le Tribunal des conflits reconnut le 22 janvier 1921 à travers l'affaire Société Commerciale de l'Ouest Africain, communément appelée du *bac d'Eloka*⁷⁰ l'existence de services publics industriels et commerciaux. Le Conseil d'Etat en fit de même dans son arrêt Société Générale

d'Armement du 23 décembre 1921⁷¹. Ces services, de plus en plus nombreux, fonctionnent dans des conditions comparables à des entreprises privées, c'est-à-dire sans l'emploi de procédés de puissance publique.

Les arrêts Etablissements Vezia⁷², en 1935, Caisse Primaire Aide et Protection⁷³ en 1938, Montpeurt⁷⁴ en 1942, Magnier⁷⁵ en 1961... confirment la modification de la structure du droit administratif avec une forte implication des personnes morales de droit privé dans la gestion des services publics emportant l'usage de prérogatives de puissance publique. Autrement dit, certaines personnes morales de droit privé peuvent exercer des missions d'intérêt général avec tout ce que cela comporte comme conséquences.

⁶⁹ Laferrrière, *Juridiction et contentieux*, 2^e édit., 1896, p. 6, cité par Léon Duguit, in *Les transformations du droit public*, Revue générale du droit, 1913, Chapitre 5, manuel publié dans le site de la Chaire de droit public français de l'Université de la SARRE

⁷⁰ TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain, Rec. 91, GAJA 16^e éd, n° 37, p. 230

⁷¹ CE, 23 décembre 1921, Société générale d'armement, Rec. 333

⁷² CE 20 décembre 1935, Société des Etablissements Vézia. Un décret en date du 9 novembre 1933, a conféré à la colonie le droit d'acquérir par la voie de l'expropriation pour cause d'utilité publique, dans l'intérêt des sociétés indigènes de prévoyance en Afrique occidentale française, les immeubles nécessaires à leur fonctionnement. Une SA, *Les Etablissements Vézia*, dont le siège social est à Dakar [Sénégal] introduit un recours pour excès de pouvoir que le Conseil d'Etat rejeta.

⁷³ CE 13 mai 1938, Caisse Primaire Aide et Protection. Le service des assurances sociales est un service public dont la gestion est confiée à des

caisses dites primaires, organismes ayant le caractère d'un « établissement privé.

⁷⁴ , CE 31 juillet 1942, Montpeurt. Les Comités d'organisation (groupes corporatistes, créés par le gouvernement de Vichy, chargés de la régulation de certaines activités économiques) ne sont pas des établissements publics mais ils sont chargés de l'exécution d'un service public. Leurs actes, réglementaires ou individuels, sont des actes administratifs.

⁷⁵ CE 13 janvier 1961, Magnier. Pour mettre certains organismes privés à même d'exécuter la mission de service public qui leur est ainsi confiée (effectuer, sur la demande du service de la protection des végétaux, les traitements insecticides et anticryptogamiques reconnus nécessaires), le législateur leur a conféré diverses prérogatives de puissance publique notamment prendre des décisions unilatérales individuelles qui présentent le caractère d'actes administratifs relevant de la compétence de la juridiction administrative et qui s'imposent aux propriétaires ou usagers intéressés.

Cette importante donnée perceptible dans l'évolution du droit administratif, a été saisie par le juge sénégalais. A travers l'arrêt Dial Diop C/Fédération sénégalaise de Football (CE du Sénégal 27 Avril 1994, BACE n° 1 p.62), il estime que *les actes pris par la fédération sénégalaise de football dans les limites de la délégation de pouvoir sont des actes formellement administratifs, relevant de la compétence du juge de l'excès de pouvoir*. Autrement dit, une personne morale de droit privé peut, au Sénégal, sous certaines conditions, prendre des actes administratifs.

Dans la recherche du critère d'identification de la matière administrative, l'approche organique a fait son apparition dans la jurisprudence administrative au Sénégal. Dans l'affaire Abdoulaye Diack C/Municipalité de Nioro du Rip⁷⁶, le juge d'appel considère *la municipalité de Nioro du Rip comme étant une personne morale de droit public visée par l'article 39 du CPC*. Ainsi, *l'action du requérant aurait dû suivre la procédure décrite aux articles 729 et s du CPC*.

Selon cette conception, il y a matière administrative chaque fois que l'on constate

la présence dans le litige, d'une personne morale de droit public. Elle correspond à une conception large de la matière administrative.

Pourtant dans l'affaire Dieynaba Diallo⁷⁷ le juge se montrera plus nuancé en retenant le critère organique sans pour autant exclure le critère matériel. Cette affaire est partie de la destruction « par erreur » de l'immeuble de la Dame Dieynaba Diallo dans le cadre d'une expropriation pour cause d'utilité publique. Son immeuble n'était pas concerné. Elle intenta une action en responsabilité contre l'Etat en visant la voie de fait. Il y a voie de fait si l'administration accomplit un acte matériel représentant une irrégularité manifeste soit parce qu'elle exécute une décision ne se rattachant pas à un pouvoir qui lui appartient⁷⁸, soit parce qu'elle exécute selon une procédure grossièrement illégale une décision même légale⁷⁹. On estime que l'illégalité est si manifeste que l'administration ne mérite pas protection. Voilà pourquoi les juges judiciaires deviennent alors compétents pour connaître de cette irrégularité (en appliquant le droit privé)⁸⁰, à titre exclusif en matière d'action en responsabilité, et

⁷⁶ CA, 14 juillet 1978, Abdoulaye Diack C/Municipalité de Nioro du Rip, inédit

⁷⁷ L'immeuble de la Dame Dieynaba DIALLO avait été détruit par erreur suite à un décret déclaratif d'utilité publique.

⁷⁸ On parle de voie de fait par manque de droit.

⁷⁹ On parle de voie de fait par manque de procédure.

⁸⁰ Voir MATTHIAS (M.), « La compétence du juge

judiciaire en matière de voie de fait, une peau de chagrin ? ». Pour l'auteur, *la voie de fait oscille depuis plusieurs années entre sursis et trépas, n'en finissant plus sa lente agonie dans les « couloirs de la mort juridique » et au fur et à mesure que se réduit la voie de fait comme une peau de chagrin, diminue de manière corollaire la compétence du juge judiciaire*.

concurrentement avec les juges administratifs pour prononcer l'annulation de l'acte⁸¹.

La Dame Diallo estimant certainement que le contentieux relevait du droit privé a saisi le juge sans respecter les prescriptions de l'article 729 du CPC. Le juge estima que « *la notion de matière administrative rendant impératif le recours administratif, hiérarchique s'entend non pas seulement des litiges dans lesquels le droit applicable quant au fond est le droit administratif, mais encore et surtout de l'ensemble des litiges dans lesquels une personne publique est partie* » (TR de Dakar, 17 octobre 1986, Dieynaba Diallo c/Etat du Sénégal). Le juge, sans écarter la conception matérielle s'est servi de la conception organique pour déclarer irrecevable la requête de la dame Diallo.

Cette posture nuancée du juge disparaîtra dans l'affaire TDI Cassala⁸². L'Etat avait passé un contrat de droit privé avec la société TDI Cassala. A la suite d'un litige survenu en cours d'exécution, la société intente une action en responsabilité contre l'Etat sans respecter la procédure spéciale. Le juge dit clairement que l'article 729 est

applicable aux litiges auxquels l'Etat est partie même lorsqu'ils relèvent du droit privé. La consécration du critère organique est sans équivoque.

Le juge est encore plus explicite dans sa décision du 21 mai 2006, CBAO c/ FPE⁸³ en affirmant que *...la procédure prévue à l'article 729 CPC est à respecter toutes les fois que l'Etat ou ses démembrés sont en cause ; qu'il y a lieu de préciser que cette procédure n'a rien à voir avec le droit applicable... .* Cette position claire et nette a été confirmée en 2008 dans l'affaire Cheikh Gueye c/ ANOCI⁸⁴. Pour le juge, *il résulte de l'article 1 du décret n° 2004-678 du 7 juin 2004 portant création de l'Agence Nationale pour la Conférence Islamique que cette dernière est une structure administrative placée sous l'autorité du Président de la République...dépourvue de la personnalité juridique...Sa responsabilité ne peut être engagée qu'en respectant la procédure prévue par les articles 39 et 729 du Code de Procédure Civile...Faute d'avoir respecté une telle procédure, il y a lieu de déclarer l'action irrecevable*⁸⁵.

⁸¹ D'après le TC (27 juin 1966, Guignon, Rec. 830, D. 1968. 7.), lorsque la voie de fait résulte d'une décision et non d'un agissement, les deux ordres de juridiction disposent de compétences parallèles. La nullité de décisions qui ont le caractère de voie de fait peut être constatée aussi bien par la juridiction judiciaire que par la juridiction administrative.

⁸² CA Dakar 29 avril 1993, TDI Cassala, inédit.

⁸³ TRHC de Dakar 21 mai 2006, CBEAO c/ FPE,

inédit.

⁸⁴ TR HC de Dakar, 27 mai 2008, inédit.

⁸⁵ Dans cette affaire, le sieur GUEYE de la Menuiserie Khadimou Rassoul a assigné l'Agence Nationale pour la Conférence Islamique dite ANOCI en responsabilité et en paiement de dommages et intérêts. L'ANOCI a soulevé l'irrecevabilité de l'action pour non-respect des dispositions de l'article 729 du CPC. Elle précise être une structure

Dans l'affaire Héritiers de Simone Jeanne Bouvier c/ Etat du Sénégal, en 2009, le raisonnement du juge permet de dire qu'il se rattache encore à la conception organique. Il considère qu'*en matière administrative, le principe de la liaison du contentieux veut que toute action contentieuse soit précédée d'une réclamation adressée à l'autorité administrative. Lorsque l'assignation n'aura pas été précédée d'une réclamation, le recours contentieux n'est pas noué... ; Puisqu'il ne ressort pas des pièces versées aux débats que les héritiers de Simone Jeanne Bouvier ont introduit un recours préalable tendant à réclamer leur droit devant l'administration, il échet en conséquence de déclarer irrecevable l'action introduite.*⁸⁶

Dans l'affaire Société d'Ingénierie et de réalisation – SIR- contre AGEROUTE, en 2013 (TR Dakar, 26 novembre 2013) c'est l'adoption, par le juge, de la conception organique qui se confirme. La SIR a estimé

dans cette affaire que les dispositions de l'article 729 ne sont pas applicables à l'AGEROUTE qui est une agence autonome. Contrairement aux prétentions de la SIR, le juge affirma clairement que *l'AGEROUTE est une personne morale de droit public, dotée d'une autonomie de gestion...(Elle) fait partie des établissements prévus à l'article 39 susvisé ; Que le seul fait que l'AGEROUTE soit dotée d'une personnalité morale et qu'elle jouit d'une autonomie de gestion, ne peut justifier les prétentions de la SIR, et ce d'autant qu'en vertu des dispositions précitées, des groupements jouissant de la personnalité juridique notamment les communes, ne peuvent être assignés sans une demande administrative préalable*⁸⁷.

L'application tendancielle du critère organique de la matière administrative par le juge est alors assez nette. Pourtant, dans cet « âge d'or » du critère organique, il a parfois, fait application du critère matériel. Il en a été ainsi dans l'affaire ayant opposé

administrative ayant une autonomie de gestion et financière mais non dotée de la personnalité juridique ; que l'article 2 du décret 2004-678 du 7 juin 2006 prévoit qu'elle agit pour le compte de l'Etat. Elle fait observer que la procédure relève de la matière administrative, or, aux termes de l'article 39 du CPC, l'Etat est assigné en la personne de l'Agent judiciaire de l'Etat. En réponse Cheikh GUEYE a soutenu que l'ANOCI est une agence nationale jouissant d'une autonomie juridique et financière, d'une responsabilité juridique au même titre que toutes les agences de l'Etat et peut, à ce titre, ester en justice tant en demande qu'en défense sans l'assistance de l'Etat.

⁸⁶ TRHC de Dakar, 17 février 2009, Héritiers de Simone Jeanne Bouvier c/ Etat du Sénégal, inédit. Dans cette affaire, les requérants avaient assigné l'Etat du Sénégal, en paiement de la somme de trente-quatre millions neuf cent sept mille deux cent vingt francs CFA (34.907.220 Frs CFA) à titre d'arriérés de loyers et d'indemnité d'occupation. L'Agent judiciaire de l'Etat a plaidé l'irrecevabilité de l'action, aux motifs qu'il n'y a pas eu réclamation contre l'Etat du Sénégal.

⁸⁷ TRHC de Dakar, 26 novembre 2013, Société d'Ingénierie et de réalisation – SIR- contre AGEROUTE, inédit.

en 2011, les héritiers de feu Madame Madeleine DIOP MBENGUE et l'Etat du Sénégal par le biais de la Cellule d'Exécution Administrative et Financière du Programme sectoriel Justice dite CEDAF et le Centre de Ressource informatique et documentaire du Ministère de la Justice de la République du Sénégal. Pour donner raison aux demandeurs et rejeter la fin de non-recevoir soulevée par l'Agent judiciaire de l'Etat, le juge a considéré que les dispositions de l'article 729 du CPC ne sont pas applicables en l'espèce étant entendu que c'est *un contrat de droit privé*⁸⁸ soumis aux règles établies par l'OHADA que les demandeurs ont conclu avec l'administration⁸⁹. Il en a également été ainsi dans l'affaire ayant opposé en 2006 Monsieur Ndiawar SARR à la Mairie de Pikine représentée par Monsieur Daour Niang NDIAYE. Le sieur SARR a accusé la « collectivité locale » d'avoir démolé son verger sans lui avoir auparavant notifié une quelconque note de désaffectation dudit terrain. Pour le juge, ces agissements sont constitutifs de voie de fait avec *comme conséquences, la compétence exclusive du juge judiciaire et*

*la dispense, pour le demandeur, de respecter la procédure spéciale prévue à l'article 729 du code de procédure civile*⁹⁰. C'est le même juge qui, en 1986, a écarté toute possibilité d'avoir recours au droit applicable en matière de voie de fait pour affirmer clairement ne prendre en compte que la présence dans le litige d'une personne publique⁹¹.

M. Ngaidé a raison de dire qu'avec *l'introduction du critère organique, on semble avoir renoué avec une certaine simplicité conforme au système juridictionnel sénégalais. Le plaideur est dorénavant averti de l'exigence du respect de la procédure en matière administrative à chaque fois qu'il veut mettre en cause l'Etat*⁹². Cette conception organique a pourtant ses limites.

2- Les limites de la conception organique

La conception organique, en exigeant le respect de la procédure des articles 729 et s. qu'à la seule présence d'une personne morale de droit public, semble occulter le

⁸⁸ La CEDAF a conclu un bail à usage commercial avec la dame Madeleine MBENGUE DIOP. Cette dernière sollicitait la résiliation du bail, l'expulsion de la CEDAF et le paiement de la somme de 22.900.000 francs représentant les arriérés de loyers de mars 2009 à avril 2010.

⁸⁹ TRHC de Dakar, 20 JUILLET 2011, héritiers de feu Madame Madeleine DIOP MBENGUE c / Etat du Sénégal, inédit

⁹⁰ TR de Dakar, 26 mai 2006, Monsieur Issa Ndiawar SARR c/ la mairie de Pkine R. Monsieur Daour Niang NDIAYE, inédit

⁹¹ Voir TR de Dakar, 17 octobre 1986, Dieynaba Diallo c/Etat du Sénégal

⁹² Voir M. NGAIDE, op cit. P.167

fait que le phénomène administratif a aujourd'hui pénétré la sphère des personnes privées. Si la personnalité publique pouvait apparaître hier comme le mode privilégié de prise en charge de l'action publique, l'administration est aujourd'hui incitée à externaliser ses activités. L'Etat peut décider de ne pas assurer lui-même l'exécution d'un service public mais la confier à une personne privée. Aux termes de l'article 10 nouveau du COA, la participation d'un cocontractant à un service public est réalisée par voie de délégation de service public⁹³ ou sur la base d'un contrat de partenariat⁹⁴.

La conception organique comporte ainsi au moins une limite principale en ne prenant pas en compte le phénomène des personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public. Les articles 39 et 729 du CPC, ne visent que les

personnes morales de droit public : l'Etat, les établissements publics de toute nature, les communes et les autres collectivités publiques.⁹⁵ (Il est intéressant de noter que les agences d'exécution⁹⁶ ne figurent pas dans l'énumération légale ci-dessus mais le juge dans l'affaire SIR-contre AGEROUTE⁹⁷, se fondant sur le fait que ces entités sont des personnes morales de droit public, a exigé le respect de la procédure spéciale). En outre, depuis l'arrêt Dial Diop⁹⁸, les actes pris par une personne privée (en l'espèce, la fédération sénégalaise de football) sont des actes formellement administratifs, relevant de la compétence du juge de l'excès de pouvoir. La stricte application du critère organique exclut du champ d'application de l'article 729 toutes ces personnes privées exécutant une mission de service public à travers un contrat de concession de service public⁹⁹,

⁹³ La Directive communautaire n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA retient deux formes de délégation de service public que reprend le code des obligations de l'administration -COA-. Il s'agit de la concession de service public et de la régie intéressée.

⁹⁴ Le contrat de partenariat est un contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée, une mission globale comprenant le financement et la réalisation (y compris la construction, la réhabilitation ou la transformation) d'investissements matériels ou immatériels, ainsi que leur entretien, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, d'autres prestations, qui concourent à l'exercice par la personne publique concernée de la mission de service public dont elle est chargée. Le cocontractant est rémunéré à partir d'objectifs de performance déterminés par la puissance publique.

⁹⁵ L'article 39 cite à côté des personnes morales de droit public, les sociétés de commerce, les unions et directions de créanciers, ceux qui n'ont aucun domicile connu au Sénégal et ceux qui habitent à l'étranger.

⁹⁶ Aux termes de l'article 1^{er} de la loi d'orientation n° 2009-20 du 4 mai 2009, *l'Agence d'exécution est une entité administrative autonome, investie d'une mission de service public. Elle est une personne morale de droit public dotée d'un patrimoine et de moyens de gestion propres.*

⁹⁷ Société d'Ingénierie et de réalisation – SIR- contre AGEROUTE, TR Dakar, 26 novembre 2013

⁹⁸ CE, 27 Avril 1994, Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat n° 1, p.62

⁹⁹ La concession de service public se présente comme une convention par laquelle une personne publique (concedant) charge une personne privée (concessionnaire) de faire fonctionner un service public à ses frais, risques et périls en se rémunérant sur les redevances perçues sur les usagers. Le

un contrat de partenariat¹⁰⁰ ou dans le cadre d'une régie intéressée¹⁰¹. Autrement dit, ces personnes juridiques peuvent être assignées sans une demande administrative préalable. La formalité de la demande préalable a pour finalité essentielle, de permettre de faire l'économie d'un recours au juge. En même temps, elle permet d'éviter un afflux des recours contentieux qui gênerait le bon fonctionnement de la justice et retarderait un règlement rapide des litiges qui accompagnent l'activité administrative. Pour régler ces litiges, les intéressés peuvent tout d'abord s'adresser à la personne concernée par le biais d'un recours administratif. Cette simple faculté peut parfois être une obligation. Cette obligation peut résulter d'un texte¹⁰². C'est cette finalité qui justifie également l'utilisation d'autres modes de règlement des litiges comme la transaction, la conciliation, l'arbitrage, le recours au médiateur...¹⁰³.

concessionnaire exploite le service public en son nom et à ses risques et périls en percevant des rémunérations des usagers de l'ouvrage ou des bénéficiaires du service concédé.

¹⁰⁰ Le contrat de partenariat est un contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée¹⁰⁰, une mission globale comprenant le financement et la réalisation (y compris la construction, la réhabilitation ou la transformation) d'investissements matériels ou immatériels, ainsi que leur entretien, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, d'autres prestations, qui concourent à l'exercice par la personne publique concernée de la mission de service public dont elle est chargée. Le cocontractant est rémunéré à partir d'objectifs de performance déterminés par la puissance publique.

¹⁰¹ La régie intéressée est un mode de gestion mixte du service public qui s'appuie sur le concours extérieur

En fait, par l'exclusion des personnes privées exerçant une mission de service public, on minimise toute possibilité d'éteindre le litige les concernant à travers le précontentieux et on amoindrit le risque d'hypertrophie du contentieux administratif. En effet, en dépit de l'exclusion des personnes privées exerçant une mission de service public, la conception organique comporte un risque d'hypertrophie du contentieux administratif. Cela découle de l'existence aujourd'hui au Sénégal, de cinq cent quatre-vingt-dix-neuf (599) collectivités territoriales, une multitude d'agences d'exécution sans compter les sociétés de commerce et les unions et directions de créanciers. Les agences ont été créées dans des secteurs d'activités d'une grande diversité pour *faire face à la complexité des procédures administratives en apportant*

d'un professionnel privé contractuellement chargé de faire fonctionner le service public moyennant le versement d'une redevance déterminée par la personne publique qui a réalisé les investissements initiaux. La rétribution comprend une redevance fixe et une partie variable provenant des résultats de l'exploitation.

¹⁰² C'est le cas au Sénégal, dans certains cas : voir infra. En France, cf le contentieux des états exécutoires (décret n° 86-520 du 14 mars 1986); le contentieux des impôts directs (L. proc. fisc. art. R.190-1, L. 281). Cette obligation peut également provenir d'un contrat (CE, 3 janvier 1958, Soc. Provence Construction, AJDA 1958.2.60)¹⁰².

¹⁰³ Voir, pour toutes ces techniques, Ph. Foillard, Droit administratif, 4^e édition, Larcier 2015-2016, pp 359 à 362

plus de souplesse dans la gestion publique (voir exposé des motifs de la loi d'orientation n° 2009-20 du 4 mai 2009)¹⁰⁴. L'agence est créée par décret pour une durée déterminée ou indéterminée, en vue de remplir des tâches de nature technique, scientifique ou de gestion bien spécifique¹⁰⁵.

Ne pas tirer toutes les conséquences de l'arrêt Dial Diop par l'extension du champ d'application de l'article 39 du CPC relève peut être du souci de ne pas étendre démesurément le domaine du contentieux administratif. Cela constitue aux yeux de Auby et Drago, un *souci légitime* qui explique qu'on ait défini le contentieux administratif, dans la tradition de la doctrine française, comme *l'ensemble des règles juridiques qui régissent la solution par voie juridictionnelle des litiges administratifs* et non comme *les litiges qui peuvent naître de l'activité des administrations publiques ainsi que les procédés qui permettent de résoudre ces litiges*¹⁰⁶.

La non intégration des personnes morales de droit privé dans le champ d'application de l'article 39 du CPC ne constitue pas l'unique limite de la conception organique de la matière administration. En effet, comment ne pas être en phase avec M. NGAIDE qui voit également une limite à travers la confusion partielle entre le contentieux administratif et le contentieux civil qu'occasionne la conception organique. Il se demande si, en soumettant le contentieux de la voie de fait, ou tout autre litige ne posant pas de problème spécifique de droit administratif, à la procédure en matière administrative, on ne remet pas en cause l'un des dogmes sur lequel est fondée la justice administrative¹⁰⁷.

A côté de l'inconstance du juge sénégalais dans la détermination de la matière administrative, la jurisprudence permet de noter des hésitations de sa part dans l'appréciation de la mise en œuvre de la procédure spéciale.

¹⁰⁴ Aux termes de l'article 2 de 2009, la création d'une agence doit être justifiée par « des nécessités fonctionnelles relevant :

- ▶ d'une volonté politique de donner plus d'impulsion, d'autorité et d'autonomie à un ensemble d'activités nouvelles ou insuffisamment prises en charge par les services administratifs ;
- ▶ du souci de rendre un service de qualité aux usagers en apportant des solutions appropriées fondées sur la proximité, la participation et l'adaptabilité, que des services centraux ne peuvent pas assurer ;

▶ de la nécessité de rendre l'Administration plus attentive à la notion de performance et de résultats ».

¹⁰⁵ Quelques exemples : l'A.N.A.C.I.M. : Agence nationale de l'Aviation civile et de la Météorologie ; l'A.D.I.E : Agence de l'Informatique de l'Etat ; l'A.D.S. : Agence des Aéroports du Sénégal ; l'A.G.P.B.E. : Agence de Gestion du Patrimoine bâti de l'Etat, l'ANAQ. SUP ; l'A.C.B.E.P. : Agence de Construction des Bâtiments et Edifices publics.

¹⁰⁶ Voir Traités de contentieux administratif, T1, LGDJ, 1962, p 2.

¹⁰⁷ NGAIDE (M), op cit, p. 167 et 168

II- Une inconstance dans la mise en œuvre de la procédure en matière administrative

Aussi bien dans l'appréciation de l'incidence de la procédure administrative sur l'issue du procès (A) que de la détermination des autorités à assigner, la position du juge sénégalais a beaucoup varié (B).

A- Une appréciation fluctuante de la portée de la demande préalable

¹⁰⁸ Pour être recevable, il faut que le requérant ait la capacité d'agir et un intérêt à agir. La capacité d'agir est appréciée dans les termes du droit commun. S'agissant de l'intérêt à agir, une distinction est faite entre l'intérêt à agir des personnes physiques et l'intérêt à agir des personnes morales. Dans le premier cas, l'acte doit avoir lésé moralement ou matériellement les intérêts du requérant. Entre le requérant et l'acte doit exister un lien évident CE, 25 août 1993, Professeur Iba Der Thiam. BACE n°1, p.6 ; CS, 13 décembre 2012, Ahmeth Khalifa Niasse. Dans le second cas, les personnes morales ne peuvent attaquer les actes individuels concernant un de leurs membres sauf si elles ont reçu un mandat spécial (CS 25 mars 1981 SUDES, CE 29 juin 2000, Association Nationale des Handicapés Moteurs du Sénégal –ANHMS-).

¹⁰⁹ Le REP n'est en principe recevable que si l'acte contre lequel il est dirigé est un AAU. En plus, il faut qu'il s'agisse d'une décision administrative, c'est-à-dire un acte susceptible de modifier l'ordonnement juridique pris par une personne morale de droit public ou par une personne morale de droit privé¹⁰⁹ bénéficiant d'une délégation de pouvoir (cf Dial Diop...). Cela signifie que les REP formés contre un acte juridictionnel (CS 12 mars

On appelle « conditions de recevabilité » les conditions devant être réunies pour que le juge se prononce sur le fond de l'affaire qui lui est soumise. Si l'une des conditions n'est pas remplie, le juge rejette le recours en le déclarant irrecevable, sans même examiner le caractère fondé ou non des prétentions des parties. Ces conditions se présentent différemment suivant la nature du recours. En matière de recours pour excès de pouvoir, elles sont relativement nombreuses et variées. Elles peuvent être regroupées en trois rubriques. Les conditions de recevabilité tenant à la personne du requérant¹⁰⁸, les conditions tenant à la nature de l'acte attaqué¹⁰⁹ et les conditions tenant à la requête elle-même¹¹⁰.

2015 Karim Meïssa WADE), une mesure d'ordre intérieur ((CS, 20 mars 1963 Amadou Alpha KANE ; CS 24 mars 2016, Société de services d'inspection et de conseil –SSIC- contre l'ARMP et la SICAP) ; un acte comminatoire (*exemple, une mise en demeure*) sont irrecevables (CS, 5 mai 2009, Alioune Badara MANE).

En ce qui concerne les contrats administratifs, l'on a fini par admettre qu'un REP puisse être dirigé, en dehors des actes détachables (CE 4 août 1905 Martin) contre les « clauses réglementaires » du contrat (CE ass, 10 juillet 1996 Cayzeele). En outre, dans le cadre de la décentralisation, le procédé du déferé permet au représentant de l'Etat de saisir le juge d'un recours dirigé contre un contrat administratif.

¹¹⁰ La requête doit être écrite et signifiée dans le délai de deux mois à la partie adverse (*Art 38 de la loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017 sur la CS*). Elle doit comporter certaines mentions relatives au nom, domicile du requérant et contenir un exposé sommaire des faits et des moyens c'est-à-dire des circonstances qui sont à l'origine du recours et des arguments juridiques qui soutiennent la requête. Elle doit également être accompagnée de la décision querellée (CS, 12 avril 2012, Babacar GUEYE ; CS,

En matière de plein contentieux, l'article 729 du code de procédure civile en ses articles 729 à 733 dispose en son alinéa premier que *toute action en justice doit être précédée d'une demande adressée à l'autorité administrative*. La formule « doit être » utilisée, laisse penser qu'il s'agit d'une obligation pour tout requérant de provoquer une décision de l'administration avant d'engager la phase contentieuse devant le juge. Cette lecture semble avoir été confirmée par le juge dans l'affaire Abdourahmane Ndoye. Il ressort en effet de cette jurisprudence que la recevabilité de la requête est liée au respect de la procédure spéciale prévue à l'article 729. Le juge est allé jusqu'à déclarer que la demande préalable constitue une formalité d'ordre public (1). Cette position sera par la suite remise en cause (2).

1- La demande préalable, une formalité d'ordre public affirmée par le juge

L'obligation pour tout requérant de faire précéder toute assignation d'une demande adressée à l'autorité administrative n'a d'autre but que de provoquer une décision de l'administration. Celle-ci peut être explicite comme elle peut être implicite. L'assignation doit être introduite dans le délai de deux mois qui suit, soit l'appréciation faite de la décision de l'administration soit l'expiration du délai valant décision implicite de rejet¹¹¹. Elle doit, à peine de nullité, viser la réponse implicite ou explicite donnée par l'administration à la demande préalable. Le juge sénégalais, dans bon nombre de décisions, a déclaré l'action du requérant irrecevable lorsque l'assignation n'a pas été précédée d'une demande adressée à l'autorité administrative.

Qu'il se soit rattaché à la conception matérielle ou à la conception organique, il a

9 février 2012, Maham BA C/ UCAD) et être introduite dans le délai de 02 mois à partir de la notification de l'acte ou de la publication (CS, 12 avril 2012, Pape Birame Touré). Le juge peut appliquer la théorie de la connaissance acquise (CS, 8 mars 2012, Bineta SARR).

Lorsque l'administration ne répond pas à un recours gracieux ou hiérarchique formé par une personne morale ou physique, le silence vaut au bout de quatre mois, décision implicite de rejet du recours (CS, 22 mars 2012, Mame Thierno DIENG). Si le silence a été gardé plus de deux mois par l'autorité

compétente sur une réclamation, celui-ci vaut décision de rejet (art 74-1 al 2 de la loi de 2017).

¹¹¹ La loi n° 2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour Suprême fait une distinction entre le silence gardé par l'administration sur un recours gracieux ou hiérarchique formé par une personne morale ou physique et celui gardé par l'administration sur une réclamation. Dans le premier cas, il vaut au bout de quatre mois, décision implicite de rejet du recours (art 74-1 al 4). Dans le deuxième cas, c'est au bout de deux mois qu'il vaut décision de rejet (art 74-1 al 2).

très souvent débouté un requérant pour non-respect de la procédure de l'article 729.

Dans l'affaire Abdourahmane Ndoye¹¹², le requérant avait été débouté car le juge a, entre autres arguments¹¹³, estimé que la procédure spéciale n'avait pas été respectée.

Dans l'affaire Abdoulaye Diack C/Municipalité de Niore du Rip¹¹⁴, comme d'ailleurs dans beaucoup d'autres où le critère organique a été utilisé, le juge a estimé que la partie adverse, étant une personne morale de droit public visée par l'article 39 du CPC, l'action du requérant est irrecevable pour n'avoir pas suivi la procédure décrite aux articles 729 et s du CPC.

Le juge est même allé jusqu'à consacrer le caractère d'ordre public de la procédure de l'article 729¹¹⁵. Ce fut le cas dans l'arrêt

Etat du Sénégal/C/Héritiers Abdou Lo (CA, 18 février 1983)¹¹⁶.

A travers cette décision, le juge ne s'est pas contenté de revenir sur celle du juge d'instance¹¹⁷. Après avoir estimé que le droit public était applicable dès l'instant que la puissance publique était responsable¹¹⁸, il rejeta le recours au motif que la saisine du juge de première instance n'avait pas été précédée du respect des dispositions de l'article 729 qui institue une formalité préalable d'ordre public. Ce fut la première décision à travers laquelle, la formalité de la demande préalable a été déclarée d'ordre public. Cela provoqua la réaction de Nd. M. Diagne pour qui *les déclarations de rejet risquent, si l'on y prend garde, de se multiplier compte tenu du fait que ce caractère désormais imprimé à la procédure spéciale va dorénavant*

¹¹² Tribunal de Première Instance de Dakar du 23 mai 1970, Annales africaines 1973, p. 243

¹¹³ Le requérant avait introduit une demande en responsabilité fondée sur un moyen divisé en deux branches. La première branche était fondée sur l'article 146 du Code des Obligations de l'Administration-COA- et la seconde, visait le mauvais entretien et le délabrement des portes et se fondait sur l'article 137 du Code des Obligations Civiles et Commerciales – COCC. Le juge estima que la requête, soulevant dans sa seconde branche des problèmes relevant du droit administratif, ne pouvait être introduite qu'en respectant les règles spéciales de procédure prévues en matière administrative.

¹¹⁴ CA, 14 juillet 1978, Abdoulaye Diack C/Municipalité de Niore du Rip, inédit

¹¹⁵ Aux moyens d'ordre public communs aux différents types de recours contentieux devant le juge de l'administration public (incompétence de l'auteur de l'acte...), s'ajoute désormais un moyen d'ordre public propre au recours de pleine juridiction. Un moyen d'ordre est un moyen qui doit être

automatiquement soulevé par le juge malgré la règle de l'«*ultra petita* » (règle selon laquelle le juge ne peut statuer au-delà de la demande des parties) et même si le requérant ne l'a pas invoqué.

¹¹⁶ Aux moyens d'ordre public communs aux différents types de recours contentieux devant le juge de l'administration public (incompétence de l'auteur de l'acte...), venait de s'ajouter désormais un moyen d'ordre public propre au recours de pleine juridiction.

¹¹⁷ TPI, 11 mai 1982, Etat du Sénégal/C/Héritiers Abdou Lo, inédit. A travers cette décision, déclara l'action des requérants recevable sur le fondement des articles 118, 119 et 137 du COCC. Autrement dit, c'est le droit privé qui était applicable.

¹¹⁸ Pour le juge, il y a responsabilité de la puissance publique parce que *le préjudice causé aux demandeurs résulte d'une action de police des douaniers en service commandé*. Il ne s'agissait pas d'un *dommage causé par un véhicule administratif, réparable selon les principes de droit commun*.

*permettre au juge de soulever d'office l'inobservation des articles 729 et suivants...*¹¹⁹

La notion d'ordre public est parfois utilisée pour désigner des dispositions impératives auxquelles il n'est pas possible de déroger. En contentieux administratif, dire d'un moyen qu'il est d'ordre public signifie qu'il s'agit d'un moyen dont la violation est si grave que le juge administratif se doit de la soulever d'office sans que cela ait été nécessairement demandé par l'une des parties¹²⁰. On dit que le juge « *vient au secours du requérant ou du défendeur* ». Autrement dit, l'omission de la formalité doit être soulevée d'office et entraîner le rejet de l'action en cas de carence.

A travers l'arrêt d'appel Héritiers Abdou Lo, le juge semblait remettre ainsi en cause la jurisprudence Sékou Badio¹²¹. Dans cet arrêt, le juge, après avoir retenu que le litige en question devait être résolu sur la base du droit public, n'avait pas exigé le respect de la procédure spéciale. Il estima ne devoir faire observer l'obligation pour le requérant de respecter la procédure spéciale en

matière administrative *que sur demande des représentants légaux des personnes publiques assignées*. Autrement dit, le recours doit être déclaré recevable si l'administration ne fait aucune observation sur la violation de la procédure spéciale dans un litige où celle-ci doit être respectée. C'est donc par voie prétorienne que le caractère d'ordre public de la procédure spéciale a été instauré au Sénégal. Ils sont peut-être rares, mais des exemples attestant de l'existence d'un pouvoir normatif du juge sénégalais existent bel et bien. C'est bien par la voie prétorienne qu'a été élargi le champ de la motivation obligatoire¹²².

L'on sait que le pouvoir normatif est du ressort du législateur et de l'autorité réglementaire. Il est cependant admis, aujourd'hui, que les juges, par leur travail d'interprétation du droit et la jurisprudence qui en découle, participent également au pouvoir normatif. Une évolution dans le temps est constatable entre la pensée de

¹¹⁹ DIAGNE, (Nd. M), thèse précitée, p. 37

¹²⁰ Le juge met, de ce fait, entre parenthèse, la règle de l' « *ultra petita* » (règle selon laquelle le juge ne peut statuer au-delà de la demande des parties).

¹²¹ TPI de Dakar, 1^{er} mars 1969, Sékou Badio, Revue Sénégalaise de Droit, sept 1969; Annales africaines. 1973, p. 232

¹²² Le juge a, de son propre chef, élargi le domaine d'application de la motivation obligatoire à propos des décisions qui restreignent l'exercice des libertés

publiques. Il l'a clairement signifié dans l'affaire LD/MPT (CE, 25 novembre 1999, Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat -B.A-, 1999, p.26) en sanctionnant l'absence de motivation alors qu'aucun texte n'obligeait l'administration à faire connaître les motifs d'une décision d'interdiction d'une manifestation pacifique sur la voie publique. La réaction du juge a été identique s'agissant des mesures de police des étrangers: voir l'arrêt Seydou Mamadou Diarra (CE, 27 octobre 1993, BA-, 1988, p. 19

Montesquieu¹²³ et celle de Portalis¹²⁴. Bruno Latour va même plus loin en affirmant que le juge est créateur de droit et parle même d'une *situation passionnante où le juge devient législateur*¹²⁵. Cette question de la création de la norme est très largement corroborée par ce que l'on appelle les principes généraux du droit qui constituent des règles de portée générale dont la source est non écrite. Ce sont des normes découvertes par le juge¹²⁶.

En estimant que l'article 729 institue une formalité préalable d'ordre public, le juge lui donne une importance telle que la juridiction méconnaîtrait le principe de légalité s'il ne relevait pas d'office son omission et s'il ne la sanctionnait pas. Pourtant, il ne brillera pas par sa constance

dans ce domaine. Il finit par nier le caractère d'ordre public de la formalité de la demande préalable.

2- La procédure spéciale, une formalité préalable d'ordre public niée par le juge

Six années après la décision de la Cour d'appel à travers laquelle le juge consacra le caractère d'ordre public de la procédure spéciale, la même juridiction a adopté une démarche contraire dans l'affaire Etat du Sénégal C/Etudiant de l'UCAD (CA Dakar 07 avril 1989). Dans cette décision, le juge n'a pas sanctionné l'absence de recours administratif préalable, considérant que l'Etat n'a fait aucune observation sur l'absence de requête gracieuse.

¹²³ *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi.* Cette célèbre citation de Montesquieu, limite très clairement le rôle du juge. A ses yeux, le pouvoir normatif, c'est-à-dire le pouvoir de créer des normes, n'est pas de la compétence du juge. Tiré de l'intervention de Jean-Claude MARIN, Procureur Général près la Cour de Cassation française lors de la Conférence débat « Club du Châtelet », le 23 novembre 2011. Document inédit.

¹²⁴ Portalis, juriste de la fin du XIII^{ème} siècle, met en avant dans son discours préliminaire au premier projet de code civil, *une nécessité d'intervention normative du juge*, étant donné que *la loi peut être incertaine*... Lu dans Discours et rapports sur le code civil, Jean Etienne- Marie Portalis, PU de Caen, collection Bibliothèque de philosophie politique et juridique, p 33

¹²⁵ LATOUR (B), *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, Éd. La Découverte, Poche, coll. Sciences humaines et sociales, 2004, p 72.

¹²⁶ L'arrêt du TC du 8 février 1873 (le jour même de l'arrêt Blanco) Dugave et Bransiet a été le premier

arrêt à avoir reconnu l'existence de « principes généraux du droit ». Le Conseil d'Etat s'en inspira implicitement dans bon nombre de solutions juridictionnelles. Voir Couitéas, CE 30 novembre 1923 (principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques) ; Veuve Trompier-Gravier, CE 5 mai 1944 (principe du respect des droits de la défense). Ce n'est qu'à travers l'arrêt Aramu/ et autres²⁶ Octobre 1945 que le Conseil d'Etat a, pour la première fois fait expressément référence aux PGD. Il jugea « qu'il résulte des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte, qu'une sanction disciplinaire ne peut être légalement prononcée sans que l'intéressé ait été mis en demeure de présenter sa défense ». Depuis lors, la liste des PGD n'a cessé de s'allonger. On peut les répartir selon qu'ils tendent à assurer la liberté (exemple liberté d'aller et venir CE 14 février 1958 Abisset AJDA 1958, 220), qu'ils tendent à défendre l'égalité des administrés (par exemple égalité devant la loi : CE Ass 7 février 1958 Syndicat des propriétaires de forêts de chêne-liège d'Algérie ; CS 26 Mars 1966 Samba Ndoucoumane Guèye GDJAS n° XXV etc.

Il a été noté par la suite, une délimitation du champ d'application de la procédure de l'article 729 du CPC par le Conseil d'Etat en Cassation dans l'affaire Directeur Général des Impôts et Domaines –DGID- c/ Kamel Badredine (CE, 31 mars 2005). Dans cette affaire, la requérante a attendu d'être au stade de la cassation pour soulever la violation des articles 729 et suivants du CPC. Le Conseil d'Etat, considérant que *cet argument n'a été soulevé ni devant le premier juge, ni devant la Cour d'appel*, a rejeté ce moyen comme non fondé. Pour le juge, l'irrecevabilité des requêtes pour non-respect de la procédure spéciale doit être soulevée devant le juge du fond. En fait, le Conseil d'Etat remet en cause le caractère d'ordre public de la procédure spéciale.

Le même juge, le 03 avril 2008 dans l'affaire société Uniplast revient pour préciser que le recours administratif préalable n'est pas une condition de l'action en justice dans le contentieux de l'assiette des impôts et taxes.

Le juge de cassation finit par remettre explicitement en cause le caractère d'ordre public de la procédure spéciale. Ce fut le cas

dans l'affaire PNA c/ASI (CS, 18 avril 2018)¹²⁷. La Cour Suprême statuait sur le pourvoi formé au nom et pour le compte de la Pharmacie Nationale d'Approvisionnement contre l'arrêt n° 358 du 23 décembre 2016 rendu par la Cour d'appel de Dakar dans la cause l'opposant à l'ONG ASI. La PNA reprochait au juge d'appel de n'avoir pas soulevé d'office la fin de non-recevoir tirée de l'inobservation de la formalité de la demande préalable, prévue par l'article 729 du Code de Procédure civile alors que ce texte institue une formalité préalable d'ordre public. En réponse, la Cour Suprême dit très clairement *que la règle édictée par l'article 729 du Code de Procédure civile n'étant pas d'ordre public, le juge du fond n'était pas tenu de la soulever d'office*.

Au-delà du fait qu'elle remet en cause une jurisprudence antérieure, la particularité de cette décision de 2018 tient au fait qu'elle émane de la Cour suprême. La finalité d'une juridiction de cassation est d'unifier la jurisprudence, de faire en sorte que l'interprétation des textes soit la même sur tout le territoire. C'est l'unicité de la juridiction qui permet l'uniformité de

¹²⁷ L'Imprimerie NOUROU PUB avait été choisie par La Pharmacie nationale d'Approvisionnement (PNA) pour la réalisation de calendriers, à l'issue d'une consultation restreinte de plusieurs entreprises, dont l'Organisation Non Gouvernementale Action de Solidarité islamique (l'ONG ASI). Prétendant que le calendrier fabriqué par l'adjudicataire était une contrefaçon de son

modèle, l'ONG ASI a assigné la PNA et l'Imprimerie NOUROU PUB, aux fins d'obtenir la cessation immédiate de la production et de la distribution desdits calendriers, la remise des moyens ayant permis leur production et le paiement de dommages intérêts. Condamnée en appel, la PNA forma un pourvoi contre l'arrêt n° 358 du 23 décembre 2016 rendu par la Cour d'appel de Dakar

l'interprétation, et donc l'élaboration d'une jurisprudence appelée à faire autorité. Le rôle d'une juridiction de Cassation n'est pas de rejurer le fond de l'affaire (et donc l'exactitude des faits qui lui sont soumis), mais de contrôler que les décisions de justice rendues par les juridictions inférieures l'ont été en conformité avec les règles et les principes du droit.

Les hésitations du juge sénégalais ne concernent pas que la détermination de la matière administrative ou le caractère d'ordre public de la procédure spéciale. Elles peuvent également être notées dans la lecture de l'article 39 qui cite ceux qui doivent être assignés¹²⁸.

B- Une appréciation variable à propos des autorités à assigner

L'assignation en justice est un acte de procédure par lequel le demandeur informe son adversaire, le défendeur, qu'un procès lui est intenté. L'acte présente l'objet du litige et détaille les éléments de fait et de droit qui fondent les revendications du demandeur.

L'acte d'assignation doit comporter des mentions obligatoires (l'identité des parties, la juridiction saisie, les requêtes du

demandeur appuyées par tous les éléments de fait et de droit pertinents, les documents justificatifs des prétentions...¹²⁹

L'assignation s'effectue par la remise de l'acte au défendeur, en main propre ou à quelqu'un habilité, si le défendeur est une société ou autre personne morale.

En matière administrative, c'est l'article 39 du CPC qui désigne les autorités habilitées à recevoir l'assignation (1). A propos de ces autorités, le juge a une position changeante (2).

1- Le contenu de l'article 39 du Code de Procédure Civile

Le livre III du CPC traite des procédures administratives, fiscales et électorales. S'agissant de la procédure en matière administrative, toute action en justice doit être précédée, aux termes de l'article 729, d'une demande adressée à l'autorité administrative désignée pour recevoir l'assignation aux termes de l'article 39. En vérité, c'est le mécanisme du contentieux de pleine juridiction qui est commandé par le système dit de la « décision préalable ». Même dans un système de dualité de juridiction, comme c'est le cas en France, lorsqu'un administré veut intenter un

¹²⁸ Voir article 39 du CPC

¹²⁹ Voir Perrot (R.), « Assignation à comparaître ».

Revue Procédures, n°12, décembre 2011, commentaire n°367, p.12-13.

recours de pleine juridiction, il ne peut saisir immédiatement le juge administratif. Il doit, au préalable, s'adresser à l'administration et provoquer de sa part une décision refusant de lui faire droit. Par exemple, lorsque le particulier prétend avoir subi un dommage engageant la responsabilité de l'administration, il doit réclamer d'abord à celle-ci réparation et c'est seulement sur un rejet ou une proposition d'indemnité jugée insuffisante que l'instance pourra être engagée¹³⁰. Si l'autorité administrative ne répond pas à la demande, son silence est, au bout d'un certain délai ¹³¹ assimilé à une décision de rejet.

Au Sénégal, cette autorité varie en fonction de la personne morale concernée. S'il s'agit de l'Etat, c'est l'Agent Judiciaire de l'Etat qui doit être assigné à charge pour ce dernier de saisir le fonctionnaire compétent pour plaider au fond, s'il y a lieu. L'Agence Judiciaire de l'Etat a été créée par le décret n°70-1216 du 7 novembre 1970. Il lui est reconnu le monopole de la représentation de l'Etat dans toutes les affaires contentieuses

en action comme en défense ¹³².

S'il s'agit des établissements publics de toute nature, c'est le représentant légal qui doit être assigné. Un établissement public est une personne publique spécialement créée pour gérer un service public. Il dispose d'un patrimoine et d'un budget propres, peut passer des contrats et agir en justice. Il jouit de la capacité de recevoir des dons et legs. L'établissement public est chargé d'exercer à la place de l'Etat, mais sous son contrôle, une ou plusieurs activités. Ils sont soumis à une tutelle technique (Ministre technique) et à une tutelle financière (Ministre chargé des Finances). Dire qu'un organisme est un établissement public n'épuise pas le champ de la recherche de sa nature juridique. Il existe en effet au Sénégal, plusieurs catégories d'établissements publics¹³³.

S'agissant des collectivités territoriales, l'article 39 ne cite que les communes qui doivent être assignées en la personne du maire à son domicile ou au siège de la municipalité. L'expression *autres*

¹³⁰ Ibid, p.110

¹³¹ Le droit sénégalais distingue le silence sur un recours gracieux ou hiérarchique (quatre mois) et le silence sur une réclamation (deux mois).

¹³² Echappent à sa compétence, le contentieux fiscal, domanial et douanier, qui relève des Administrations concernées (voir infra p. 25).

¹³³ Le premier texte au Sénégal concernant les établissements publics est la loi n° 66-27 du 2 mai 1966 relative aux établissements publics, aux sociétés d'économie mixte et aux personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la

puissance publique. Sous l'empire de ce texte, il n'existait que trois catégories d'établissements publics: les établissements publics à caractère administratif (EPA), les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) et les établissements publics à caractère professionnel (EPP). D'autres catégories d'établissements publics verront plus tard le jour : les établissements publics à caractère scientifique et technologique (EPST), créés par la loi n° 97-13 du 2 juillet 1997, les établissements publics de santé (EPS), créés par la loi n° 98-12 du 2 mars 1998.

collectivités publiques, ouvre la possibilité d'y inclure toutes les collectivités publiques qui n'existaient pas au moment de l'adoption du code de procédure civile à l'image des départements. Il est à noter que des collectivités locales comme la communauté rurale ou la région ont, entre-temps, été créées mais aujourd'hui ont, soit été érigées en communes, soit été purement et simplement supprimées¹³⁴.

Comme pour les communes, les autres collectivités publiques sont assignées en la personne de leur représentant légal. Il en est de même des sociétés de commerce.

S'agissant enfin des unions et directions de créanciers, c'est en la personne ou au domicile de l'un des syndics ou directeurs qu'elles sont assignées.

2- La position changeante du juge à propos des autorités à assigner

Le principe attribuant à l'Agent judiciaire de l'Etat le monopole en ce qui concerne la

réception des significations pour le compte de l'Etat souffre de quelques exceptions. Aux termes de l'article 2 du décret précité, *toute action portée devant les tribunaux et tendant à faire déclarer l'Etat créancier ou débiteur pour des causes étrangères à l'impôt et au domaine doit, sans exception prévue par un texte spécial, être intentée à peine de nullité par ou contre l'Agent judiciaire de l'Etat*. Autrement dit, en dehors du contentieux des régies financières (contentieux fiscal et domanial), toute demande adressée à une autorité autre que l'Agent judiciaire de l'Etat doit être déclarée irrecevable. L'exception a été élargie au contentieux douanier¹³⁵.

Le juge n'a pas fait une stricte application de ce principe dans les affaires Bayoro DIALLO (T.R. de Dakar, 6 février 1985), Mamadou SECK (T.R. de Dakar, 17 mai 1986). Les requérants ayant subi des préjudices du fait d'une activité de l'Etat, avaient respectivement saisi le Ministre des

¹³⁴ A travers la réforme communément appelée *Acte III de la décentralisation* (loi n° 2013-10 du 28 décembre 2013), il a été noté trois grandes innovations : Suppression de la région, collectivité locale (celle qui a été créée en 1996); création d'une nouvelle collectivité territoriale (le département) et communalisation intégrale par l'érection des communautés rurales et des communes d'arrondissement en communes.

¹³⁵ Dans l'affaire *Administration des douanes c/ Ibrahima KANE* (C.cass, 4 janvier 1994), le juge, après avoir rappelé *qu'aux termes de l'article 2 alinéas 4 du décret n° 70-1216 du 7 novembre 1970 l'Agence Judiciaire de l'Etat est habilitée à représenter celui-ci dans toutes les affaires contentieuses qui l'intéressent à l'exception du*

contentieux des régies financières dont l'Administration des Douanes, considère que l'Agence Judiciaire de l'Etat n'a pas qualité pour se pourvoir au lieu et place de l'Administration des Douanes.

Le juge se fonde sur les articles 1er et 17 de l'arrêté ministériel n° 2160 MEF/DGD/DERD du 14 mars 1981 qui disposent que la Direction Générale des Douanes est chargée de la recherche, de la constatation de la répression des infractions à la réglementation des changes et que le chef de bureau des enquêtes et du contentieux a, seul ou en partage avec le Ministère public, le droit d'agir et d'exercer des voies de recours;

Affaires étrangères et celui de l'Intérieur. Le juge, dans les deux espèces, a estimé que le fait d'avoir adressé le recours gracieux aux ministres précités en lieu et place de l'Agent judiciaire de l'Etat n'était pas une cause d'irrecevabilité des requêtes¹³⁶.

Dans la même année 1986, le même juge dans l'affaire Samba Yacine Cissé (TR de Dakar 30 juillet 1986) revient à une stricte application de l'article 39 du CPC et du décret de 1970. Le requérant, ayant adressé un recours administratif au Président de la République a visé, selon le juge, *une autorité incompétente*. Par conséquent, sa requête est irrecevable.

Dans l'affaire Salif FALL (TRHC de Dakar, 18 octobre 2012), le juge reprend la jurisprudence Bayoro DIALLO en considérant que la demande préalable adressée au Ministère des affaires étrangères au lieu de l'Agent judiciaire de l'Etat ne constitue pas une irrégularité. Dans cette affaire, l'Etat a été assigné en responsabilité et en paiement de dommages et intérêts à la suite d'un accident mortel de la fille d'un ambassadeur du Sénégal en fonction en Inde.

Une année plus tard, la Cour suprême dans l'affaire Vincent GOMIS c/ Etat du Sénégal

revient à la jurisprudence Samba Yacine Cissé. Le juge, dans sa décision du 14 février 2013, a considéré qu'en l'espèce, le recours ayant été signifié à l'État du Sénégal pris en la personne du Président de la République, *cette signification est irrégulière et elle équivaut à une absence de signification*. Le juge a déclaré le requérant Vincent GOMIS, *déchu de son recours*¹³⁷.

Même dans le cadre du contentieux des régies financières, la position du juge sénégalais n'a pas été constante. Dans l'affaire ayant opposé Fatou Kiné SALL au Directeur Général des Impôts et Domaines et à Mame Mbeurgou DIOP, la dame SALL a assigné le Directeur Général des Impôts et Domaines es qualité de représentant de l'Etat et Mame Mbeurgou DIOP en annulation de bail et en paiement de la somme de sept cent cinquante millions de francs (750.000.000 F) en réparation de l'ensemble de son préjudice. Mme Mbeurgou estime que la procédure initiée par la Dame SALL est irrégulière puisque violant l'article 39 du CPC pour avoir adressé une demande administrative préalable non pas à l'agent judiciaire de l'Etat mais au Directeur Général des Impôts et Domaines. La Dame SALL conteste cette

¹³⁶ Le juge a eu la même position dans les affaires suivantes : TR de Dakar, 13 mai 1987, SGBS et CA de Dakar, 19 mai 1989, Société AFCO avec une demande préalable adressée à l'autorité ministérielle. Le juge, dans les deux cas, considéra qu'un Ministre n'est pas l'«autorité compétente désignée par la loi» pour recevoir le recours

administratif préalable.

¹³⁷ Il s'agissait d'un recours en annulation du décret n° 2011-536 du 26 avril 2011, portant nomination de Fara MBODJ, commissaire du droit près la Cour des Comptes. Pour le juge, *l'Etat n'a pas reçu régulièrement signification du recours dans le délai prévu par la loi*.

assertion et estime qu'en matière domaniale, c'est la Direction des Impôts et Domaines qui doit recevoir l'assignation et non l'Agent judiciaire de l'Etat. Pour le juge, *le fait de n'avoir pas assigné l'Agent judiciaire de l'Etat rend irrecevable l'action introduite par la demanderesse conformément aux articles précités.* Il estime qu'il y a eu non-respect de la procédure spéciale établie à l'article 729 CPC (TR de Dakar, 05 janvier 2012).

La Cour de cassation, dans son arrêt du 20 décembre 2006, Hoirs feu Matar DIAGNE et Daour MBENGUE c/ DGID avait pourtant clairement affirmé le contraire pour annuler l'arrêt de la Cour d'appel du 27 janvier 2005 sur cette même affaire. Elle visa l'article 2 du décret de 1970 précité et estima que la Cour d'appel avait violé la loi en considérant que l'Etat ne devait pas être assigné en la personne du Directeur Général des Impôts et Domaines en matière de contentieux domanial mais en la personne de l'Agent judiciaire de l'Etat. La Cour d'appel avait déclaré recevable l'assignation faite à l'Agent judiciaire de l'Etat, en considérant que *l'Etat du Sénégal n'indique pas les dispositions légales ou réglementaires qui édictent que l'Etat doit être assigné en la personne du Directeur Général des Impôts et Domaines, en matière de contentieux domanial, qu'en*

revanche, aux termes des articles 39 et 729 du Code de Procédure Civile, l'Etat doit être assigné en la personne de l'agent judiciaire de l'Etat qui est également compétent pour recevoir les recours préalables.

Le juge du contentieux de pleine juridiction est, au Sénégal, dans la posture de devoir déterminer les contours de la matière administrative devant l'absence de définition légale de cette notion. Le Professeur Nd. M. DIAGNE estime qu'il ne s'est pas préoccupé *de donner un contenu* à la notion mais s'est contenté de *résoudre, au jour le jour les différents litiges*¹³⁸ qui lui étaient soumis. Cette attitude n'a pas contribué à stabiliser les principes généraux régissant la procédure administrative contentieuse. En vérité, c'est la tâche du juge qui s'avère compliquée: Adopter la conception matérielle et limiter la matière administrative aux seuls litiges soumis au droit administratif comporte, certes, l'inconvénient d'en exclure un nombre important de litiges auxquels l'administration est partie. Pour autant, épouser la conception organique équivaut, dans le contexte sénégalais, à ignorer le fait que le phénomène administratif se déploie au-delà des seules personnes de droit public tout en comportant le risque de favoriser l'hypertrophie de la matière administrative. C'est certainement cette difficulté qui

¹³⁸ DIAGNE (Nd. M), thèse précitée, p.29

explique sa jurisprudence fluctuante. Ne devrait-il pas alors, comme le suggèrent les professeurs AUBY et DRAGO, d'une part et WALINE, d'autre part, *combiner les critères matériel et organique pour que chaque ordre de juridiction puisse connaître des procès dans lesquels l'administration est partie et appliquer les règles de droit exigées par les circonstances de l'affaire ?*¹³⁹

¹³⁹ Voir J.M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 3è éd, T 1, p. 14 et M. WALINE, « A propos du rapport entre la règle de

droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent », RDP. 1961, p. 15, cités dans la thèse précitée à la page 37.

LE PRÉ-MARIAGE DANS LE CODE DE LA FAMILLE CONGOLAIS

Mesmin Euloge KOUMBA

*Assistant à la faculté de droit,
Université Marien NGOUABI (Brazzaville)*

RÉSUMÉ :

Défini comme étant une convention solennelle, par laquelle un homme et une femme, avec l'accord de leur famille, au besoin en présence du Président du comité du village ou du chef de bloc, ou de leur représentant, se promettent mutuellement le mariage, le pré-mariage au Congo-Brazzaville consacre, de manière plus claire, l'entrée de la tradition dans la réglementation familiale congolaise. A ce titre, il est considéré soit comme une convention spéciale à caractère social, soit comme un instrument de contrôle social du mariage. Quoiqu'il en soit, il est important de noter que le problème de sa codification devient de plus en plus une exigence de développement économique du continent africain.

INTRODUCTION :

Dans les États d’Afrique noire francophone, la famille est avec le foncier, de toutes les institutions privées africaines, celles qui ont particulièrement préoccupé la doctrine. Famille et développement étant liés, pense-t-on, on a souvent reproché à la famille africaine d’être un facteur de sous-développement. Parée de toutes les vertus, elle peut exercer une influence négative sur ses membres. Tantôt elle les libère des pressions sociales, tantôt elle peut devenir le plus grand obstacle à l’union entre deux personnes.

C’est ce qui justifie, sans doute, le constat fait par Monsieur Roland MOUSNIER en ces termes : « *les raisons de l’avance de l’homme européen sur tous les autres résidents dans sa conception de la famille, fondée sur la libération de l’individu des groupes-familles, des communautés de village... des contraintes exercées par la tribu animiste. C’est pour cette raison que l’administration coloniale a eu recours à une politique législative en matière familiale ; qui s’interdisait d’encourager un modèle mais de*

*répondre à la diversité des choix individuels, et au mieux d’organiser la coexistence pacifique entre le mariage moderne¹» et le pré-mariage, encore appelé mariage coutumier², est ancré dans les « *valeurs authentiques des populations libérées³* ».*

Si par mariage, il faut entendre l’union entre deux personnes de sexe différent en vue de vivre en commun et de fonder une famille, sa célébration est déterminante en ce qu’elle lui confère un caractère civil selon qu’il a été faite devant l’officier d’état civil ; le pré-mariage, en ce qui le concerne, est une convention solennelle, par laquelle un homme et une femme, avec l’accord de leur famille, et, au besoin en présence du président du comité de village ou du chef de bloc, ou leur représentant, se promettent mutuellement mariage⁴. En d’autres termes, par cette convention, les prés-mariés se promettent le mariage⁵. De ce fait, il ne s’agit pas d’une « *véritable union⁶* », mais plutôt d’une « *promesse de mariage⁷* ». Cette situation trouve, sans doute, ses racines les plus légitimes dans ce que l’on pourrait appeler par l’organisation coloniale.

¹ D. LEKEBE OMOUALI, « Les réformes du droit de la famille dans les Etats d’Afrique noire Francophone : tendances maliennes », *Annales africaines*, volume 1, Avril 2017, pp. 324-325.

² J. BINET, *Le mariage en Afrique, Foi vivante série des missions*, les éditions du CERF, Paris, 1959, p. 21. Lire également, S. GUINCHARD, « Le mariage coutumier en droit Sénégalais », *Revue internationale de droit comparé*, 1978, p. 811.

³ K. M’BAYE, « L’expérience sénégalaise de la réforme du droit », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 22, n° 1, Janvier -mars 1970, p. 38.

⁴ CF : Art. 121 al. 1 du Code de la Famille congolais.

⁵ A. KEBI-MOUNKALA, *Droit congolais de la famille*, L’harmattan, Paris, 2008, p. 44.

⁶ O.F.J. MATOKOT, « Le pré-mariage une curiosité du Code de la famille », *Revue de droit et du notariat*, n° 15, 2005, p. 11.

⁷ O.F.J. MATOKOT, op, cit, p. 11.

En effet, avant les indépendances, les citoyens africains répondaient, dans les deux ensembles que constituaient l'Afrique Equatoriale Française (AEF) et l'Afrique Orientale Française (AOF), « *des ressorts juridiques différents : au régime coutumier, polyforme, se superposait, sans s'y opposer véritablement, un droit civil moderne dont il était même difficile de relever l'efficacité dans la matière de l'état des personnes*⁸ ». C'est incontestablement pour cette raison que certains Etats d'Afrique noire francophone se sont attelés à réformer leur droit de la famille, juste après le mouvement des indépendances qui ont secoué le continent africain. Il était donc devenu urgent pour ces pays de construire une législation familiale conforme aux identités nationales plus ou moins niées par la colonisation. Ces différentes réformes engagées après les indépendances africaines ont marqué tant soit peu une rupture tant sur la forme que sur le fond avec le modèle colonial. Certaines législations avaient préféré couper le cordon ombilical avec la doctrine laissée par l'ancienne puissance coloniale qui consistait à légaliser le mariage coutumier sans pourtant l'interdire : c'est le cas notamment du Sénégal. Dans ce pays, le législateur a instauré deux types de mariages

avec à la clé un droit d'option pour les futurs époux : « *le mariage célébré ou le mariage constaté* »⁹. Tandis que d'autres pays avaient opté pour une attitude attentiste¹⁰, c'est le cas du Bénin et de la République du Congo. Ces différentes réformes avaient vocation à inventer un modèle dualiste, associant tradition et modernité. C'est-à-dire qu'un mariage pouvait en cacher un autre. C'est notamment le cas du Congo-Brazzaville où le pré-mariage était érigé en condition de fond du mariage. Cette situation mettait en évidence le fait que la codification du droit de la famille est une entreprise complexe parce qu'en République du Congo, comme ailleurs, le législateur travaille sur une matière non inerte mais vivante et, qui plus est, intelligente voire astucieuse.

A propos, le législateur congolais a fait l'expérience du caractère dynamique du droit de la famille¹¹. En effet, la codification du droit congolais de la famille impliquait la coexistence de diverses règles en vigueur, c'est-à-dire le droit moderne et la coutume. De ce point de vue, le législateur congolais se trouvait devant un dilemme, à savoir le nouveau droit devrait-il réaliser une synthèse entre les coutumes et le droit moderne, ou alors devrait-il, au contraire, maintenir, en parallèle, les deux systèmes

⁸ D. C. SOSSA, « Présentation générale du Code des Personnes et de la famille », in *La Personne, La Famille et le Droit en République du Bénin. Contribution à l'étude du Code des Personnes et de la Famille*, Editions JURIS GUALINO, 2007, p. 7.

⁹ Art. 114 du Code de la famille Sénégalais qui dispose que « *Le mariage peut être célébré par l'officier d'état civil ou constaté par lui ou son*

délégué, dans les conditions prévues par la loi. Le mariage ne peut être constaté que lorsque les futurs époux observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal ».

¹⁰ Attitude attentiste signifie que le législateur de ces pays n'avait eu le courage reconnaître le mariage coutumier.

¹¹ A. KEBI-MOUNKALA, op, cit, p. 45.

juridiques ? A cette question, le législateur congolais avait opté pour la facilité, en privilégiant la seconde solution. Ce choix pourrait être justifié par la nature du régime politique socialiste.

Dominé par l'idéologie socialiste, le congrès du Parti Congolais du Travail avait voté une résolution sur l'élaboration du nouveau code de la famille. La même année le Gouvernement devait mettre en place, à travers un texte de loi, le corpus juridique du droit de la famille. C'est à juste titre que Dieudonné KIMBEMBE, Ministre de la justice, Garde des Sceaux de l'époque, avait créé une commission de travail au sein de son ministère¹², placée sous la présidence de Charles ASSEMEKANG, avec comme membres Jean-François THIBINDA, Zacharie SAMBA et DURANT. Cette commission avait pour mission d'élaborer le projet de loi portant code de la famille congolais. A l'issue de ses travaux, le ministère de la justice avait présenté le projet de loi du code de la famille. Présenté et défendu par lui devant l'Assemblée nationale, ledit projet n'avait pas été adopté par les députés du fait de la présence de la notion de fiançailles dans le projet du code de la famille, car jugée trop française.

En plus, ces derniers lui reprochèrent de n'avoir pas pris en compte le mariage coutumier.

De ce fait, le ministère devait réexaminer le texte en prenant en compte les revendications des députés. Au cours d'une réunion, le ministre avait proposé de substituer aux fiançailles l'expression « pré-mariage ». Ayant obtenu le consensus, il a simplement été retenu de remplacer machinalement, en une semaine¹³, le premier terme par le second dans tout le corps du texte, sans plus, afin de contourner les députés et éviter de légiférer sur le mariage coutumier. C'est ainsi que la loi¹⁴ fut adoptée et le pré-mariage consacré dans le Code de la famille.

Pourtant, il y a une différence nette entre les fiançailles et le pré-mariage¹⁵. Les fiançailles sont un fait juridique, tandis que le pré-mariage est un acte juridique entraînant des obligations réciproques entre les pré-mariés et notamment l'obligation de se marier. Ainsi, la rupture du pré-mariage sans motif légitime peut donner lieu au paiement des dommages et intérêts. Telle a été la portée de la décision rendue par le Tribunal d'Instance de Poto-Poto en date du 05 juillet 2002. En l'espèce, le juge avait estimé que « *le sieur M. Jean a fait des présents au profit de la pré-mariée dont il demande la restitution, que le tribunal tout en accédant à cette demande possède des éléments nécessaires pour pouvoir rendre raisonnable et digne les différentes restitutions dans la mesure où la pré-mariée, ne*

¹² Note de service n°879 MJ-CAB/01-22 du 2 septembre 1981.

¹³ A. ILOKI, *Le droit du mariage au Congo : le pré-mariage, le mariage à l'état civil*, Coll. Etudes africaines, L'Harmattan, 2008, p. 20 ;

¹⁴ Loi n°073/84 du 17 octobre 1984 portant Code de la famille ;

¹⁵ J.O.F. MATOKOT, « Le pré-mariage une curiosité du Code de la famille », *Revue de droit et du notariat*, n°15, 2005, p. 4.

*les conteste pas*¹⁶». Bien qu'étant une promesse, les fiançailles, contrairement, au pré-mariage n'obligent pas, tout en constituant un engagement. C'est sans doute ce dernier argument qui a conduit le législateur congolais à l'abandonner au profit du pré-mariage, jugé très proche des valeurs authentiques africaines.

De ce fait, on constate « *qu'il n'est pas de consensus qui n'ait ses dissidences, pas d'idéal qui n'essouffle le réel* »¹⁷. Ce propos du doyen CARBONNIER est caractéristique de la situation africaine en matière de codification du droit de la famille et traduit la relativité de l'entreprise de la production normative. Cette relativité est aussi exprimée par Marcel PLANIOL qui avertissait que dans bien des cas, une codification « *n'est que le remplacement d'inconvénients anciens, que tout le monde connaît, par d'inconvénients nouveaux, qu'on ne soupçonne pas encore, et dont la pratique révèle ensuite la nature et l'étendue* »¹⁸. Le pré-mariage est ainsi désigné comme le mariage qui existe avant le mariage célébré devant l'Officier de l'état civil. Dès lors, la détermination de sa nature juridique se pose avec acquiescement. Ainsi, en dépit des mutations inéluctables, le pré-mariage doit être décolonisé en sauvegardant l'identité africaine. Autrement dit, le pré-mariage doit être

le reflet fidèle des réalités sociologiques du peuple.

Aussi, cette sauvegarde commande-t-elle que le législateur congolais puisse avoir un esprit de transaction et de synthèse pour les réformes de cette ampleur.

Au regard de ce qui précède, il semble plutôt malaisé à saisir la nature juridique du pré-mariage¹⁹, en considérant les incohérences des éléments résultant de son élaboration et de son régime.

Il faut peut-être relever que « *la législation familiale n'a pas pour fonction d'instaurer le paradis sur terre ni pour objectif de faire de nous des saints* »²⁰. Cela étant, la codification du droit de la famille est à la fois une entreprise nécessaire et complexe. Elle est nécessaire car, comme l'écrivait KEBA MBAYE, « *s'il est vrai que le droit est le reflet de la vie d'une société, s'il est vrai qu'il est secrété par la philosophie et les aspirations d'un peuple, et s'il est vrai que « vie » et « aspirations » évoluent sans paliers comme la durée bergsonienne, il est inévitable que d'un moment à un autre l'ensemble du droit objectif, qui ne se*

¹⁶ Tribunal d'Instance de Poto-Poto, 05 juillet 2002, Revue de droit et du notariat, n°15, 2005, p.20, note Jean BIYOUUDI.

¹⁷ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 2^e édition, 1995, p.50.

¹⁸ M. PLANIOL, in A. SOREL (dir.), *Le Code civil : 1804-1904 : Le livre du centenaire*, Paris, A-ROUSSEAU,

1904, T.2, p.955 et s ;

¹⁹ J. MATOKOT, op, cit, p.3. Du même auteur : *Droit civil congolais*, Etudes juridiques, Cesbc Presses, 2011, p. 92.

²⁰ C. ATIAS, « Les réformes de la législation familiale », *La Revue réformée*, n°220-2002/5 novembre 2002, Tome III ;

renouvèle que par bonds, ne se trouve en parfaite inadéquation avec son objet »²¹.

La doctrine n'est pas unanime pour attribuer un contenu et une nature juridique à cette nouvelle institution²². En effet, pour une partie de la doctrine, le pré-mariage s'identifie aux fiançailles. D'autres juristes pensent que le pré-mariage n'est qu'une composante essentielle du mariage coutumier. D'autres encore, ne faisant pas de distinction entre les fiançailles et le mariage coutumier, pensent que le pré-mariage c'est la réunion de ces deux notions. La diversité de ses manifestations rattachées aux différents usages et coutumes n'aide pas non plus à l'appréhension de cette institution. Quoique l'on dise, le pré-mariage est en même temps une convention à caractère social et une institution du contrôle social du mariage. Ici comme ailleurs, plusieurs sociétés reconnaissent différentes formes d'union, de l'union dite libre, c'est-à-dire sans cérémonie, à des formes de mariage largement codifiées, que ce soit les mariages dits coutumiers, religieux ou civils.

Dans tous les cas, l'union de deux personnes semble toutefois de plus en plus

précédée par une série d'événements strictement individuels -la rencontre, la fréquentation plus ou moins régulière, le début d'une relation sentimentale et sexuelle, etc.-, eux-mêmes suivis d'événements concernant un cercle plus large, celui de la famille et de l'entourage -accord entre familles, organisation des fiançailles par celles-ci, versement d'une compensation matrimoniale, etc.-. L'union pourra alors être sanctionnée par différentes cérémonies où interviennent les membres de cet entourage.

Au Congo, le pré-mariage est défini à l'article 122²³ du Code de la famille comme « *une convention solennelle, par laquelle un homme et une femme, avec l'accord de leur famille, au besoin en présence du Président du comité du village ou du chef de bloc, ou de leur représentant, se promettent mutuellement le mariage* ». Cette définition suscite encore beaucoup d'interrogations chez les juristes²⁴. Certains le considèrent comme une institution très controversée²⁵, tandis que d'autres y voient un objet de curiosité²⁶ juridique. Il est donc la convention solennelle par laquelle un homme et une femme, avec l'accord de leurs familles, au besoin en présence du président du comité du

²¹ K. MBAYE, « L'expérience sénégalaise de la réforme du droit », *RIDC*, vol.22, n°1, janvier-mars 1970, p.35 ;

²² J. MATOKOT, « Le pré-mariage, une curiosité de la famille », *R. d. n.*, n°15, 2005, p.3 ; D. NKOUNKOU, « Le problème de double compagne de sensibilisation relative aux droits de la femme et de l'enfant découlant du code congolais de la famille organisée par l'association des femmes notaire du Congo », *R. D. N.*, n°11 et 12, 2005p. 35 ;

²³ Loi n°073/84, du 17 octobre 1984 portant code de la famille au Congo ;

²⁴ F.J.O. MATOKOT, « Une nouvelle institution dans le droit congolais : le pré-mariage », 1988, *Revue congolaise de droit et du notariat*, n° 15, 2005 : p. 77.

²⁵ TI de poto-poto, 26 avril 2002, note J. BIYOUUDI, *Revue de droit et du notariat*, n°15, 2005, p. 20.

²⁶ Lire à propos : MATOKOT Jonas, « Le pré-mariage une curiosité du code de la famille », *Revue de droit et du notariat*, n°15, 2005, p. 1.

village ou chef de bloc ou de leur représentant, se promettent mutuellement le mariage. Cette définition, lourde de sens, a souvent donné lieu à une incertitude juridique. Car, la notion résulte d'un néologisme à l'initiative des autorités exécutives à l'époque de l'élaboration et de l'adoption du projet de loi portant code de la famille.

La logique observée par le législateur congolais est sans doute celle de la codification-réformation. Le trait marquant de cette codification réformation est la création d'une nouvelle institution précédent le mariage civil, qui ressemble, à s'y méprendre aux fiançailles, dans presque toutes ses conditions de formation et au mariage proprement dit dans ses effets.

Par ailleurs, il y a lieu de constater que dans l'exercice de cette mission, ce dernier n'est pas allé jusqu'au bout de la logique réformatrice. Si bien que cette codification ressemble beaucoup plus à une codification à droit constant qu'à toute autre chose.

De ce constat, on note que ce sujet revêt un intérêt pratique et théorique certain, puisqu'il s'agit de s'interroger sur la nature juridique²⁷ du pré – mariage par rapport aux réalités sociologiques de la société congolaise, voire africaine. Ces différents intérêts nourrissent une interrogation sur la nature juridique du pré-

mariage dans la législation congolaise de la famille.

L'intérêt pratique découle du bilan qui pourrait résulter de l'application et interprétation des dispositions du Code de la famille relatives au pré-mariage. En effet, ce bilan révèle une application à géométrie variable selon que les prétendants se trouvent dans la zone urbaine ou dans la zone rurale. On remarque une forte préférence au pré-mariage -pris comme mariage coutumier- en milieu rural. Tandis que dans les villes, les populations, plus modernes ou en quête de modernité, sont plus portées vers le mariage civil. Cette situation découlant de l'interprétation du pré-mariage constitue un danger pour cette institution car, la règle de droit, quoiqu'il en soit, a une portée générale et impersonnelle. De ce point de vue, elle devrait être appliquée de la même façon aussi bien en milieu urbain que rural.

Par conséquent, ce bilan mitigé appelle une refondation totale du droit congolais de la famille. Ce droit, comme d'autres branches des sciences juridiques, étant une donnée sociale, son élaboration devrait nécessairement prendre en considération les spécificités de la société à laquelle il était destiné.

L'intérêt théorique quant à lui est l'expression de la nécessité d'adaptation des textes juridiques à cette réalité, c'est-à-dire

²⁷ O. F. J. MATOKOT, *Droit civil congolais, études juridiques*, Cesbc Presses, 2011, Paris, p. 92. A. ILOKI, *Le droit du mariage au Congo : Le*

pré – mariage, le mariage à l'état civil, L'harmattan, 2018, Paris, p. 23.

l'institution du pré-mariage en union légale au même titre que le mariage civil. Par conséquent, le pré-mariage ne doit plus être considéré comme un « *mariage à l'essai* »²⁸, dont la durée, au-delà de cinq (5) ans, peut être sanctionnée comme abusive, en application de l'article 126 al. 6 du code de la famille congolais²⁹.

Tout compte fait, il est important de rappeler que le pré-mariage symbolise une « *trêve dans la bataille des droits individuels ; car la loi de la guerre impose le respect de la parole donnée* »³⁰. A ce titre, il est considéré comme une convention spéciale à caractère social (I). Mais, dans la mesure où la société congolaise lui nourrit un intérêt particulier compte tenu de sa finalité sociale, il est un instrument de contrôle social du mariage (II).

I- UNE CONVENTION SPECIALE A CARACTERE SOCIAL

Le mariage est une institution qui évoque l'engagement et la stabilité : c'est la clé de voûte de la famille, elle-même, l'élément le plus essentiel de la société. Comme le concevait Portalis, le mariage est « *la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leurs espèces, pour s'aider par des secours naturels, à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée* »³¹. Loin de se limiter à la

seule fonction procréatrice, le mariage au Congo, comme dans la plupart des Etats Africains, est longtemps demeuré sous le joug des coutumes et de la législation coloniale. Ainsi, le pré-mariage est le fruit d'un accord entre deux familles (A), avant d'être celui des futurs pré-mariés (B).

A) Un accord entre deux familles

Dans la société africaine, le mariage est un acte passé entre deux familles, « *où les intérêts individuels des époux, bien que reconnus formellement ou implicitement, sont en réalité subordonnés aux intérêts dominants, ceux de leurs familles respectives* »³². De ce point de vue, la famille peut être, dans certains cas, le plus grand obstacle à l'union de deux personnes ou le contraire. Son approbation dépend souvent de sa conception morale, philosophique, ethnique, culturelle ou de sa situation sociale. C'est dans ce contexte que le pré-mariage apparaît d'abord comme une union entre deux familles, qui y ont exprimé leur accord, avant d'être un acte solennel entre les pré-mariés. Conscient de cette réalité, le législateur a fait du pré-mariage une « *convention solennelle par laquelle un homme et une femme, avec l'accord de leurs familles (...) se promettent mutuellement le mariage* »³³. Ainsi, le pré-mariage est un accord

²⁸ F.O.J. MATOKOT, *Droit civil congolais*, op. cit, p. 93.

²⁹ Article 126 al 6 : « *La prolongation du pré-mariage au-delà d'une durée de cinq ans pourra être considérée comme abusive* ».

³⁰ G. RENARD, op. cit, p. 365.

³¹ Portalis, « Travaux préparatoires pour la rédaction du Code civil ».

³² T. E. Olawale, *La nature du droit coutumier africain*, Présence africaine, 1998, Paris, p. 168.

³³ Art. 122 du Code de la famille ;

manifestement mutualisé (1). Toutefois, cet accord est de plus en plus contesté (2).

1- Un accord manifestement mutualisé

Du latin « *familia* », signifiant domesticité ou maisonnée, la famille représente un ensemble formé par les parents, les enfants et les serviteurs d'une maisonnée. Mais, cette définition devenue désuète ne sera valable que jusqu'au XVII^e siècle, puisque le concept famille, dans son évolution sémantique, représentera ensuite un ensemble de personnes ayant des liens de parenté par le sang ou par alliance. Certains y voient « *un groupe exclusif de ceux qui sont unis par la parenté*³⁴» et, d'autres la considère comme l'expression la plus légitime de la parenté par alliance³⁵. Quoiqu'il en soit, elle se définit comme le « *siège d'une autorité, puissance maritale et paternelle*³⁶». A ce titre, elle est appelée à se déterminer sur le mariage de l'un de ses membres.

En droit coutumier, le consentement des parents est primordial. C'est lui qui conditionne le mariage des enfants, quel que soit leur âge. C'est d'ailleurs entre les parents que se trame le projet de mariage. Les futurs époux ne sont avisés que lorsque les parents, qui ont eu

l'initiative de marier leurs enfants, avaient fini de vérifier préalablement la réunion de certaines conditions essentielles du mariage et notamment l'absence du lien de parenté pour éviter l'inceste et préserver la bonne moralité des familles concernées.

En effet, les familles³⁷ et la communauté ont longtemps exercé- et exercent encore dans une certaine mesure- un contrôle sur le processus de formation des unions ainsi que sur le vécu des conjoints ou sur les projets du couple. L'entrée en union est fortement régie par les coutumes dont les normes, prescriptions et proscriptions doivent être scrupuleusement respectées. Dans la société congolaise, il revient parfois à la communauté de définir qui peut se marier, avec qui, quand et comment. En effet, au-delà de l'union de deux individus, le mariage traditionnel consacre l'alliance de deux familles ou de deux villages, relevant d'enjeux politiquement, socialement ou économiquement rationnels. Les familles ou les lignages se réservent un droit de regard prépondérant pour la concrétisation d'unions préférentielles dans la parentèle.

Dans le code de la famille congolais, le législateur a voulu que les parents se déterminent à la promesse de mariage de leurs enfants. Cette

³⁴ L. LEMOINE- E. GAZIAUX – D. MULLER, *Dictionnaire encyclopédique d'éthique chrétienne*, Cerf, Paris, 2013, p. 953.

³⁵ S. Y. C. NKODIA, *Le divorce comme négation de l'amour conjugal : ses conséquences sur l'enfant*, Edilivre, Paris, 2019, p. 19.

³⁶ G. RENARD, *La théorie de l'institution : Essai d'ontologie juridique*, Recueil Sirey, Paris, 1930, p. 124.

³⁷ Dans les sociétés africaines, le mariage est perçu comme un contrat solennel passé entre deux familles, lire à propos : T. OLAWALE ELIAS, *La nature du droit coutumier africain*, Présence Africaine, 1998, Paris, p. 168.

détermination se manifeste à travers un accord, donné par les deux familles. Ainsi, cet accord doit être considéré comme une « *autorisation au pré-mariage*³⁸ » de leurs enfants. Cette omniprésence de la famille dans le processus du pré-mariage ou du mariage est une tradition séculaire qui a pour avantage de faire la promotion de la tradition africaine. Elle permet également de considérer la famille africaine comme un maillon essentiel de la société africaine. Toutefois, cette omniprésence de la famille rencontre quelques difficultés liées, sans doute, à l'évolution de la société.

Depuis quelques années, la plupart des pays d'Afrique subsaharienne sont engagés dans une transition de la nuptialité, caractérisée entre autres par une certaine privatisation du mariage³⁹. Les lignages où les familles choisissent moins souvent qu'auparavant le conjoint et les décisions relatives au mariage reposent davantage sur le couple que sur la famille⁴⁰. Cette émancipation des individus est à même de favoriser, ultérieurement, une plus grande négociation entre les époux dans les prises de décision concernant la fécondité et la contraception.

A l'intérieur du pays, jusqu'à une époque assez récente, les unions scellées conformément au droit traditionnel et sous le contrôle des aînés, se faisaient préférentiellement au sein d'une même entité culturelle. On a ainsi des cas d'endogamie ethnique, lignagère, clanique, familiale ou religieuse. La norme d'union restreint le choix du conjoint à une personne partageant le même système de valeurs que la famille d'origine. L'endogamie est souvent proscrite au sein de la famille, au risque d'une assimilation à l'inceste. Le choix du conjoint ou de la conjointe doit s'opérer dans une autre filiation ou un autre lignage, mais doit parfois appartenir à la même ethnie. La règle se résume donc à une double obligation d'endogamie ethnique et d'exogamie clanique ou familiale. L'ethnie continuant de constituer le socle identitaire des peuples, la communauté de vie procède ainsi de la communauté de culture, d'idéologie, de langue, de tradition, d'us et coutumes -en un mot, le reflet de soi chez l'autre.

Dans ces sociétés traditionnelles, la formation des couples à travers les unions préférentielles répondrait au souci de maintenir et de développer des alliances d'une part et à la nécessité de répondre à l'objectif de reproduction du groupe d'autre part⁴¹. Parallèlement à ces

³⁸ A. ILOKI, op, cit, p. 25.

³⁹ P. ANTOINE et N. DJIRE, « Crise et évolution des comportements matrimoniaux à Dakar », dans F. Gendreau (dir.), *Crises, pauvreté et changements démographiques dans les pays du Sud*, Paris, AUPELF-UREF et ESTEM, 1998, p. 203-218.

⁴⁰ V. HERTRICH, « Permanences et changements de l'Afrique rurale. Dynamiques familiales chez les Bwa du Mali », Paris, CEPED, 1996.

⁴¹ T. LOCOH « Les facteurs de la formation des couples », dans G. Caselli, J. Vallin et G. Wunsch (dir.), « Démographie : analyse et synthèse, vol. 2 : Les déterminants de la fécondité », Paris, INED, p. 103-142.

objectifs de création ou de consolidation des liens d'amitié et d'assistance entre filiations, le mariage au sein de la parentèle facilite l'insertion familiale de l'épouse et le contrôle des richesses (terres, cheptel). Dans le même ordre d'idées, la religion contribue à l'instauration d'un système de valeurs et de comportements communs à des individus de même obédience. Les normes traditionnelles continuent certes d'être la référence pour un certain nombre d'unions, mais avec les mutations consécutives au changement social observé dans la plupart des pays africains, on assiste à l'émergence de stratégies matrimoniales individuelles prenant le pas sur les valeurs traditionnelles.

Avec le choc des cultures consécutif à l'urbanisation et la modernisation, les idéaux traditionnels perdent du terrain au profit d'un nouvel ordre culturel combinant les innovations et les emprunts à la tradition. De nouvelles normes et stratégies matrimoniales émergent, répondant moins à un déterminisme communautaire qu'à une initiative individuelle des conjoints, dorénavant principaux acteurs du choix de leur partenaire et du processus devant aboutir à l'union. L'influence culturelle extérieure, conjuguée à la mobilité spatiale vers les centres urbains notamment, favorise le brassage de groupes sociaux, d'origines ethniques et d'obédiences religieuses diverses. De ce brassage des cultures naît progressivement un « brassage de cœurs » qui s'inscrit en porte à

faux avec la normalité traditionnelle des alliances matrimoniales. En tout état de cause, cet accord produit néanmoins certains effets, qui seront là aussi limités.

2- Un accord de plus en plus contesté

Au Congo, comme dans d'autres pays africains, le mariage en général est fortement valorisé et transcende largement la responsabilité des conjoints⁴². C'est une affaire de la collectivité, qui concrétise un engagement entre deux groupes sociaux aux termes d'échanges symboliques ou matériels souvent longs. C'est souvent aux aînés sociaux, chefs de ménage ou doyens d'âge, que revient l'initiative de négociation du mariage des différents membres sous tutelle des clans ou des lignages respectifs.

Le processus de négociation peut, dans la suite de son déroulement, intégrer d'autres acteurs familiaux comme les tantes ou les oncles des futurs conjoints. Les conjoints eux-mêmes, qui sont les premiers concernés, sont généralement les derniers à être consultés ou informés, aussi bien pour le choix du partenaire que pour la concrétisation de l'union. Le conformisme au choix ou à la décision familiale est de rigueur, sous peine de bannissement du clan, de représailles physiques ou mystiques. Soumis à l'assujettissement familial, les futurs conjoints n'ont aucun droit d'objection à la décision des aînés ou de la famille.

⁴² A. ILOKI, op, cit, p. 25.

Et pourtant, les parents ne devraient donner qu'une autorisation⁴³ postérieure à l'accord des futurs époux quoique de valeur concurrente à ce dernier, car susceptible d'empêcher la réalisation de la manifestation de la volonté des parties. Cet accord des familles⁴⁴ devra être spécial en ce sens qu'il visera nommément les pré-mariés, sans équivoque. Il est recueilli concomitamment au pré-mariage, lors de la cérémonie solennelle y relative.

Il est donc évident que cette autorisation spéciale a pour principal effet de lier deux familles⁴⁵. Plus qu'une autorisation, elle devient presque un acte contraignant à l'égard de deux familles. Ceci est d'autant plus vrai que sa révocation peut avoir des conséquences dramatiques pour la famille de l'auteur de l'acte jugé préjudiciable. Telle a été la portée du jugement rendu par le Tribunal d'instance de Poto-Poto, en date du 11 mars 2002 : *« Qu'en l'espèce sieur M. Jean a fait des présents au profit de la pré-mariée dont il demande la restitution ; Que le tribunal tout en accédant à cette demande possède des éléments nécessaires pour pouvoir rendre raisonnable et digne les différentes restitutions dans la mesure où la pré-mariée, ne les conteste pas ; Que dame T. Laure doit restituer 100. 000 FCFA de dot et 50. 000FCFA de cadeau, la boisson locale à hauteur*

de 30 casiers de différents goûts ; Qu'il sied ainsi pour mettre fin au pré-mariage de prononcer la rupture avec reprise de propres de chacun des époux sans condition⁴⁶ ».

Par ailleurs, il faut reconnaître que cette intrusion de la famille se trouve limitée par l'accord des futurs pré-mariés eux-mêmes qui se promettent mutuellement le mariage.

Dans une société restée fidèle à ses usages traditionnels, il est encore difficile au droit de se saisir des questions dont les familles conservent jalousement l'exclusivité. Dans cette optique, penser aux effets produits par l'accord entre les familles respectives des futurs pré-mariés revient à les rechercher sur un aspect beaucoup plus symbolique que juridique. Car rares sont les affaires portées devant le juge congolais⁴⁷ en rapport avec le pré-mariage et plus précisément avec la violation de l'accord passé entre les familles des pré-mariés. Ces dernières privilégient le plus souvent, sinon toujours, le règlement amiable des différends autour des sages, anciens, chefs de quartiers etc. En l'absence de prescriptions contraignantes en la matière, ces effets sont symboliques ou moraux. Nonobstant l'emprise toujours présente des groupes sociaux sur les unions matrimoniales, il n'en demeure pas moins que les intéressés eux-

⁴³ A. ILOKI, op, cit, p. 24.

⁴⁴ O. F. J. MATOKOT, op, cit, p. 91. Cet auteur estime que l'accord de deux familles est fondamental dans la célébration du mariage, ainsi donc, « le consentement des seuls futurs époux est impuissant à faire un mariage ».

⁴⁵ A. GABOU, *Le mariage congolais ladi et koukouya*, Brazzaville, édition St paul, 1979.

⁴⁶ TI de Poto-Poto, 11mars 2002, revue de droit et du notariat, n°15, 2005, p. 20, note J. BIYOU DI.

⁴⁷ A. ILOKI, op, cit, p. 25.

mêmes soient actifs dans la formation des couples puisqu'ils n'en sont pas totalement exclus. La liberté matrimoniale des futurs époux se traduit, en ce qui concerne le pré-mariage, par l'échange de la promesse de mariage entre ces derniers.

Au regard de ce qui précède, il est nécessaire de retenir qu'en dépit du consentement des pré-mariés, la loi fait intervenir d'autres acteurs importants dans la formation du pré-mariage. Il s'agit des parents⁴⁸ des intéressés qui doivent, eux-aussi, consentir à l'acte juridique. Mais, l'accord des familles n'a pas une valeur juridique réelle car, seul le consentement donné par les futurs pré-mariés a une valeur juridique certaine.

B- Une promesse entre les futurs pré-mariés

Qu'il s'agisse du mariage ou du pré-mariage, au Congo, l'union matrimoniale concerne deux personnes de sexe opposé qui, après la célébration, seront appelées à partager une vie commune. Il est donc important voire fondamental que chacune d'elles exerce ses droits constitutionnels⁴⁹ : celui de se marier ou de ne pas se marier, celui de choisir librement son conjoint⁵⁰. En tant que phase préalable au mariage civil, le pré-mariage n'en demeure pas

moins un accord entre l'homme et la femme⁵¹. C'est un avant-contrat ou un contrat préparatoire au mariage, qui comme tout autre contrat doit obéir non seulement aux règles de droit commun qui gouvernent tous les contrats⁵², c'est-à-dire le consentement, la capacité, l'objet et la cause prescrits par le Code civil⁵³, mais aux conditions qui gouvernent le mariage exceptées celles relatives à l'âge. Sa cause réside dans la définition donnée par le Code de la famille. C'est une convention solennelle par laquelle un homme et une femme « se promettent » mutuellement le mariage. Cette promesse de mariage devra être faite librement, sans contrainte, par chacun des intéressés. Il est donc nécessaire d'examiner l'objet de la promesse (1) ainsi que les conséquences pouvant en résulter (2).

1- L'objet de la promesse

Au sens étymologique, la promesse vient du verbe « *promettre* ⁵⁴ » qui signifie le fait de s'engager à faire quelque chose. Et si cette chose est le mariage, la promesse de mariage est donc l'engagement que prend personnellement chacun des pré-mariés envers l'autre de contracter mariage avec lui plus tard.

⁴⁸ T. E. OLAWALE, *La nature du droit coutumier africain*, Présence Africaine, Paris, 1998, p. 168.

⁴⁹ Art. 38 de la Constitution du 25 octobre 2015.

⁵⁰ Art. 12 DUDH; Art. 16 CEDH.

⁵¹ A. ILOKI, op, cit, p. 26.

⁵² A. ILOKI, op. cit, p. 24.

⁵³ Art. 1128 Code civil réformé en France.

⁵⁴ A. ILOKI, op, cit, p. 26.

La promesse vise le mariage et, à ce titre, désigne une assurance que donne le pré-marié d'épouser la pré-mariée et vice versa.

Le mariage constitue donc l'objet de promesse faite réciproquement par les pré-mariés. Il est l'objectif des intéressés qui, avant de contracter le mariage, doivent passer par une période préparatoire⁵⁵. Car, en théorie, à ce stade, les futurs mariés sont supposés ne pas suffisamment se connaître au point de se choisir l'un et l'autre comme partenaires pour le reste du séjour terrestre, sous réserve d'un divorce.

Il s'agit d'un accord qui existe toujours même s'il présente des degrés de formalisme très variés : le consentement donné lors du mariage est toujours l'aboutissement d'une telle promesse préalable, au moins nécessaire à la mise en route des formalités de la célébration. Cet accord lui-même, n'étant pas instantané, s'est formé progressivement. D'où, cette promesse revêt d'une importance capitale telle qu'il a fallu l'ériger en convention.

Sociologiquement, le pré-mariage est une sorte de transition du célibat au mariage. La variété classique met l'accent sur l'annonce du projet de mariage au groupe social et sur la préparation morale,

matérielle, voire religieuse de l'union future.

Sur le plan juridique, l'existence de cette promesse suffit. Voilà pourquoi elle est accompagnée par une publication auprès de l'entourage. Même s'il est évident que dans une autre approche, il s'agira d'une ébauche beaucoup plus poussée de l'union, accompagnée d'une cohabitation. Faut-il rappeler qu'en pratique, la plupart des pré-mariés cohabitent avant leur mariage. Faisant intervenir les pré-mariages le plus souvent entre les concubins ; ils sont devenus une sorte de transition du concubinage au mariage, par adjonction au simple concubinage d'une promesse de mariage. Cela n'exclut pas le fait qu'elle soit insusceptible de produire des effets.

2- Les effets de la promesse du pré-mariage

Il faut s'empresse de relever que, malgré le caractère conventionnel du pré-mariage, la promesse qui en découle ne produit pas les mêmes effets que la promesse synallagmatique du contrat.

En effet, la promesse de mariage est un engagement pris envers une personne de

⁵⁵ L'on serait tenté de la qualifier de « période d'essai ».

contracter mariage⁵⁶ avec elle, qui n'oblige pas juridiquement son auteur -celui-ci pouvant toutefois être condamné à des dommages-intérêts en cas de rupture abusive-. A contrario, la promesse synallagmatique de contrat, elle, est un accord de volontés par lequel deux personnes s'engagent réciproquement et définitivement dans les termes d'un contrat dont les conditions essentielles, au moins, sont déterminées et qui équivaut au contrat lui-même⁵⁷.

Indépendamment de tout ce qui vient d'être dit, et pour revenir au sujet, il est important de noter que les effets de la promesse du pré-mariage se manifestent de trois manières : la cohabitation, la détermination du régime matrimonial et le versement de la dot⁵⁸.

En ce qui concerne la cohabitation, l'article 125 du code de la famille dispose qu'« au cours du pré-mariage, les pré-mariés peuvent se rendre visite ou cohabiter conformément aux usages. S'ils ne cohabitent pas, ils doivent se respecter mutuellement et se conduire l'un et l'autre d'une manière réservée à l'égard des tiers ».

Quel que soit leur âge, le législateur leur offre la possibilité de cohabitation.

Cette expression recouvre à la fois la cohabitation matérielle qui est le fait de partager un même toit, mais également la cohabitation physique, dénommée dans le mariage, « devoir conjugal ».

Ayant permis la cohabitation des pré-mariés, la loi prévoit en outre une présomption de paternité dans le cas où un enfant viendrait à être conçu pendant le pré-mariage. En effet, l'article 125 alinéa 4 dispose que « l'enfant né pendant le pré-mariage a pour père le pré-marié de sa mère, sauf en cas de contestation de paternité ». Il s'agit là de la présomption de paternité *Pater is est quem nuptia* démontrant qui suppose un devoir de fidélité, car l'infidélité des pré-mariés constitue un motif légitime de rupture du pré-mariage.

Pour ce qui est du régime matrimonial, prévu par l'article 125, al 5, les pré-mariés qui vivent sous le même toit, ne peuvent adopter qu'un seul type de régime matrimonial, pour l'administration de leurs biens, celui de la séparation des biens.

Sur ce qui précède, on peut retenir que la condition d'application du régime matrimonial est la cohabitation. En effet,

⁵⁶ A. ILOKI, op, cit, p. 81.

⁵⁷ Ibidem ;

⁵⁸ O.F.J. MATOKOT, *Droit civil congolais*, CESBC Presses, Paris, p. 92.

pour se voir appliquer ce régime, les pré-mariés doivent habiter ensemble.

Et s'ils n'habitent pas ensemble, quel serait alors le régime matrimonial applicable ? Sur ce point, les dispositions de l'article 125 al 4 sont restées silencieuses. Peut-être qu'il serait nécessaire, dans le cadre d'une réforme de cette institution, d'harmoniser l'application de ce régime pour les pré-mariés : qu'ils cohabitent ou pas.

Dans la même perspective, il serait également logique de régler le problème de la succession lié au pré-mariage. En effet, l'alinéa 4 du même article nous enseigne que les pré-mariés ne « *peuvent pas se succéder l'un à l'autre* ». Là aussi, il s'agit d'une injustice à réparer. Lorsque la loi modifie les institutions coutumières existantes et établit un ordre nouveau, comme c'est le cas avec la consécration du pré-mariage, sa « *réception intellectuelle peut être source de difficultés*⁵⁹ ». La première difficulté liée aux effets du pré-mariage pourrait être l'interdiction de principe faite aux pré-mariés de se succéder. Même si on considère que le pré-

mariage est une situation transitoire débouchant au mariage civil, il n'en demeure pas moins qu'il produit des effets. A ce titre, il serait logique de permettre aux pré-mariés de se succéder l'un à l'autre.

S'agissant de la dot⁶⁰, on constate qu'elle n'est pas définie par le Code de la famille congolais⁶¹. La doctrine a essayé d'en préciser les contours. Ainsi, pour M. J. B. BOUBOUTOU considère que la dot est une « *compensation économique de la perte que représente le départ de la jeune fille de la famille d'origine, mais aussi un homme qu'il faut nécessairement rendre à la famille de la jeune qui accepte l'affaiblissement du clan*⁶² ». Il ressort de cette définition que la dot est une compensation économique liée au départ d'une jeune fille de sa famille biologique vers une nouvelle famille créé par le fait de la loi.

En effet, la dot dans le droit congolais est donc, en réalité, constituée par des obligations patrimoniales qui s'exécutent en nature et en somme d'argent. Plus concrètement, il s'agit de présents faits aux parents de la future pré-

⁵⁹ N. M. A. MOUTHIEU, « La problématique des situations de fait en droit patrimonial de la famille : Cas des femmes et des enfants », in *Mélanges en l'honneur du Professeur N. DIOUF*, Tome 1 : *Justice*, p. 413.

⁶⁰ S. ONDZE, « L'inefficacité de la réglementation de la dot en droit de la famille congolais », *Revue congolaise de droit et des affaires*, n°15, 2014, p. 36.

⁶¹ A. KEBI-MOUNKALA, *Le droit congolais de famille, Filiation, régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, l'Harmattan, Coll, « Etudes africaine, 2008, p. 51.

⁶² J.M. BOUBOUTOU, « Réflexions sur certains aspects de la loi n° 073/84 du 17 octobre 1984 portant organisation du Code congolais de la famille », in revue juridique et politique, indépendance et coopération, n°3-4, p. 981.

mariée. Toutefois, en contre partie de ces présents, le prétendant ou plutôt sa famille reçoit de la famille de la future pré-mariée des prestations qui elles sont toujours en nature, marquant ainsi le consentement au pré-mariage, scellant ainsi l'union entre deux familles d'abord, avant d'être l'union de deux personnes. C'est cette réciprocité de prestations de la dot que le législateur moderne a éludée, transformant la dot en une action à sens unique, donnant ainsi l'impression qu'il s'agit d'un achat⁶³ de la part du pré-marié, alors qu'il s'agit en réalité d'un échange de prestations.

Le versement de la dot⁶⁴ fait également partie des effets que peuvent produire la promesse de mariage faite par le pré-marié au profit de la pré-mariée ou précisément à sa famille. Le Code de la famille prescrit plusieurs types de dot. Elle peut être payée en nature, ou en espèce ou sous les deux formes en même temps⁶⁵. La dernière figure dotale est la plus répandue. Lorsque la dot est à la fois en nature et en espèces, il est délicat d'évaluer

précisément le montant précis de la dot. En effet, l'argent liquide est introduit dans une enveloppe, dont l'auditoire présent à la cérémonie du pré-mariage ne connaîtra jamais le véritable montant, parce qu'il est un secret des parents de la future épouse et des intermédiaires, s'il en existe. La remise en public de l'argent liquide permettrait d'évaluer précisément le montant de la somme. La dot en nature est constituée de divers biens qui ne sont pas définis par la loi. Les objets constituant la dot sont encadrés par les costumes. En règle générale, la future épouse ou la pré-mariée indique discrètement les préférences de ses parents au futur pré-marié.

S'il est acquis que le pré-mariage est une convention aux traits sociologiques et une tradition consacrée par le législateur de 1984, comme susmentionné supra, il doit entretenir des similitudes avec d'autres notions sociales plus connues, à l'instar des fiançailles. La question souvent débattue en doctrine est celle de savoir s'il constitue un synonyme au « *mariage coutumier*⁶⁶ »

⁶³ En effet, certains juristes, surtout féministes, pensent que la dot marque la valeur patrimoniale de la future épouse. Pour d'autres, la dot rétribue d'une certaine façon l'investissement consacré par la famille, pour l'entretien et l'éducation de la future épouse, comme si de tels actes de la part des parents étaient exclusifs aux femmes. Les tenants de ces thèses assimilent la dot à un prix d'achat et la femme à une marchandise dont le mari pourra disposer à sa guise. Pour ces personnes, parler de dot, c'est porter atteinte au droit de la femme. Aussi, contestent-elles l'introduction de la dot dans le droit civil congolais moderne, soutenant qu'il s'agit d'un retour en arrière, d'une atteinte à la dignité et à la

liberté de la femme. Telle est la position extrême de de certaines femmes : CF : O.F.J. MATOKOT, op, cit, pp :98- 99.

⁶⁴ O.F.J. MATOKOT, op, cit, p. 92.

⁶⁵ Art. 140 du Code de la famille.

⁶⁶ C. MBA-OWONO, *Précis de Droit Civil gabonais : Les personnes – Les incapables*, édition DIANOÏA, 2019, Paris, p. 171 : « Le mariage coutumier n'est pas interdit au Gabon, mais sa célébration n'emporte aucune conséquence sur l'union matrimoniale. A la limite, en application des articles 377 à 388 du Code civil gabonais, elle peut permettre de rapporter la preuve de l'existence d'une union libre (article 379 al 2) ».

revendiqué par les députés et/ou des fiançailles d'origine française. En ce qui nous concerne, il faudra relever qu'il est une institution du contrôle social du mariage.

II- UN INSTRUMENT DE CONTRÔLE SOCIAL DU MARIAGE

Le pré-mariage consacre, de manière peu claire, l'entrée de la tradition dans la législation familiale congolaise. Comme dans la plupart des législations africaines où la part de la tradition et de la modernité sont souvent recherchées⁶⁷, le droit congolais de la famille légalise une institution coutumière⁶⁸ en faisant d'elle une condition de validité du mariage civil (B). Ici, après analyse, on constate que le législateur congolais a manqué l'occasion de faire une grande réforme. Il aurait pu faire du pré-mariage un mariage à part entière. C'est-à-dire une institution autonome au mariage civil.

Quoiqu'il en soit, la coutume est partout présente dans les pratiques qui concourent

à la préparation et à la célébration du pré-mariage. Ainsi, le pré-mariage est devenu un avatar de la coutume (A).

A) Un avatar du mariage coutumier

Etymologiquement, le mot « avatar » signifie le fait de transformer un objet ayant déjà subi plusieurs modifications. Dans le cadre de cette étude, le pré-mariage serait considéré comme un avatar du mariage coutumier.

En effet, l'historicité de l'institution du code de la famille, et par ricochet celle du pré-mariage, ne cache pas la volonté du Gouvernement de l'époque, à travers son ministre de la justice, d'instituer les fiançailles. Face à la contestation et aux revendications des députés, il s'était résolu de faire que toute l'ossature du texte conçu pour régir les fiançailles demeure intact sauf que ce mot cédait sa place à son substitut, le « pré-mariage ». Et pourtant, l'article 124 du Code de la famille, en disposant que : « (...) *Le pré-mariage est réglé par les usages et la tradition pour tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions de ce présent Code* »⁶⁹ a par là même assimilé le pré-mariage au mariage coutumier. Car, le législateur a laissé une

⁶⁷ M. THIOYE, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *RDIC*. 2005, p.345 et s.

⁶⁸ C'est une constance dans les législations familiales africaines d'introduire des institutions coutumières V° par exemple au Cameroun Thérèse

ATANGANA-MALONGUE, « La réception des institutions traditionnelles dans la codification du droit de la famille au Cameroun », in *De l'Esprit du droit africain, op.cit.*

⁶⁹ TI de poto-poto, 26 avril 2002, note J. BIYOU DI, *Revue de droit et du notariat*, n°15, 2005, p. 20.

liberté formelle aux intéressés en ce qui concerne la cérémonie de pré-mariage. Cette liberté laisse place aux usages et des traditions qui y conservent une certaine emprise (1). Par ailleurs, la présence de l'autorité administrative y est facultative (2).

1- L'emprise des usages et traditions dans la formation du pré-mariage

En l'absence de définition légale, par usages, il faut entendre « *une véritable règle de droit, désigne souvent une pratique particulière à une profession - usages professionnels-, à une région - usages régionaux- ou à une localité - usages locaux- et dont la force obligatoire est variable* »⁷⁰.

Autrement dit, il s'agit d'une pratique rendue normale par son ancienneté dans la société où elle a cours ou par la fréquence de son utilisation par la population concernée. Dans ce sens, les usages sont synonymes de coutume. Celle-ci étant « *une simple répétition de faits s'imposant à une communauté par la fréquence matérielle (...) évoquant une utilisation soit spontanée, soit morale, soit individuelle, soit sociale, d'un objet ou*

d'une collection d'objet. C'est une manière d'être habituelle et constante à leur propos dans les mêmes circonstances ; une même façon d'agir et de se comporter »⁷¹.

Le choix de ce terme procédait de la volonté de contourner les députés pour éviter de légiférer sur le mariage coutumier. Pour ses « inventeurs » -le mot n'existant pas dans le vocabulaire de la langue française-, le pré-mariage a la valeur de mariage qui existe avant le mariage célébré par l'officier d'état civil. Il s'agissait en réalité d'un subterfuge destiné à régir les fiançailles en lieu et place du mariage coutumier sans se préoccuper des régimes bien différents qui les caractérisent. C'est essentiellement ce procédé qui explique l'imbroglio juridique qui entoure cette notion de « *pré-mariage* » dont les contours sont incertains.

Par ailleurs, l'imbroglio juridique réside dans une incompatibilité flagrante et une contradiction illogique entre les différentes dispositions du Code de la famille. L'article 808 du Code de la famille dispose qu'à cette date⁷² « les dispositions du code civil, des textes législatifs, réglementaires, les coutumes cessent d'avoir force de loi, ou de coutume au

⁷⁰ G. CORNU, Vocabulaire juridique 12e édition, PUF, 2018, p. 2220 ;

⁷¹ P. LENGA, Droit traditionnel Congolais, UMNG, Cours, 1ere année, 1983/1984, p. 24 et 39 ;

⁷² 17 octobre 1984 : date de l'adoption du Code de la famille ;

Congo dans les matières qui font l'objet du Code de la famille ». Tandis que l'article 124 alinéa 2 dispose que « le pré-mariage est réglé par les usages et la tradition pour tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions de ce présent Code » et que l'article 141 insiste sur la dimension coutumière en imposant au futur époux de verser la dot « conformément à la coutume des parties (...) ».

Il est donc convenable que « *de nos jours encore, le code de la famille en vigueur au Congo Brazzaville reconnaît la légitimité du mariage traditionnel ou coutumier* »⁷³. Mais dans un pays réputé pour sa diversité coutumière, cette approche semble risquée, inadaptée faute de leur uniformisation. Les diverses prescriptions et traditions propres aux groupes ethniques rendent difficiles leur acception et leur légitimité sur toute l'étendue du territoire au risque de se heurter à des contradictions plus ou moins importantes car chaque groupe voulant mettre en avant sa propre conception et ce, parfois, au détriment de celle des autres. Les rivalités ethniques y règlent leurs comptes dans des circonstances où devrait régner le souci d'unir les familles. Que dire de la place qu'occupent les pratiques

coutumières auprès des autorités administratives ?

Ces dernières ne pouvant se prévaloir de la totale maîtrise de ces pratiques n'y accorderont qu'une appréciation formelle et non-objective. Ce facteur déconstruit l'unité nationale et remet en cause la sécurité juridique que le code de la famille a pour ambition de garantir à travers une législation unique, applicable à l'ensemble des citoyens congolais.

La tradition caractérise l'ensemble des informations, quelque peu légendaires, issues de l'oralité, qui concernent le passé et qui sont transmises de génération en génération. Elle est la somme des attitudes positives que l'on maintient ou que l'on perpétue, lesquelles symbolisent les manières de penser, de faire ou d'agir en se référant au passé.

A bien y voir, les usages et la tradition sont apparentés au point de réunir les éléments constitutifs de la coutume dont ils sont la manifestation. C'est alors qu'il apparaît une préférence doctrinale de la notion de tradition que l'on considère comme « une coutume améliorée par rapport à l'intelligence humaine »⁷⁴. Une partie de la doctrine s'accommode bien de l'emploi de la notion de « coutume »

⁷³ J. MALOUMBI-SAMBA, « Longo : le mariage kongo, ICES », p. 28 ;

⁷⁴ P. LENGA, op. cit. n°27.

qu'elle assimile aux usages auxquels se soumettent les pré-mariés en matière de visites ou de cohabitation⁷⁵.

A ce sujet, le code renvoie aux usages et à la tradition pour la forme du pré-mariage. Cependant, cela serait en contradiction flagrante avec les objectifs affichés par le législateur. En effet, le rapport de présentation du projet du code de la famille révélait que : « *Les auteurs n'ont pas eu pour préoccupation principale de respecter les coutumes et ils ne se sont pas efforcés de rechercher une ligne médiane à travers la diversité des coutumes. Leur objectif essentiel a été de faire un code moderne qui constitue un outil de travail efficace pour les juristes et en même temps un code africain et spécifiquement congolais* »⁷⁶.

Au regard de ce qui précède, il paraît évident que les rédacteurs du code de la famille n'aient pas pu aménager quelques espaces dans ce texte au bénéfice de la coutume dont la suppression même était prônée pour satisfaire aux exigences de la modernité⁷⁷. Dans ces conditions, on ne peut espérer la mise en œuvre

rationnelle de l'article 124 du code de la famille dans son alinéa 2 relatif aux conditions de forme du pré-mariage. Cela met en cause l'intérêt même de cette institution dont la portée est rendue problématique à la base par le législateur lui-même qui l'avait pourtant jugée indispensable dans le processus du mariage.

L'une des difficultés d'unification de la législation nationale en matière matrimoniale par le législateur de 1984 a été celle de concilier tradition et modernité sans prendre position pour l'une ou l'autre. Cette difficulté est d'autant plus pertinente que la présence de l'autorité administrative n'est pas obligatoire

2- La présence facultative de l'autorité administrative

La célébration du mariage est faite sous la surveillance administrative de l'autorité de l'état civil. Il est, comme le constate le Professeur Serge GUINCHARD, « *le pivot du système puisqu'il célèbre* »⁷⁸ le mariage, conformément aux textes en vigueur. Il joue donc un rôle très important dans le

⁷⁵ D. AMBOULOU, *Le notariat congolais de 1960 à nos jours*, préface de Charles Emile APESSE, Brazzaville, Hamar, 2005, p. 53 ;

⁷⁶ Voir A. ILOKI, *Le droit du mariage au Congo : le pré-mariage, le mariage à l'état civil*, études africaines, L'Harmattan, 2008, p. 20 ;

⁷⁷ Art. 808 du Code de la famille congolais dispose que : « Abrogation des dispositions antérieures. A

cette date les dispositions du Code Civil, les textes législatifs, réglementaires, les coutumes cessent d'avoir force de loi, ou de coutume au Congo dans les matières qui font l'objet du Code de la famille... ».

⁷⁸ S. GUINCHARD, « Le mariage coutumier en droit Sénégalais », In *Revue internationale de droit comparé*, 1978, p. 813.

processus de célébration du mariage, au sens où il devient presque juge des formalités consacrant le mariage. A ce titre, « *administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale*⁷⁹». L'autorité d'état civil est donc véritablement une autorité administrative.

S'agissant du pré-mariage, les dispositions de l'article 121 du Code de la famille ne rendent pas obligatoire la présence d'une autorité pendant la célébration du pré-mariage.

L'absence de l'autorité administrative pourrait se justifier par la volonté du législateur congolais d'éviter d'alourdir la procédure de célébration du pré-mariage.

En effet, selon la formule consacrée de l'article 121 du Code de la famille, les pré-mariés se promettent mutuellement le mariage avec l'accord de leurs familles et « *au besoin devant le Président du comité du village ou du chef de bloc ou de leurs représentants* ».

L'expression « au besoin » est susceptible d'évoquer la possibilité de recourir à cette autorité administrative en

cas de nécessité. Par conséquent, il s'agit donc d'une condition facultative⁸⁰ du pré-mariage. Par ailleurs, la loi n'indique pas les cas susceptibles d'exiger la présence de l'autorité administrative.

Sur le plan juridique, l'absence de l'autorité administrative dans la célébration du pré-mariage pourrait poser quelques problèmes pratiques. Le premier problème, c'est celui du respect des dispositions légales. Pendant la célébration du pré-mariage, l'officier d'état civil devrait voir si les futurs pré-mariés avaient respecté les dispositions légales réglementant le pré-mariage, notamment l'obligation incombant au pré-marié de donner les cadeaux à la pré-mariée ainsi qu'à sa famille.

Le deuxième problème qui pourrait être causé par l'absence d'une autorité administrative, c'est celui de l'ordre public de la famille. En jouant le rôle du juge des formalités, l'autorité administrative protège aussi bien la famille du pré-marié que celle de la pré-mariée d'une mauvaise surprise. A cet effet, elle pourra vérifier si la dot⁸¹ a été effectivement versée par le pré-marié.

⁷⁹ P. MOUDOUDOU, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative du Congo -Brazzaville*, Presses Universitaires de Brazzaville, 2019, pp, 175-176.

⁸⁰ A. ILOKI, *op, cit*, p. 26.

⁸¹ A. ILOKI, *op, cit*, p. 31.

Dans la perspective d'une réforme du Code de la famille congolais, on pourrait, par exemple, envisager que la présence du chef du quartier se limite à constater quelques irrégularités dans la préparation du pré-mariage. Il serait donc important de faire évoluer la législation nationale en rendant obligatoire la présence de l'autorité administrative.

A l'instar du Sénégal, et profitant de ce que la présence de l'autorité administrative soit facultative, nous proposons dans le cadre de cette étude que certaines dispositions du pré-mariage soient modifiées pour le rendre conforme aux réalités sociologiques du Congo. A cet effet, cette réforme va consister à donner la possibilité à l'officier d'état civil de constater l'existence du mariage coutumier. Ce constat lui permettra de vérifier si les futurs époux ont bien respecté les conditions y relatives.

Ainsi, le mariage coutumier ne pourra être constaté que lorsque les futurs époux auront respecté une coutume matrimoniale en usage en République du Congo. Cette proposition permet de réhabiliter l'autorité de l'Etat dans l'organisation des pré-mariages.

B) Une condition de fond du mariage

La célébration du mariage est subordonnée à l'organisation du pré-mariage. Par cette déclaration, le législateur congolais a fait du pré-mariage une des conditions de fond du mariage.

On n'en veut pour preuve les dispositions de l'article 123 du Code de la famille qui affirment « *qu'on ne peut contracter le mariage sans avoir fait célébrer le pré-mariage ou avoir obtenu des parents une déclaration écrite selon laquelle le pré-mariage sera célébré ultérieurement à la célébration* ». Il ressort de ce texte que le pré-mariage est une institution importante à la célébration du mariage. *A priori* ou *a posteriori*, la célébration du mariage ne saurait intervenir sans avoir procédé à la célébration du pré-mariage. Ce qui, en la forme, fait de lui une condition de fond du mariage, en ce que sa célébration est nécessaire (1). Même s'il est possible d'obtenir le report de cette célébration (2).

1- La nécessité de la célébration du pré-mariage

Le pré-mariage, comme son nom l'indique, est une institution qui précède le mariage. Son emplacement⁸² dans le code

⁸² Titre VI, Chapitre premier, section première, avant le mariage (Section II).

de la famille est la caractéristique de cette réalité.

En principe, on ne peut contracter le mariage sans au préalable célébrer le pré-mariage. Cela signifie que le pré-mariage doit toujours précéder le mariage civil. A cet effet, le « *défaut de célébration du pré-mariage devrait donc, en règle générale, entraîner des sanctions, notamment la nullité du mariage* ⁸³ ». Cette sanction est la conséquence de l'application de l'article 123 du Code de la famille congolais.

En effet, il est donc établi que la célébration du mariage civil est conditionnée par le respect d'un certain nombre de formalités. Parmi ses formalités, le pré-mariage occupe une place de choix. Ces nouvelles formalités cohabitent avec celles plus classiques, héritées du code civil, tel que le dépôt de certaines pièces ou encore la publication des bans. A cet effet, selon l'article 123 du Code de la famille, « *le pré-mariage est une condition sine qua non à la formation du mariage, sans laquelle le mariage ne peut être célébré* ⁸⁴ ». En principe, la sanction de l'inobservation de cette formalité serait la nullité du mariage ou alors la non célébration de ce dernier.

Toutefois, en dépit des dispositions légales citées plus haut, les articles 156 et

158 qui traitent des nullités du mariage, ne mentionnent pas le défaut de la célébration du pré-mariage comme l'une des causes de nullité.

En vertu du principe « *pas de nullité sans texte* », il s'avère qu'un mariage célébré sans pré-mariage demeure valable. Pourquoi donc avoir fait du pré-mariage une condition impérative de la validité du mariage, si son inobservation n'est pas sanctionnée ? N'est-ce pas reconnaître, de manière indirecte, que le pré-mariage n'est pas obligatoire ? Comment une même institution peut être à la fois obligatoire et facultative ?

A la lumière de tout ce qui vient d'être dit, nous constatons simplement que le pré-mariage n'est pas véritablement une condition impérative du mariage. Ceci est d'autant plus vrai que le non-respect de cette formalité n'entraîne pas la nullité du mariage. Aussi, est-il important de noter qu'il peut être célébré également avant ou après le mariage. Par ce jeu d'écritures, le législateur n'a-t-il pas créé une institution mort-née ?

On peut donc dire, sans risque de se tromper, que le législateur congolais a créé une institution sans pour autant préciser son utilité. Par conséquent, on peut en conclure que les dispositions prévues par le

⁸³ O.F.J. MATOKOT, op, cit, p. 12.

⁸⁴ O.F.J. MATOKOT, op, cit, p. 92.

Code de la famille, régissant le pré-mariage, présentent de nombreuses lacunes et parfois même se contredisent. Il serait temps d'engager une réforme de cette institution.

Par ailleurs, il faut admettre que sur certains points, cette condition est relativement applicable.

2- Le possible report de la célébration du pré-mariage

Comme dit précédemment, la célébration du mariage doit être précédée par celle du pré-mariage. Mais, cette célébration du pré-mariage n'est pas toujours antérieure à celle du mariage à l'Etat civil. Car la loi accorde la possibilité aux futurs mariés de procéder ultérieurement à la célébration du pré-mariage.

La possibilité de célébrer le pré-mariage avant ou après le mariage a pour conséquence de faire du pré-mariage une formalité non contraignante. Ceci veut dire que le défaut de célébration du pré-mariage avant le mariage civil ne constitue pas une violation de la loi.

Pour être conforme à l'esprit et à la lettre des dispositions de l'article 123 du Code de la famille congolais, il aurait été

plus logique de l'appeler, dans ce cas précis, « *post-mariage* ⁸⁵ ».

Sur ce point, on peut retenir que le pré-mariage est bel et bien une condition de célébration du mariage. A ce titre, il peut être célébré avant ou après le mariage. Même si la question de l'opportunité de célébration du pré-mariage ou du « *post-mariage* » se pose avec acuité. On pourrait se demander l'utilité de célébrer le pré-mariage après le mariage, serait-il encore une promesse de mariage ou alors juste la consécration de la rencontre entre deux familles⁸⁶ ? Là encore, nous avons du mal à comprendre les intentions réelles du législateur congolais, en envisageant la possibilité de célébrer le pré-mariage après le mariage civil. Sans doute, cette possibilité est ouverte pour sceller l'union entre deux familles. Ceci est d'autant plus vrai qu'en Afrique, ainsi que le constate Monsieur T. OLAWALE ELIAS, « *le mariage est un contrat solennel passé entre deux familles* ⁸⁷ ». Il s'ensuit de ce mariage que les intérêts individuels des époux, bien que reconnus formellement ou implicitement, sont en réalité subordonnés aux intérêts dominants, ceux de leurs familles respectives.

⁸⁵ O.F.J. MATOKOT, opn cit, p. 92.

⁸⁶ T. OLAWALE ELIAS, op, cit, p. 168.

⁸⁷ T. OLAWALE ELIAS, op, cit, p. 168.

Somme toute, il est toujours indispensable aux mariés de faire célébrer le pré-mariage conformément aux textes en vigueur. La célébration postérieure se ferait avec l'accord préalable des parents⁸⁸ de deux familles. Mais, qu'en serait-il en cas de non-respect de cette déclaration ?

Le mariage ainsi célébré pourrait être frappé de nullité ? De quelle nullité : absolue ou relative ? Là encore, le législateur est resté silencieux.

Ce qui soulève, de notre point de vue, une fois de plus, la question de l'inadéquation de ces textes avec l'évolution de la société actuelle. A bien y voir, les changements dans la conception du mariage ne sont cependant pas si radicaux et systématiques : le schéma de nuptialité actuel présente une configuration de type transitoire, avec la cohabitation de modèles traditionnels et d'unions dites « à l'occidentale » qui font abstraction des frontières ethniques, religieuses, linguistiques ou géographiques.

De ce qui précède, on pourrait profiter de cette relativité conditionnelle pour réformer le pré-mariage. Pourquoi ne pas en faire un mariage à part entière, comme au Sénégal ?

CONCLUSION

Au terme de cette étude, il faut retenir que le législateur de 1984, en instituant le pré-mariage dans le corpus juridique congolais, avait manqué l'esprit de transaction et de synthèse⁸⁹. Ce qui explique l'application ambivalente des dispositions de cette institution aussi bien en milieu rural qu'en milieu urbain.

Cette situation appelle une réforme fondamentale de cette institution qui est à la fois une promesse de mariage et un instrument du contrôle social du mariage.

De la volonté de combiner les traditions avec les innovations, de faire une sorte de synthèse entre le droit ancien et le droit nouveau, le pré-mariage devrait s'émanciper de la tutelle juridique du mariage civil, comme au Sénégal⁹⁰.

La nouvelle configuration du code de la famille congolais consacrerait le droit d'option : entre le mariage coutumier ou le mariage civil. Ainsi, le droit congolais de la famille doit être, en d'autres termes, en avance sur la société, mais il ne doit pas être trop en avance ni trop en retard ; il doit composer avec les données sociales et respecter, dans une certaine mesure, les

⁸⁸ Article 123 du code de la famille dispose que « On ne peut contracter mariage sans avoir auparavant fait célébrer le pré-mariage ou obtenu des parents une déclaration écrite selon laquelle, le pré-mariage sera célébré ultérieurement ».

⁸⁹ J. MATOKOT, op, cit, p. 11.

⁹⁰ Article 114 du Code de la famille sénégalais. « *le mariage peut être célébré par l'officier d'état civil ou constaté par lui ou son délégué* ». Par cette définition, le législateur sénégalais avait consacré l'existence du mariage coutumier.

sentiments et les manières de voir les choses. Et telles que les choses se réalisent, de nos jours, le pré-mariage est devenu presque autonome par rapport au mariage civil. Certains pré-mariés, pour une raison ou pour une autre, se limitent au pré-mariage et d'autres vont jusqu'à la célébration le mariage civil. Il est temps de corriger cette injustice juridique, en faisant du mariage coutumier un mariage à part entière et autonome par rapport au mariage civil.

Enfin, la brutalité législative peut avoir ses vertus, mais peut également engendrer des situations ambivalentes comme celles instituées par le code de la famille en faisant du pré-mariage une condition de fond du mariage civil, une sorte de promesse au mariage. Dans le cadre d'une réforme de cette institution, il convient d'envisager l'émancipation juridique du pré-mariage par rapport au mariage civil. Cette émancipation passe par la mise en place de deux mariages, à savoir le mariage coutumier et le mariage civil. Sans doute que cette réforme aurait l'avantage d'uniformiser le droit de la famille aussi bien en milieu urbain qu'en milieu rural.

LE DIFFICILE ENFANTEMMENT DES JURIDICTIONS COMMERCIALES AU NIGER

OUMAROU Sahabi

*Enseignant-chercheur
Université Abdou Moumouni de Niamey*

Pour répondre aux impératifs de rapidité et de sécurité qui les caractérisaient¹, les activités commerciales appelaient très tôt une réglementation spéciale. Corrélativement, les contentieux survenant à l'occasion de ces activités ont nécessité des règles particulières pour leur dénouement. Outre l'importance du règlement à l'amiable, par le biais de l'institutionnalisation de la conciliation et de la médiation, dans la perspective de pacification² des rapports, il est privilégié le recours à l'arbitrage, l'ensemble faisant partie des « modes alternatifs de règlement des différends ». Toutefois, à défaut de recours à ces modes ou lorsque leur mise en œuvre n'a pas mis fin au différend et que

s'imposait le procès, il était de haute importance d'aménager aux opérateurs économiques un cadre judiciaire spécial et adapté à leurs besoins. Le législateur français l'avait très vite compris en instituant les tribunaux de commerce, qui, il faut le souligner, ont traversé les âges³ et survécu même à la tourmente de la Révolution. Comme l'avaient souligné Lyon-Caen et Renault, « pour combler les lacunes des lois commerciales, pour découvrir l'intention des contractants, il faut savoir comment pensent et agissent ordinairement les commerçants, être au courant des usages du commerce. Des commerçants seuls peuvent complètement satisfaire cette condition »⁴. Par conséquent,

¹ L. Nouguié, *Des tribunaux de commerce, des commerçants et des actes de commerce*, T. I, Paris, N. Delamotte, 1844, n° 1 : « le commerce a son langage particulier. Pour lui, une phrase, un mot contiennent le germe d'obligations importantes, dont le sens, obscur souvent, ne peut être sainement interprété que par des hommes dès longtemps initiés à en saisir les délicates nuances ». J. Bédarride, *Commentaire du Code de commerce*, Paris, Dunand, 1854, n° 3 : « Ce qui fait la puissance du commerce c'est la promptitude des transactions, la rapidité de la circulation et la sûreté du crédit ».

² Le député Prugnon l'avait fort bien résumée à la tribune de l'Assemblée nationale constituante le 7 juillet 1790 : « rendre la justice n'est que la seconde dette de la société ; empêcher les procès, c'est la première et il faut que la société dise aux parties :

pour arriver au temple de la justice, passez par celui de la concorde » (L. J. Prugnon, *Archives parlementaires*, tome XVI, p. 739).

³ Les juridictions consulaires ont été instituées en 1563, par un édit royal rédigé par Michel de l'Hospital, au nom d'une conception d'une « justice des marchands rendue par les marchands » héritée des foires du Moyen-Age. Ils sont consacrés par la loi des 16-14 août 1790, puis par le Code de commerce de 1807.

⁴ Lyon-Caen, Renault, *Traité de droit commercial*, 4^e édition, Paris, 1906, 1. 1. p. 383.- Y. GUYON, *Droit des affaires*, p. 709, n° 785 : « On a fait valoir en faveur de ces juridictions spécialisées que le jugement des litiges commerciaux nécessite plus la connaissance des usages professionnels que

« Le droit commercial n'a été défini que pour déterminer la compétence des tribunaux de commerce »⁵. Classiquement, ce droit a été bâti sur les notions de commerçant et les actes de commerce. Mais au fil du temps, l'entreprise⁶ apparaît, rendant du coup surannée cette notion, aujourd'hui périmée, de commerçant, dont la valeur est beaucoup plus liée à l'habitude. Comme le disait un auteur, « L'ouverture des procédures collectives aux professions libérales, après les artisans et les agriculteurs, fait déborder la logique de cette matière bien au-delà de la stricte commercialité »⁷. L'avènement du droit des affaires, aux visées impérialistes, a conduit les juridictions commerciales à connaître de toutes les questions ayant trait aux activités

économiques, véritable pivot de l'entreprise⁸. Et pour traduire cette réalité dans les faits, il vaudrait mieux remplacer « commerce » par « entreprise » et, à l'instar du législateur belge⁹, parler des « tribunaux de l'entreprise ». Le législateur guinéen était bien inspiré, peut-être en avance sur les autres pays, quand il avait institué un « Code des activités économiques », dont le jargon aurait dû inspirer le législateur OHADA¹⁰. D'ailleurs, la même réflexion a cours en France où certains recommandent la dénomination de « *tribunal des activités économiques* »¹¹.

Parlant du contexte africain, il convient de relever qu'au lendemain des

des règles juridiques et que seuls les commerçants sont au courant de ces usages ».

⁵ F. Grua, « Les divisions du droit », RTDciv. 1993, 59.

⁶ Selon la chambre sociale de la Cour de cassation française, l'entreprise est définie comme « un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre » (Cass. Soc. 7 juillet 1998, Bull. civ. V n° 363),.

⁷ François-Guy Trébulle, « Les rapports entre la chambre commerciale et les autres chambres », Bicentenaire du code de commerce : la transformation de droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence 1807/2007, sous l'égide de la Cour de cassation et du Centre Sorbonne-Affaires de l'Institut André Tunc de l'Université Panthéon-Sorbonne, p. 79 et s. spéc. p. 100

⁸ Jean Paillusseau, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIe siècle », D. 2003, 260 : « Les premières décennies du XXe siècle ont été celles du droit commercial. Puis, dans la seconde moitié du siècle, ce sont le droit des affaires, le droit de l'entreprise et le droit

économique qui ont émergé et se sont affirmés. Ce ne sont que des aspects du droit des activités économiques ». Dans le même sens, D. Legeais, Droit commercial et des affaires, Paris, 25^e édition, Sirey, 2019, p. 4.

⁹ En Belgique, la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises porte sur le changement de nom des tribunaux de commerce qui s'appellent désormais « tribunaux de l'entreprise ».

¹⁰ Loi L/92/043/CTRN du 8 décembre 1992 portant adoption et promulgation des première et deuxième parties du Code des activités économiques ; loi L/94/20/CTRN du 8 juillet 1994 portant adoption et promulgation de la troisième partie du Code des activités économiques.

¹¹ Conférence Générale des Juges Consulaires de France, op. cit. p. 13 : « Dans la logique de l'introduction de la notion d'activité économique du justiciable comme critère de répartition de compétence matérielle entre les juridictions, la commission recommande que le tribunal de commerce soit dénommé « *tribunal des activités économiques* », le terme « *activité* » ayant été jugé préférable à celui de « *affaire* ».

indépendances, les pays confrontés, aux premières heures, aux problèmes des infrastructures judiciaires, le système judiciaire étant encore en balbutiements, ne pouvaient avoir à l'esprit la création des juridictions spécialisées en matière commerciale, le secteur privé étant alors lui-même au stade embryonnaire. S'agissant du cas spécifique du Niger, depuis la loi n° 62-11 du 16 mars 1962, qui a posé les bases de l'organisation judiciaire, le législateur était plus préoccupé par l'épineuse question d'accès à la justice¹², tant le pays est vaste, 1 267 000 km², et non par le contentieux des affaires de façon spécifique. Outre la pénurie d'effectifs, ce type de contentieux n'est pas d'une telle ampleur qu'il puisse justifier un juge spécial, l'essentiel des différends commerciaux étant réglé hors prétoire, les affaires coutumières et pénales dominant les rôles des juridictions. Pourtant, le législateur ne s'est pourtant à aucun moment résigné. L'histoire judiciaire nigérienne est ponctuée de réformes. Le système judiciaire, malgré ces efforts, n'est pas caractérisé par l'efficacité et la

prévisibilité souhaitables¹³. Selon une étude diagnostique sur l'intégration du commerce, « Au Niger, comme dans beaucoup de pays à faible revenu, le système judiciaire est défaillant en raison des moyens matériels et humains qui lui sont alloués, du manque de célérité avec laquelle les décisions de justice sont prises (...) »¹⁴. Cette réalité constante a été récemment rappelée par le Plan d'Actions du Ministère de la Justice, 2022. En effet, « Les défis auxquels le système judiciaire nigérien est confronté sont importants du fait du sous financement du secteur des années durant »¹⁵. A cela s'ajoutent les nouveaux défis sécuritaires qui englobent les ressources, ce qui impacte négativement sur le budget affecté à la justice. Sur le plan judiciaire, les priorités de l'Etat sont beaucoup orientées vers la réponse judiciaire à ce nouveau phénomène d'insécurité, de terrorisme et de blanchiment des capitaux, en termes des juridictions, de procédures et du personnel. La réforme la plus significative et la plus remarquable est sans conteste celle opérée par la loi n° 2004-50 du 22 juillet 2004

¹² Il a fallu en 1993, pour qu'une deuxième Cour d'appel soit créée par l'ordonnance n° 93-005 du 15 septembre 1993 portant création de la Cour d'appel de Zinder.

¹³ En vérité, la question est encore d'actualité comme en atteste les propos du Président de la République, à l'ouverture, le 4 août 2022, de la première session du Conseil Supérieur de la Magistrature au titre de l'année 2022 : « Il faut d'ailleurs reconnaître que les critiques à

l'encontre de la justice qui nous parviennent, font état de sa lenteur et de son mauvais fonctionnement », actuniger.com

¹⁴ Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement et le Ministère du Commerce et de la Promotion du Secteur Privé, Etude diagnostique sur l'intégration de commerce au Niger (E.D.I.C.), 2015, p. 55.

¹⁵ Ministère de la Justice, Plan d'Action du Ministère de la Justice 2022, PA/MJ/2022, p. 4.

fixant l'organisation et la compétence des juridictions. Pour la première fois, il a été institué des tribunaux de commerce, la loi fixant leur organisation et leur fonctionnement devant intervenir après. Toutefois, il a fallu dix (10) ans pour que l'annonce faite par la loi de 2004-50 du 22 juillet 2004¹⁶ devienne réalité, certainement sous le poids de la nécessité. Il est difficile de déterminer si la réforme est le fruit d'un phénomène de mode ou si elle est la traduction de la réelle volonté des pouvoirs publics de créer un cadre permettant une administration efficace de la justice commerciale.

Le constat est que beaucoup de pays se sont réveillés depuis que la Banque Mondiale a commencé à publier les *Rapports Doing Business*, au moment de leur apogée avant d'être décrédibilisés et abandonnés, qui classent, chaque année, les Etats en fonction des facilités qu'ils offrent pour les affaires.

En tout cas, les événements se sont vite précipités par l'envie grandissante des autorités d'avoir davantage une place honorable dans ledit classement. Une course aux meilleurs scores s'était engagée entre les Etats, chacun voulant être le meilleur élève. En effet, l'amélioration du climat est désormais élevée au rang des priorités des gouvernements, chacun voulant éviter d'être à la queue de peloton¹⁷. Ces préoccupations ont précipité l'adoption. Le premier texte sur les tribunaux de commerce est la loi n° 2015-08 du 10 mai 2015, fixant l'organisation, la compétence, la procédure à suivre et le fonctionnement des tribunaux de commerce en République du Niger. Le but est entre autres d'extirper le contentieux des affaires commerciales noyées, jusque-là, dans les rôles encombrés des TGI¹⁸. Ainsi, il a été relevé que « Les délais d'intervention de la justice sont donc très longs, incertains dans

¹⁶ Cette loi a été plusieurs fois modifiée. Par exemple : ordonnance n° 2011-11 du 27 janvier 2011, modifiant la loi organique n° 2004-50 du 22 juillet 2004 fixant l'organisation et la compétence des juridictions du Niger. Cette loi a été d'une dynamique lancée avec le soutien des PTF avec la mise en place du Programme d'Appui aux Réformes Judiciaires (PARJ), 2003, puis du Programme d'Appui à la Justice et à l'Etat de Droit (PAGED), 2006.

¹⁷ Etude diagnostique, op. cit. p. 54. En son temps, le rapport *Doing Business* de la Banque Mondiale a été un des rapports les plus attendus et surtout un vecteur de mobilisation des administrations africaines dont celles du Niger. Les autorités se sont en effet engagées à promouvoir un dispositif institutionnel d'amélioration des indicateurs du climat des affaires, à travers l'arrêté

n°068MC/PSP/DG/PSP/DPI/AEA du 10 octobre 2011 qui modifie et complète l'arrêté n°019 MC/PSP/DG/PSP/DPI/AEA en date du 31 mars 2004. Grâce à ces réformes, le rang du Niger dans le classement s'est amélioré parce qu'il est passé de la 176ème place, dans le rapport de 2014, à la 132ème place dans celui de 2020, soit une progression significative de 44 points en 6 années.

¹⁸ Jacques Normand, « Les facteurs d'accélération de la procédure civile », Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz 2000, p. 427 : « La justice ploie sous son poids. La conséquence de cet engorgement, c'est la surcharge de travail qui pèse en permanence sur les magistrats, c'est le risque de voir s'allonger dans des proportions intolérables le temps nécessaire à l'instruction et au jugement des affaires ».

les décisions et de ce fait contraires à la sécurité des affaires »¹⁹.

Il importe de rappeler que c'est avec l'avènement du droit OHADA, qu'apparaît véritablement la prise de conscience sur la nécessité de la création d'un cadre propre à asseoir une sécurité juridique et judiciaire²⁰, même s'il est vrai qu'au-delà des discours et qu'au-delà des capitales, l'OHADA peine à rentrer dans les mœurs. En effet, « Il est attendu de la puissance publique qu'elle fixe les règles d'un fonctionnement efficace de l'économie de marché et veille à l'application de ses règles pour faciliter le développement des affaires et des échanges dans un environnement limitant l'incertitude »²¹. Or, la sécurité juridique est conditionnée à la fois par la qualité du système judiciaire, la qualité de l'instance judiciaire et la qualité de la décision judiciaire²². Comme les juridictions nationales de fond du premier et du second degré sont juges de droit

commun dans l'application du droit OHADA, il est de haute importance de se préoccuper sur la façon elles administrent la justice, pour répondre aux attentes des milieux d'affaires. Nul n'est dupe pour penser que l'insécurité judiciaire, ce mal endémique tant dénoncé, serait endiguée par la seule création de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA). Une saine application du droit OHADA par les juges du fond contribuerait substantiellement à purger nombre d'affaires en évitant qu'elles inonder l'unique Haute juridiction²³. En effet, 75% du contentieux des Actes uniformes s'épuise au plan interne, faute, pour les justiciables, d'avoir les ressources ou la patience pour exercer le recours en cassation. Selon une étude commanditée par l'OHADA et la Banque Mondiale, « la CCJA a accompli un travail considérable depuis sa mise en place. Mais, elle reflète parfois l'image d'une institution lointaine et ses implications de coût pour le justiciable

¹⁹ Etude diagnostique op. cit, p. 55.

²⁰ Cela suppose l'accessibilité, l'intelligibilité et une bonne application du droit OHADA. V. Ndiaw Diouf, « L'adoption de l'acte uniforme relatif à la médiation : une nouvelle avancée du droit des affaires dans l'espace ohada et un nouveau recul des lois nationales ? », Mélanges J. Mestre, LGDJ 2019, p. 395.

²¹ Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement et le Ministère du Commerce et de la Promotion du Secteur Privé, Etude diagnostique sur l'intégration de commerce au Niger (E.D.I.C.), 2015, p. 54.

²² Jean-Louis Bergel, Jean-Yves Cherot, Sylvie Simamonti, Marie-Françoise Mercadier, L'émergence d'une culture judiciaire

européenne. Avancées et difficultés d'une culture judiciaire européenne dans l'espace judiciaire européen, Rapport final 2009, Université Paul Cézanne, Aix Marseille III, p. 74.

²³ En réalité, le problème de l'accès à la CCJA pose avec acuité. C'est la raison pour laquelle, certains plaideurs saisissent exprès la Cour de cassation nationale pour l'obliger à renvoyer elle-même à la CCJA. Il faut de notre point de vue crever l'abcès en posant la problématique du maintien d'une compétence plus que résiduelle aux Cours de cassation pour faciliter l'accès à la justice. A titre illustratif, les statistiques parlent d'elles-mêmes. Chaque année, en effet, les pourvois provenant de la Côte-d'Ivoire sont les plus nombreux comparés à ceux venant des autres pays OHADA.

de l'espace OHADA résidant hors de la Côte d'Ivoire »²⁴. La même étude propose des pistes des solutions pour remédier aux difficultés d'accès à la CCJA, ce qui passe notamment par le développement de la règle de la question préjudicielle ou\et par la création de chambres ou sections de la CCJA dans les Etats parties à fort contentieux relatif aux Actes uniformes²⁵ ; le renforcement des audiences foraines dont l'expérience a été déjà pratiquée dans certains Etats²⁶ ; une meilleure accessibilité de la jurisprudence actualisée de la CCJA pour tous les Etats, les métiers de justice et les universités ²⁷ . L'insatisfaction des justiciables à l'égard de l'administration de la justice a incité les gouvernements à proposer différents moyens pour améliorer la qualité de la justice. Pour y parvenir, chaque Etat-partie essaie, comme il peut. Comme l'a souligné à juste titre un auteur « L'évolution de la société commande qu'un juge spécialisé et bien entouré règle la vie économique au sens large »²⁸.

En soi, la réforme réalise une avancée considérable qu'il faut saluer, même si dans le fond, elle ne présente pas d'originalités véritable par rapport aux lois des pays OHADA qui nous ont devancé, en vertu du principe qui veut qu'on n'invente pas la roue. En effet, pour la première fois, il est institué des juridictions spécialisées où fonctionne la mixité à l'image des juridictions du travail, où la procédure est gouvernée par la simplicité et la célérité tant en première instance qu'au second degré, où fonctionne une cour d'appel de commerce et où la tentative de conciliation est obligatoire. Comme le disait Albert Fettweis, « Par la déformalisation raisonnable du procès, le droit positif permet l'économie de procédure indispensable pour que, dans le respect du droit de défense, l'efficacité du service public judiciaire soit assurée » ²⁹ . Par ailleurs, il est institué un Conseil de surveillance chargé du suivi et de l'évaluation des juridictions commerciales ³⁰ , qui,

²⁴ OHADA, Banque Mondiale, Etude de l'impact économique de l'OHADA : effectivité, impact économique et uniformité d'applicabilité du droit OHADA, Rapport final, Résultats de l'étude et recommandations, 2021, p. 19.

²⁵ OHADA, Banque Mondiale, Etude de l'impact économique de l'OHADA op. cit.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ Gilberte Closset-Marchal, La compétence en droit judiciaire privé, Larcier, 2009, p. 206, n° 297.

²⁹ Albert Fettweis, Manuel de procédure, Faculté de droit de Liège, 1987, p. 27. Pour ce célèbre auteur, « Le manque de formation professionnelle d'assez nombreux magistrats, des réactions formalistes, parfois un rythme de travail insuffisant expliquent beaucoup de retards » (p. 24).

³⁰ Le conseil de surveillance adresse, chaque année, un rapport sur le fonctionnement des juridictions commerciales au Ministre de la Justice. Ce rapport relève les dysfonctionnements et propose des mesures visant à améliorer le service. Il assure la discipline des juges consulaires.

malheureusement, tarde à être mis en place. Cela est d'autant plus regrettable que cet organe aurait pu, à travers ses rapports, permettre au moins d'identifier les goulots d'étranglement qui hypothéqueraient l'efficacité de la justice commerciale.

Toutefois, outre quelques maladresses³¹, il faut surtout regretter la démarche du législateur consistant à mettre en place un droit souvent, qui, pour reprendre les mots d'un auteur, est « conçu dans l'urgence, sans souci de sa pérennité ni de son ancrage »³². En effet, depuis 2016, il est observé une intense activité pour ne pas parler de valse législative, puisque, presque chaque année, une retouche est apportée à la loi sur les juridictions commerciales. Les exigences du *Doing Business*, en son temps, disant ce que l'Etat devrait faire sur le plan

législatif pour être de bons points, n'étaient pas, semble-t-il, étrangères à ces retouches. Cette loi n° 2015-08 du 10 mai 2015 a été modifiée par la loi n° 2017-26 du 28 avril 2017 modifiant et complétant la loi n° 2015-08 du 10 mai 2015, fixant l'organisation, la compétence, la procédure à suivre et le fonctionnement des tribunaux de commerce en République du Niger³³. Par la suite, était intervenue la loi n° 2022-31 du 23 juin 2022, fixant la composition, l'organisation et la procédure à suivre devant les cours d'appel de commerce. Ce besoin de retouche successive de la loi illustre des tâtonnements, les juridictions de commerce en quête de leur propre identité. Or, une modification rapide aux textes sitôt adoptés risque de conduire à ce qu'un auteur a qualifié de « bougisme » juridique³⁴. Cette

³¹ Par exemple, la loi n° 2022-31 du 23 juin 2022 fixant la composition, l'organisation, la compétence et la procédure à suivre devant les cours d'appel de commerce qualifie la décision rendue par la cour d'appel de commerce de jugement (articles 20, et 21). Une disposition malencontreuse contenue dans l'article 73, *in fine* de la loi n° 2019-01 du 30 avril 2019 fixant la composition, l'organisation, la compétence et la procédure à suivre devant les tribunaux de commerce et les chambres commerciales spécialisées en République du Niger, heureusement corrigée par la première loi. Aux termes de cet article, « Le pourvoi en cassation est exercé conformément aux dispositions de la loi organique de la Cour de cassation et du Règlement relatif à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) ». On se pose la question de savoir quel type de contentieux connu par les tribunaux pourraient être connu de la Cour de cassation. Avec la nouvelle loi, cette erreur a été corrigée. Le pourvoi est désormais porté devant la juridiction suprême compétente.

³² X. Lagarde, « Pourquoi le droit est-il complexe ? », *Le Débat*, 2003/5, pp. 132-142.

³³ Cette loi a été abrogée par la loi n° 2019-01 du 30 avril 2019, fixant la composition, l'organisation, la compétence et la procédure à suivre devant les tribunaux de commerce et les chambres commerciales spécialisées en République du Niger modifiée et complétée par la loi n° 2019-78 du 31 décembre 2019. Loi n° 2019-61 du 10 décembre 2019 modifiant et complétant la loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger. En vertu de la loi n° 2019-61 du 10 décembre 2019, il est créé une Cour d'appel dans chaque chef-lieu de région. La loi n° 2020-061 du 25 novembre 2020 modifiant et complétant la loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018, fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger vient franchir un pas supplémentaire dans la spécialisation des juridictions commerciales en créant des Cours d'Appel de commerce.

³⁴ Jacques Chevalier, dir, *Etat de droit*, La documentation française, 2005, p. 43 : « Nous

cadence des réformes présente l'inconvénient de dérouter certains praticiens qui pourraient se méprendre sur la dernière loi applicable. En réalité, un tel intérêt manifesté par le législateur pour les juridictions commerciales, souvent comme simple instrument de communication à l'endroit des bailleurs ou souvent pour satisfaire leurs dénitrats, ne saurait cacher les vrais défis qui se résument aux moyens humains, matériels et financiers qu'implique cette réforme ambitieuse. En effet, les difficultés en sont résumés par le président du Tribunal de commerce de Niamey, en ces termes : « Les difficultés dans le fonctionnement du tribunal résident dans le non renouvellement des mandats des juges consulaires arrivé à expiration, le manque de formation du personnel, la non adoption des textes relatifs à la dématérialisation des procédures, l'insuffisance des crédits de fonctionnement, le non-paiement des arriérés d'indemnités alloués aux juges consulaires, ainsi que le manque de certains agents auxiliaires »³⁵. La réalité fera toujours surface en rattrapant le législateur qui nourrit l'illusion de croire de croire que

la seule édicition des textes pourrait régler les problèmes de la justice. En tout cas, pour le moment, seul le tribunal de commerce de Niamey est opérationnel depuis 2016³⁶. Certes, il est illusoire de penser que ces juridictions spécialisées seront opérationnelles au rythme souhaité. Le processus sera certainement long, l'installation devant intervenir progressivement en fonction du poids économique de la région, souvent de son poids politique ou du volume du contentieux.

L'avènement des juridictions commerciales pose la question de la détermination de leur compétence (I). En outre, ces jeunes juridictions ne sont pas très armées pour accomplir leurs missions (II).

I. Le champ de compétence des juridictions commerciales

sommes dans une période de « bougisme » juridique. Sitôt une loi (ou un règlement) est immédiatement adoptée (...) L'instabilité de la norme affecte, de par son importance, l'accessibilité et l'intelligibilité de la norme ».

³⁵ Compte-rendu du fonctionnement du Tribunal de commerce de Niamey au titre du mois d'octobre 2022, novembre 2022, p. 6, inédit.

³⁶ Il est installé le 14 avril 2016 dans ses propres locaux financés par la Banque mondiale à travers le Projet d'appui à la compétitivité et à la croissance (PRACC). En outre, le greffe de ce tribunal sert de fichier national du RCCM. Pour le moment l'information est limitée à ce greffe. Cela veut dire que le fichier régional de la CCJA ne reçoit que les informations provenant de ce greffe. Ce qui exclut du coup les greffes des neuf autres TGI.

Avec la lenteur dans l'installation des juridictions commerciales aux premier et second degrés, la compétence commerciale est toujours partagée avec les juridictions de droit commun. A cela s'ajoute que dans un même ressort territorial, en tenant compte du montant en litige, des compétences respectives sont dévolues aux tribunaux de commerce et aux juridictions de droit commun (A). La loi sur les tribunaux de commerce a fixé un taux de ressort qui est manifestement exagéré (B).

A. Une compétence demeurant partagée

La compétence est une question traditionnellement réputée rebutante, d'une complexité déconcertante. En effet, toutes les juridictions de droit commun³⁷ du premier degré, qui comprennent les tribunaux de grande instance, les tribunaux d'arrondissements communaux, les tribunaux d'instance et les tribunaux communaux, partagent la compétence commerciale avec le tribunal de commerce. En dépit de cette présentation légale, ces juridictions ne sont placées sur un pied d'égalité. Selon l'article 56 de la loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 fixant

l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger les sièges et les ressorts des tribunaux de commerce sont ceux des tribunaux de grande instance hors classe et des tribunaux de grande instance. En réalité, en dehors du TGI, les autres sont improprement qualifiés comme tels par la loi parce qu'elles n'ont rien de ce caractère. L'article 80 de la même loi confirme cette réalité en ce qu'il dispose que les TGI « sont juges de droit commun en toutes matières à l'exception de celles dont la compétence est dévolue à d'autres juridictions ». Aucune disposition analogue n'est prévue s'agissant de celles-ci. Et comme l'ont souligné certains auteurs, « par définition, il n'y a qu'une juridiction de droit commun et toutes les autres sont dites (...) d'exception, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'elles soient spécialisées »³⁸. Ce sont des juridictions imparfaitement ordinaires, bien que leur compétence s'étende à plusieurs domaines comparativement aux juridictions spécialisées. En outre et paradoxalement, nombre des jugements qu'ils rendent sont susceptibles d'appel devant le TGI, autre juridiction de droit commun.

³⁷ Art. 28 de la loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger. - Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1, n° 520 : « il n'est pas nécessaire qu'une loi leur accorde expressément compétence, il suffit qu'aucune ne la leur refuse ». - Francis

Kernaleguen, *Institutions judiciaires*, LexisNexis, 2012, n° 121.

³⁸ Hevé Croze, Christian Morel, Olivier Frandin, *Procédure civile*, Manuel pédagogique et pratique, Litec, 4^e édition, 2008, n° 711.

Toutes les statistiques, malgré leur faible degré de fiabilité³⁹, indiquent, en effet, qu'au Tribunal de Grande Instance Hors Classe (TGI/HC) de Niamey, le contentieux commercial est loin le plus important⁴⁰. A titre illustratif, sur les 2688 affaires administratives, civiles, commerciales, sociales et coutumières en appel nouvellement enregistrées par Tribunal de Grande Instance en 2013-2014⁴¹, il en comptabilise à lui seul 1449, soit plus de la moitié pour tous les TGI du pays. Cela explique en partie mais sans le justifier que depuis 2016, seul le tribunal de commerce de Niamey est opérationnel. Il est connu que c'est à Niamey que se trouvent les sièges des grandes entreprises publiques et privées. Cela explique que tous les Avocats y sont domiciliés. Dans la capitale ; en effet, le niveau de vie sont très supérieurs à la moyenne nationale. En somme, Niamey est devenue par la force des choses le premier pôle économique où le secteur formel est plus ou moins développé. En réalité, ce

n'est pas une spécificité nigérienne. Pour preuve, le législateur ivoirien vivant les mêmes réalités, a cru devoir édicter des textes spécifiques créant respectivement, à Abidjan, le Tribunal de commerce et la Cour d'appel de commerce⁴². C'est dire que les capitales africaines constituent des pôles économiques majeurs. L'euphorie née de l'opérationnalisation de ce tribunal s'est apparemment effondrée depuis. L'installation des autres tribunaux de commerce tarde à concrétiser en dépit des ambitions du Plan d'Actions Décennal 2016-2025 de la Politique Nationale Justice et Droits Humains (PNJDH) adoptée par le Gouvernement du Niger par décret n° 2015-320.PRN/MJ du 25 juin 2015⁴³. Selon ledit Plan, en l'An II, il devrait être installé dix-sept (17) tribunaux de commerce. Or, en presque six ans, nous sommes loin du compte : un seul est encore opérationnel ! Il est fort à espérer que le retard sera rattrapé dans les quatre autres années qui restent, sinon dans ces neuf juridictions, la

³⁹ D'une édition à l'autre les chiffres variaient.

⁴⁰ Ministère de la Justice, Annuaire statistique 2008-2012, édition 2012, p. 47 : sur un ensemble 3622 affaires jugées par les TGI en 2009-2010, le TGI Hors Classe de Niamey en totalise 1988, soit plus de la moitié.

⁴¹ Ministère de la Justice, Annuaire statistique 2010-2014, 4^e édition 2015, p. 56.

⁴² Décret n° 2012-628 du 6 juillet 2012 portant création du tribunal de commerce d'Abidjan et fixant son ressort ; décret n° 2017-501 du 02 août 2017 portant création de la Cour d'appel de commerce d'Abidjan et fixant son siège, son ressort territorial et sa composition.

⁴³ Ministère de la Justice, Plan d'Actions de mise en œuvre de la politique nationale justice et droits

humains, 2016-2025. Le coût global prévisionnel de la mise en œuvre de ce Plan est de 314 365 656 000 CFA. Il sera financé à 55% sur fonds propres de l'Etat et à 45% sur l'aide au développement mobilisée auprès des Partenaires Techniques et Financiers (PTF) et autres donateurs du Niger (pp. 6-7). – Ministère de la Justice et Institut Nationale de la Statistique, Sondage d'opinion sur les perceptions de la justice par les habitants de Niamey, Juillet 2012, p. 19. Selon ce sondage réalisé pour le compte de la Commission d'Orientation des Etat Généraux de la Justices : « Une justice qui souffre de multiple maux (onéreuse, manque de personnel, mauvais accueil, corruption du système, lenteur dans le traitement des dossiers) et un public peu averti sur les voies et recours... ».

compétence des TGI en matière commerciale aurait encore de beaux jours devant elle. Tout se passait comme si l'urgence et la nécessité de mettre en place ces tribunaux spécialisés ne concernent que Niamey et qu'au village les choses peuvent encore attendre ! Pourtant il ne faut pas se méprendre sur la portée de l'écart entre le TGI/HC et les autres TGI en termes de volume du contentieux des affaires commerciales. En effet, les processualistes distinguent entre litiges et procès⁴⁴. Naturellement, dans ces ressorts, l'essentiel des premiers sont réglés ou étouffés sans se muer en seconds. Plusieurs raisons peuvent expliquer le faible taux de recours à la voie judiciaire. Une personne qui n'a pas confiance en une institution n'aura vraisemblablement pas tendance à l'utiliser. Le simple fait de se présenter au palais de justice, un lieu intimidant où l'emploi du jargon d'initiés et dans une langue qui leur est étrangère, ne met pas nombre des plaideurs en confiance. Ces difficultés sont d'ailleurs rappelées par le PNJDH en ces termes : « l'accès limité à une justice crédible; l'extrême pauvreté des

populations; fort taux d'analphabétisme; la persistance des pesanteurs socioculturelles; l'insuffisance des moyens matériel, humain et financier »⁴⁵. En réalité, l'institution des tribunaux de commerce, au moins dans les trois grandes villes (Maradi, Tahoua et Zinder),⁴⁶ où prospère le secteur informel, est d'une nécessité absolue. Elle pourrait redonner confiance en encourageant les opérateurs à recourir à la juridiction composée de leurs pairs. S'il est vrai que « les bons avocats font les bons juges », presque tous les avocats sont à Niamey et ceux qui ont tenté l'expérience de s'y installer, même avec d'un Projet, ont fini par regagner le bercail par manque d'« affaires ». La situation actuelle accentue davantage l'inégalité d'accès à la justice selon que l'on soit à Niamey ou à l'intérieur du pays. En effet, à l'intérieur du pays, seuls les plaideurs pourraient se procurer les services d'un avocat, puisqu'en plus des honoraires ordinaires, ils doivent payer les frais de transports, souvent les billets d'avion⁴⁷, les frais d'hôtels et les frais de subsides, à chaque audience programmée. Dans un tel contexte où les

⁴⁴ Le litige peut se régler à l'amiable pour éviter un procès, ou trouver sa solution au terme d'un procès. Par conséquent, dès qu'il est soumis à l'examen du tribunal, le litige devient procès.

⁴⁵ Ministère de la Justice, Plan d'Actions de mise en œuvre de la politique nationale justice et droits humains, 2016-2025, op. cit. p. 6.

⁴⁶ Ordonnance n° 2010-55 du 17 septembre 2010 portant statut des communes à statut particulier ou villes. Ordonnance n° 2010-55 du 17

septembre 2010 portant érection des communautés urbaines de Niamey, Maradi, Tahoua et Zinder en communes à statut particulier ou villes et les communes les composant en arrondissements. Maradi compte 3 arrondissements communaux, Niamey 5, Tahoua 2, Zinder 5.

⁴⁷ Les grands avocats ne prennent pas assez souvent de risque de voyager dans les transports en commun.

renvois d'audience font légion, il faut imaginer qu'au finish ce que cela coûterait au plaideur. Devant les TGI, les juges subjugués par d'autres dossiers criminels, correctionnels, coutumiers en appel n'auront pas le temps et la concentration requise pour réserver un traitement spécial au dossiers commerciaux. Ils statueront conformément au droit commun, toutes affaires égales par ailleurs, de la procédure civile, selon le même rythme général, très souvent même lorsque pour certaines matières la loi a indiqué à la procédure à suivre. Les justiciables se voient ainsi privés des garanties tant vantées d'efficacité, de simplicité, de souplesse et de rapidité dans le traitement, généralement attachées à la procédure et aux règles instituées par la loi fixant l'organisation, la compétence et la procédure à suivre devant les tribunaux de commerce et les chambres commerciales. En particulier, mise à part la qualité des décisions des deux juridictions sur laquelle il est possible de discuter, il y a beaucoup plus de prévisibilité dans la durée de l'instance devant le tribunal de commerce tant la loi a fixé une date butoir, ce qui est loin d'être le cas devant les TGI. Ainsi que le soulignait un auteur, « La

morale commerciale doit imprégner les Palais de Justice, dans la mesure où la jurisprudence n'a pas uniquement à rendre une décision juridique mais doit également indiquer au commerçant une ligne de conduite à suivre à l'avenir. Une jurisprudence qui ne prendrait pas en considération la pratique commerciale serait difficilement acceptée et inciterait à être contournée par celle-ci »⁴⁸.

Par ailleurs, certains litiges ressortissent à la compétence exclusive des tribunaux de commerce au cas où même ils viendraient à être installés, tels que notamment, au sens de l'article 17 de la loi, les procédures collectives, les contestations entre associés en raison d'une société commerciale ou d'un groupement d'intérêt économique à caractère commercial ou les contestations relatives aux règles de la concurrence ou au droit bancaire. En outre, il est tenu auprès des tribunaux de commerce un Registre de commerce et de crédit mobilier (RCCM), dont celui de Niamey tient lieu de fichier national. Actuellement, seul le tribunal de commerce de Niamey bénéficie de la plateforme d'informatisation de la gestion du RCCM⁴⁹, grâce à un projet financé par la Banque Mondiale, à l'instar des juridictions

⁴⁸ Walter Lammel, « L'avenir des tribunaux de commerce en Europe », La lettre du Juriste Européen, n° 10, juin 2001.

⁴⁹ Un greffier du tribunal de commerce est détaché au niveau du guichet unique, à la Chambre de commerce et d'industrie du Niger

(CCIN). La grande difficulté reste les mises à jour permanentes des informations contenues dans les RCCM. Dans l'écrasante majorité des cas, après plusieurs années d'activités, entre les informations figées dans le RCCM et la réalité, c'est entre le jour et la nuit.

de certains pays OHADA. Cela veut que le fichier régional du RCCM ne reçoit uniquement les inscriptions de Niamey, pour le reste, la gestion reste encore manuelle.

Pour d'autres, au contraire, la compétence sera toujours concurrente. Par exemple, en cas d'actes mixtes, les tribunaux de droit commun ont vocation à prononcer si le défendeur n'a pas la qualité de commerçant⁵⁰. Le chevauchement de compétence tient également à la valeur du litige. Selon la valeur de la demande, le litige relève de la compétence soit du tribunal communal, soit du tribunal d'instance soit du tribunal d'arrondissement communal ou du tribunal de commerce. Cela revient à dire qu'en fonction du montant litigieux, ces juridictions sont compétentes pour connaître des contestations relatives aux engagements et transactions entre commerçants, des contestations entre commerçants pour le besoin de leur commerce, des contestations, entre toutes personnes, relatives aux actes de commerce, des contestations relatives aux actes de commerce accomplis par les

commerçants à l'occasion de leur commerce, des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

En principe, les TGI ne peuvent connaître du contentieux commercial, du moins dans les ressorts où fonctionnent les tribunaux de commerce. Aux termes de l'article 107 de la loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018, fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger, prévoyant des dispositions transitoires, en attendant l'installation des tribunaux de commerce, les tribunaux de grande instance connaîtront du contentieux commercial dont la valeur est supérieure à cinq millions (5.000.000) de francs⁵¹. La raison d'être de la création des tribunaux de commerce ~~rappel de simple lapalissade~~, est d'extraire ce type de contentieux des rôles des TGI jugés trop lourds. En effet, l'article 121 du CPC permet au juge saisi de soulever d'office son incompétence en raison de la matière notamment lorsque la loi attribue compétence à une juridiction sociale, répressive ou administrative ou commerciale. Le relevé d'office de l'incompétence par le juge lui-même

⁵⁰ CCJA, arrêt n° 010/2022 du 27 janvier 2022, aff. Société ECOBANK Côte-d'Ivoire SA c/ Etat de Côte-d'Ivoire.

⁵¹ Il faut prendre les modifications de cette loi qui ont modifié le taux de compétence des tribunaux d'instance et des TAC, en distinguant entre la matière civile et la matière commerciale. Aussi, l'article 3 nouveau de cette Loi n° 2018-08 du 30 mars 2018, relative aux procédures de règlement des

petits litiges en matière commerciale et civile en République du Niger (issu de la loi n° 2018-27 du 27 avril 2018) définit le petit litige, celui dont l'intérêt pécuniaire n'excède pas la somme de cinq millions. La compétence est dévolue au tribunal communal lorsque l'intérêt litigieux est inférieur ou égal à un million alors que le tribunal d'instance et le tribunal d'arrondissement communal jusqu'à cinq millions.

apparaît comme une nécessité dans l'hypothèse où un plaideur aurait omis d'invoquer. Pour autant, il ne faudrait pas penser que le TGI est exclu de tout contentieux économique. D'une part, il est juge d'appel. Le premier cas, qui est une certitude, concerne les appels contre les jugements rendus par les tribunaux communaux qui, il faut le rappeler, sont compétents pour les affaires n'excédant pas 1000 000 de FCFA. Les Cours d'appel de commerce sont épargnées de ce type de litige. Les TGI que le législateur voulait écarter des contentieux des affaires reprennent service par le biais de l'appel.

Le second cas, le plus problématique, concerne le recours contre les jugements rendus par les tribunaux d'instance. A cet égard, il faut relever une incohérence entre la loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger et le Code de procédure civile, l'une l'attribuant à la Cour d'appel et l'autre au TGI⁵² Cette incertitude ne peut manquer de poser quelques difficultés pratiques et peut être une ressource que pourraient exploiter des plaideurs en mal de « minutions » juridiques dans un seul dessein dilatoire. Avec l'avènement des Cours d'appel de

commerce, la question n'est tranchée qu'en ce qui concerne les jugements rendus par les tribunaux de commerce. En effet, aux termes de l'article 15 de la loi n° 2022-31 du 23 juin 2022 fixant la composition, l'organisation, la compétence et la procédure à suivre devant les cours d'appel de commerce, la compétence d'attribution de la Cour d'appel de commerce est celle, en appel des tribunaux de commerce.

S'agissant des tribunaux d'arrondissement communaux (TAC), ils sont avec les tribunaux communaux les derniers nés dans la scène judiciaire à la faveur de la réforme opérée par la loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger. Il est curieux de constater que cette loi, bien que ce ne soit pas sa vocation, ne dit mot sur la procédure à suivre devant ces nouveau-nés. A défaut de modification du Code de procédure civile qui date de 2015, elle aurait dû, à tout le moins, renvoyer à la procédure devant les tribunaux d'instance. Nos juges sont habitués au *vacuum juris*. Ils sauront trouver la procédure à suivre sachant que dans ce silence, ils emprunteront celle du tribunal d'instance. Par ailleurs, outre que cette loi est très évasive quant à la compétence même des tribunaux

⁵² Article 91, al. 1^{er} de la loi : « l'appel des jugements rendus par les tribunaux d'instance est porté devant la Cour d'appel ». -Art. 484, al. 1^{er}

du CPC (Livre II, T. II, Chap. II) « les jugements rendus contradictoirement sont susceptibles d'appel devant le tribunal de grande instance... ».

d'arrondissements communaux, l'accent étant mis sur les litiges coutumiers et la répression de la petite délinquance, elle ne leur a pas attribué expressément une compétence en matière commerciale. En vérité, le fondement est ailleurs et c'est l'article 5, al. 2, de la loi n° 2018-08 du 30 mars 2018, relative aux procédures de règlement des petits litiges en matière commerciale et civile en République du Niger⁵³, tel que modifié par la loi n° 2018-27 du 27 avril 2018, qui édicte que le tribunal d'arrondissement communal connaît des commerciaux dont l'intérêt est inférieur ou égal à trois (3) millions de francs CFA. L'excès de pudeur du législateur pour ces tribunaux peut s'expliquer par le souci de ne pas démultiplier les dédoublements de compétence sachant que dans le même ressort, il y a le tribunal de commerce. Leur compétence en la matière n'intervient que dans le cadre et dans les conditions fixées par cette loi. Toutefois, un tel conflit est

inévitables en l'absence d'une solution législative. En conséquence, dans les litiges entrant dans le taux de compétence de ces juridictions, les justiciables disposent, du moins dans les ressorts où les tribunaux de commerce sont installés, d'une option entre le tribunal de commerce, compétent pour statuer en premier et dernier ressort jusqu'à 100 000 000 de francs CFA, c'est-à-dire y compris le montant le montant constituant le taux de compétence du tribunal d'arrondissement communal. Le tribunal de commerce de Niamey a très bien perçu le risque de se voir inondé par de litiges dont l'enjeu est faible. C'est pourquoi, il a jugé que dès lors que ledit montant est inférieur ou égal à 3.000.000F CFA, le litige de la compétence du Tribunal d'arrondissement communal⁵⁴, en se déclarant incompétent au profit du TAC du domicile du débiteur: En revanche, toutefois que le litige dépasse ce montant, il reconnaît sa compétence⁵⁵ pour statuer en premier et dernier ressort ; tel est

⁵³ C'est une procédure particulière où la juridiction saisie statue en premier et dernier ressort.

⁵⁴ Tribunal de commerce de Niamey, jugement Commercial N°44/2021 Du 31/03/2021, affaire Docteur Souley Fati C/ Hima Aboubacar : « Attendu qu'il résulte de l'article 87 nouveau de la loi n°2020-061 du 25 Décembre 2020 modifiant et complétant la loi n°2018-37 du 1^{er} juin 2018, fixant l'organisation et la compétence des juridictions en république du Niger que les TAC connaissent de toutes les actions purement personnelles ou mobilières à l'égard à toutes personnes, lorsque la valeur du litige n'excède pas trois millions

(3.000.000) francs CFA ; Attendu que l'article 107 nouveau de la même loi indique qu' « en attendant l'installation des TC, les TGI connaîtront du contentieux commercial dont la valeur est supérieure ou égale à trois millions (3.000.000) FCFA » ; Attendu qu'en espèce l'ordonnance d'injonction de payer litigieuse porte sur un montant de 2.338.000 FCFA ».

⁵⁵ Tribunal de commerce de Niamey, jugement n° 023 du 09/02/2022, aff. BOA Niger c/ M. IMBARECK Mohamed, Société SMB AFRIQL SARL (montant de 39 997 587) ; jugement n° 017 du 25/01/2022, aff. Ali Salou c/ Société HALASSI Transport Voyageurs, Issa Hassoumi Boureima.

le cas par exemple lorsque le montant litigieux est de 8 000 000 de francs CFA⁵⁶.

B. Un taux de ressort exagéré

L'article 508 du Code de procédure civile, qui énonce que la voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, omet néanmoins de préciser « sauf exception légale ». Cette voie de recours, vue d'abord comme une voie de réformation ou d'annulation, ensuite, comme une voie d'achèvement du procès, permet, en effet, de corriger le mal jugé des décisions ou de purger la procédure du vice de la décision attaquée⁵⁷. Présenté classiquement comme l'une des garanties élémentaires d'une bonne justice, le principe du double degré de juridiction est en régression en matière civile, du moins, il n'a pas la même intensité

qu'en matière pénale. En effet, il n'est ni un principe général de droit, ni un principe à valeur constitutionnelle⁵⁸ et en droit comparé, la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁹ ne le place pas parmi les exigences d'un procès équitable⁶⁰. Le moins que l'on puisse est que le principe du double degré de juridiction connaît des vicissitudes ; il est plus ou moins largement admis selon les juridictions et les « nécessités de l'heure, c'est-à-dire les contraintes budgétaires et la volonté d'aller au plus vite vers une solution définitive des litiges »⁶¹. Plusieurs raisons peuvent conduire le législateur à le supprimer ou le différer. Il en est ainsi notamment des contraintes budgétaires, de la nécessité

⁵⁶ Tribunal de commerce de Niamey, jugement n° 11/2021 du 02/02/2021, dame Mindaoudou Aichatou c/ Société Niger Pizza : prenant en compte la demande reconventionnelle, étant donné que la demande principale n'est pas chiffrée donc indéterminée.

⁵⁷ L'ouverture d'une voie de recours constitue un frein à l'arbitraire, en ce sens que le juge du premier degré sait que son jugement est toujours susceptible d'être attaqué devant des collègues d'un degré supérieur. Il n'ignore pas que sa décision sera analysée, discutée, critiquée et soumise à leur censure. Ce contrôle potentiel est déjà de nature à refroidir les ardeurs de partialité. On a senti est possible qu'un juge ait été trompé par l'une des parties, qu'il ait erré lui-même ; que ses passions aient été exaltées de manière à concevoir une fausse idée de la cause ; qu'enfin il ait prévarié sciemment par défaut de délicatesse. Il a fallu trouver un remède à ce mal, afin que l'homme probe et vertueux n'en devint

point victime. - J. Vincent et a. Institutions judiciaires, 6^e éd. Dalloz, 2001, n° 97.

⁵⁸ Par exemple, pour le Conseil constitutionnel français, le droit au recours contre une décision de justice ne relève pas d'une exigence constitutionnelle ; en revanche si le recours est mis en place, les droits doivent être garantis.

⁵⁹ La Convention européenne des droits de l'homme n'impose pas l'existence d'un double degré de juridiction sauf en matière pénale.

⁶⁰ L. Cadet, « Feu de l'exécution immédiate des jugements ? », JCP 2002, pp. 1489-1491.

⁶¹ L. Cadet et S. Guinchard, « Le double degré de juridiction », *Justices*, n° 4, 1996, p. 1 Pour ces mêmes auteurs, « le double degré de juridiction traduit à la perfection l'idée que si la procédure est empreinte d'égalité des parties, le procès, dans son étalement sur plusieurs instances, est un équilibre fragile, qui se déroule normalement selon un rythme binaire, délicatement construit et qu'un rien peut dérégler » (p. 8).

d'aller vite vers une solution définitive⁶², du faible enjeu lié au montant litigieux⁶³. Conformément à l'article 34 du CPC, la compétence en raison du montant de la demande ainsi que le taux du ressort en dessous duquel l'appel n'est pas ouvert sont déterminés par les règles propres à chaque juridiction. La valeur du litige commande non seulement la compétence matérielle de la juridiction saisie en première instance mais aussi la mise en œuvre de la règle du double degré de juridiction : au-delà d'un certain taux, la juridiction saisie, quelle qu'elle soit, en principe, ne se prononce qu'à charge d'appel. A cet égard, il est distingué entre le taux de compétence et le taux de ressort. Selon un auteur, « l'élévation des taux peut poursuivre deux objectifs distincts, le premier minimaliste, adapter les taux à l'évolution de la conjoncture économique et sociale, le second maximaliste, utiliser les seuils pour modifier la répartition des contentieux et transférer certaines charges d'une juridiction à une autre »⁶⁴. On a pu ainsi très exactement définir le taux de compétence

comme « le montant dont dépend la compétence d'un tribunal de premier degré ». En pareil cas, la juridiction de premier degré statue en premier ressort. Cela paraît regrettable. S'agissant du taux de ressort ou taux de dernier ressort, il est « le montant dont dépend la possibilité de l'appel ». Lorsque le jugement est rendu en premier et dernier ressort, seule la voie de pourvoi en cassation est permise. Mais nous pouvons dénoncer avec Genin-Méric le risque de banalisation du pourvoi en cassation qui n'est soumis à aucun taux⁶⁵. De plus, la valeur mathématique est seule prise en compte sans rapport avec le patrimoine du demandeur. Si la règle est justifiée par le caractère modique de l'intérêt litigieux afin d'éviter d'encombrer inutilement les juridictions d'appel, elle crée une rupture d'égalité entre les plaideurs, ceux dont le patrimoine est « dérisoire » se voyant privés de ce double examen de leurs affaires. Comme l'a dit un autre auteur, le taux de ressort détourne l'objet premier du recours en appel et qu'il est préférable d'adapter les procédures

⁶² Par exemple, dans les procédures collectives, il y a un verrouillage législatif, puisque les voies de recours sont toujours conçues de manière restrictive afin d'assurer la stabilité de la décision et de parvenir à une décision. En tout cas, elles doivent répondre à des enjeux de célérité et d'efficacité, peu compatibles avec l'exercice de voies de recours. Mieux le législateur a voulu éviter que les procès ne s'éternisent, au détriment de l'entreprise et de ses créanciers.

⁶³ Loïc Cadet, Jacques Normand, Soraya Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, Thémis droit PUF 2010, p. 700 : « Cette exclusion peut se justifier par la modicité de l'affaire ou parla nature singulière de la juridiction ».

⁶⁴ Jean-Marie Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La Documentation française, 1997, p. 30.

⁶⁵ R. Genin-Méric, « Compétence, taux de compétence et taux de ressort », *Juris-Classeur Procédure civile*, Fascicule 210-2, 6, 1992, n° 6.

d'appel aux affaires simples que d'en barrer l'accès⁶⁶. Rares sont les cas où le législateur nigérien a fixé un taux de ressort. Il aurait dû d'ailleurs le généraliser pour toutes les juridictions de droit commun. La notion de taux de compétence en matière civile revient à soumettre au tribunal de droit commun, par principe, les demandes qui ne sont pas expressément renvoyées devant un tribunal d'exception. Ensuite seulement, dans le cadre de la répartition des litiges entre les juridictions civiles dans les matières personnelles ou réelles il y a lieu de faire application des taux de compétence. Le législateur l'a déjà fait s'agissant du contentieux du travail jusqu'à 100 000. L'article 18, alinéa 1^{er} de la loi, les tribunaux de commerce statuent en premier et dernier ressort, sur toutes les demandes dont le taux n'excède pas cent millions (100 000 000) de francs CFA. Le montant a été arbitrairement fixé sans tenir compte des réalités économiques nationales. Tout observateur a du mal à comprendre pourquoi le taux de ressort est porté à la

hauteur d'un tel montant, apparemment le plus élevé dans l'espace UEMOA, loin devant la Côte-d'Ivoire⁶⁷ et le Sénégal⁶⁸. Les taux doivent mieux rendre compte des réalités économiques et sont utilisés pour restaurer l'équilibre général des attributions respectives des juridictions. En tout cas, considérer qu'à cent millions l'enjeu n'est pas considérable dans un contexte comme le Niger est assez curieux. Cela est d'autant plus contestable pour quiconque connaît le tissu économique national composé essentiellement des PME-PMI. C'est dire que les Cours d'appel de commerce ne sont pas faites apparemment pour les petits opérateurs, lorsque le jugement a été rendu par les tribunaux de commerce. Cela traduit l'impréparation de la loi sur les tribunaux de commerce. En outre, c'est un obstacle supplémentaire qui vient s'ajouter aux difficultés d'accès à la CCJA par les PME-PMI. Voilà qui prive les plaideurs au moins d'une deuxième chance de voir leur affaire rejugée. Il serait illusoire dans la majorité des cas que des pourvois en cassation serait

⁶⁶ C. Lefort, La voie de l'appel, thèse Angers, 2000, n° 298, p. 259. J. Carbonnier, « *De minimis...* », Mélanges dédiés à Jean Vincent, 1981, Dalloz, p. 29.

⁶⁷ En réalité, le législateur sénégalais a dû faire marche arrière. En effet, initialement, il était prévu que les tribunaux de commerce statuaient en premier et dernier ressort jusqu'à un milliard (1 000 000 000) de francs CFA. Sous le poids des critiques, il a l'a ramené à vingt-cinq millions (25.000.000) de Francs CFA.

⁶⁸ Sénégal : loi n° 2020-14 du 08 avril 2020 modifiant loi n° 2017-24 du 28 juin 2017 portant

création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce et des Chambres commerciales d'Appel (10 000.000) - Côte-d'Ivoire (10 000 000) de francs.-Togo : article 6 nouveau de la loi n° 2018-028 du 10 décembre 2018 instituant les juridictions commerciales en République togolaise modifiée par la loi n° 2020-002 du 07 janvier 2020 (un million ou cent mille en revenus annuels calculés soit par rente, soit par prix de bail). Bénin : loi n° 2020-08 du 23 avril 2020, portant modernisation de la justice (jusqu'à 5 millions).

exercés. En vérité, il aurait fallu inverser en fermant l'accès au pourvoi et laisser la voie d'appel. C'est la raison pour laquelle le montant exagéré doit être revu à la baisse au moins, à la moyenne en vigueur dans les pays UEMOA. Autrement, si la volonté du législateur était d'en faire des juridictions compétentes uniquement des litiges à grands enjeux financiers, il aurait dû emboîter les pas du législateur burkinabè. En effet, aux termes de l'article 71 de la loi n° 017-2019/AN du 2 mai 2019 portant organisation judiciaire au Burkina Faso, les tribunaux de commerce connaissent des contestations dont le taux évalué en argent est supérieur à trois cent millions (300 000 000) de francs⁶⁹.

En voulant sacrifier le double degré de juridiction à l'autel de la célérité, les plaideurs sont placés dans une situation inéquitable. La loi n° 2020-061 du 25 décembre 2020 modifiant et complétant la loi n° 2018-37 du 1^{er} juin 2018, fixant l'organisation et la compétence des juridiction en république du Niger a distingué entre la matière civile et la matière commerciale. Alors qu'en matière civile, les tribunaux d'arrondissement communaux et les tribunaux d'instance connaissent des litiges dont l'intérêt est inférieur ou égal à cinq millions (5 000 000) FCFA, en matière

commerciale, ils connaissent des litiges dont l'intérêt est inférieur ou égal à trois millions (3 000 000) FCFA, les tribunaux communaux, lorsque l'intérêt est inférieur ou égal à 1000 000 mais sans en fixer un taux de ressort. En revanche, pour les juridictions de droit commun appelées à connaître d'un litige de moindre importance, il n'a pas été fixé un taux de ressort. Devant les tribunaux d'instance et les tribunaux communaux, la possibilité est offerte d'interjeter appel pour des montants insignifiants, la loi ayant fixé des taux de compétence, par rapport au taux de ressort du tribunal de commerce. N'eut été le faible enjeu du litige qui dissuaderait tant de téméraires, la Cour d'appel de commerce serait submergée de petits litiges. Sans le savoir peut-être le législateur a créé une justice à double vitesse. En l'absence d'une généralisation du taux de ressort, idéalement par voie réglementaire pour être plus facilement modifié pour tenir compte de l'inflation, tout chevauchement des compétences conduit à des aberrations.

En vertu de l'article 14 du Traité OHADA, la CCJA se prononce également sur « les décisions non susceptibles d'appel ». Certains jugements peuvent improprement être qualifiés tels. A cet égard, la jurisprudence OHADA pourrait s'inspirer

⁶⁹ Auparavant, la loi n° 22-2009/AN du 12 mai 2009 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce au

Burkina Faso, ces tribunaux sont compétents lorsque le taux évalué en argent était supérieur à un million (art. 3).

du droit français où l'article 536 du Code de procédure civile dispose que « la qualification inexacte d'un jugement par les juges qui l'ont rendu est sans effet sur le droit d'exercer un recours »⁷⁰. Inversement, l'appel n'est pas recevable contre une décision qualifiée à tort de jugement en premier et dernier ressort⁷¹.

Les règles de détermination du taux de ressort et du taux de compétence sont extrêmement complexes en ce qui concerne en particulier les éléments et le moment à prendre en considération pour évaluer la demande⁷². Il est longtemps acquis qu'en cas d'une seule demande contre un seul demandeur, la valeur est calculée en

principal sans prendre en considération le montant de la condamnation⁷³. Le principal comprend à la fois le capital proprement dit⁷⁴, les intérêts échus et les fruits dus, ainsi que les dommages-intérêts⁷⁵. En principe, ces taux s'apprécient au jour de l'introduction de la demande initiale. Un auteur a pu dire qu'il s'agit du « montant réclamé par la partie, et non alloué par le juge, dans son acte introductif d'instance, et non dans ses (dernières) conclusions »⁷⁶. Toutefois, le principe de « l'immutabilité du litige »⁷⁷ ne peut ignorer la dynamique du procès qui fait que celui-ci continue d'évoluer par le truchement des demandes incidentes⁷⁸, qui, conformément au droit

⁷⁰ Pour l'exercice de l'appel alors que le jugement a été qualifié faussement en premier et dernier ressort : Cass. civ. 3^e, 16 juill. 1974, Bull. civ. III, n° 304. – Soc. 15 juin 1995, 27 arrêts, JCP 1995. II. 22530, note Perdriau.

⁷¹ Cass. civ. 2^e, 26 nov. 1965, D. 1966. Somm. 44. – 6 déc. 1991, Gaz. Pal. 1992. 2. Somm. 271, obs. Ferrand et Moussa.

⁷² C. Cambier, Droit judiciaire civil, t. II, La compétence, Bruxelles, Larcier, 1981, pp. 38 et 39 : « une valeur ne peut être, dès lors, reconnue qu'aux seules demandes en réclamation de sommes ou de titres représentatifs de sommes. Toutes autres prétentions formulées par le demandeur échappent, quelle que soit leur importance, à l'application du critère : leur valeur n'est point chiffrée et ne peut l'être d'après les normes établies par la loi ; elle est indéterminée ».

⁷³ Cass. civ. 26 juill. 1882, DP 1883. 1. 342. Le but est d'éviter que la fixation de cette valeur laissée à la volonté du juge. Glasson, Tissier et Morel, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, t. 1, 3^e éd., 1925, Sirey, n° 297. – Garsonnet et César-Bru, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, t. 6, 3^e éd., 1915, Sirey, n° 52.

⁷⁴ Il doit s'entendre, au sens large, non seulement de la somme d'argent réclamée, si la demande a pour objet une somme d'argent, mais aussi de la

prestation dont l'exécution fait l'objet du litige et qu'il s'agira d'évaluer en argent pour fixer la compétence.

⁷⁵ Par contre, sont exclus les intérêts et fruits échus postérieurement à la demande et les dépens

⁷⁶ Gilberete Closset-Marchal, La compétence en droit judiciaire privé, Larcier 2009, n° 40.

⁷⁷ La doctrine classique a longtemps enseigné que l'étendue de l'instance était définitivement fixée par la demande en justice et que, durant le procès, il n'était pas possible d'en modifier les éléments constitutifs. La doctrine a été clairement résumée par Morel : « ...le demandeur fixe le cadre dans lequel pourront se mouvoir le juge et les parties », et a-t-il ajouté : « une fois la demande formulée, il est en quelque prisonnier de sa formule en ce sens qu'il ne peut modifier sa demande en cours d'instance » (Traité élémentaire de procédure civile, 2^e éd. n° 350, p. 288). Tel était le principe dit de « l'immutabilité de la demande » ou, plus exactement de « l'immutabilité du litige ».

⁷⁸ Article 19, alinéa 2 du CPC. Ces demandes sont la demande additionnelle, la demande reconventionnelle ou l'intervention d'un tiers. Il est tenu compte de l'évaluation définitive par le demandeur de ses prétentions en principal (Cass. civ. 3^e, 15 juin 1977, n° 76-13.749 : « Le taux de ressort est fixé par le dernier état des conclusions qui fixent le chiffre de la demande »).

commun peuvent modifier l'objet du litige, à la seule condition de l'existence d'un lien suffisant avec la demande originaire. Il faut souligner que la loi sur les tribunaux de commerce n'a envisagé que l'hypothèse de la demande reconventionnelle ou en cas de compensation⁷⁹. Sans préjudice de la loi sur les tribunaux de commerce, dit l'article 2 de ladite, les tribunaux de commerce sont soumis aux règles de droit commun du CPC, oblige le juge il faut donc se référer à ce Code pour la détermination du taux de compétence et du taux de ressort. Les articles 38 à 40 du CPC distinguent plusieurs hypothèses en ce qui concerne l'évaluation de la demande.

D'abord, aux termes de l'article 38, alinéa 1^{er} du CPC, lorsque plusieurs prétentions fondées sur des faits différents et non connexes sont émises par un demandeur contre le même adversaire et réunies en une même instance, le taux du ressort est déterminé par la valeur de chaque prétention considérée isolément.

Ensuite, selon l'alinéa 2 du même article, lorsque les prétentions réunies sont fondées sur les mêmes faits ou sont connexes, le taux du ressort est déterminé par la valeur totale de ces prétentions.

Par ailleurs, lorsque les prétentions sont émises, dans une même instance et en vertu d'un titre commun par plusieurs

demandeurs ou contre plusieurs défendeurs, le taux du ressort est déterminé pour l'ensemble des prétentions par la plus élevée d'entre elles. Enfin, le juge se prononce toutefois en dernier ressort si la seule demande qui excède le taux du dernier ressort est une demande reconventionnelle en dommages-intérêts fondée exclusivement sur la demande initiale.

II. Des juridictions mal armées pour accomplir leurs fonctions

Une bonne distribution de la justice suppose au moins des juges compétents, nombreux et motivés. A l'instar des autres pays ayant créé les juridictions commerciales, le Niger a institué la mixité qui se révèle être problématique (A). En outre, dans ces juridictions spéciales, il est très souvent difficile de concilier la qualité et la célérité (B).

A. Une mixité problématique

Les pays africains ne se sont pas s'inspirés du système français, s'agissant de la composition des tribunaux de commerce, où historiquement, ces tribunaux sont constitués uniquement des commerçants.

79

Hormis les situations particulières en Alsace et en Outre-mer où règne la mixité, leur composition est parfaitement homogène. Et toute réforme tendant à instaurer l'échevinage est mal vue par les juges commerçants qui « voient dans cette mixité projetée une vexation et une tentation de mettre la corporation en coupe réglée et, de plus, la volonté d'opposer magistrats consulaires et magistrats professionnels »⁸⁰. L'originalité du recrutement des juges consulaires a été considérée comme leur force. En effet, « les juges consulaires possèdent en raison de leur expérience professionnelle une très bonne connaissance des activités économiques »⁸¹. Ils détiennent une incontestable capacité à juger de façon pragmatique des situations économiques et financières susceptibles d'entraîner des drames humains considérables »⁸². Ils disposent d'un savoir-faire pratique du fonctionnement de l'entreprise.

En réalité, les juridictions du fond qui connaissent du droit OHADA dans les Etats-parties se répartissent en quatre

groupes. Le premier est composé des Etats qui ont confié l'exclusivité du contentieux des affaires aux seuls tribunaux de commerce. Pour le moment, seul le Tchad en fait partie. Le deuxième est constitué des Etats, comme le Cameroun, dont l'exclusivité du contentieux des affaires est confiée aux juridictions ordinaires. Concernant le troisième, il comprend les Etats qui ont opté pour un système mixte à titre transitoire, en attendant la mise en place des tribunaux de commerce qui connaîtront de l'exclusivité du contentieux des affaires. Relèvent de ce groupe le Togo, l'Union des Comores et le Bénin. Enfin, le quatrième groupe est composé des Etats qui ont opté, par une sorte d'effet de mode, pour un système mixte avec la coexistence permanente des tribunaux de commerce et des tribunaux de droit commun. Relèvent de ce groupe la RDC, le Sénégal, le Niger, le Mali, la Guinée, la Côte d'Ivoire, le Congo et le Burkina Faso. En effet, au Niger, selon l'article 2, alinéa 4, de la loi n° 2019-01 du 30 avril 2019, les tribunaux de commerce et

⁸⁰ Henri Roland et Laurent Boyer, Introduction au droit, Litec, 2002, n° 761.

⁸¹ Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit des affaires, Montchrestien, 1989, n° 333. Cet auteur explique les besoins qui, historiquement, ont présidé à la création des juridictions commerciales en France. En effet, les négociants « harcelaient le pouvoir royal et lui répétaient combien il était inadmissible qu'eux, commerçants, avec leurs besoins spécifiques, dussent passer devant les juridictions ordinaires. Ceci pour plusieurs motifs : d'abord les

juridictions ordinaires étaient extrêmement lentes ; les commerçants perdaient leur temps devant les tribunaux dont la pesanteur était déjà proverbiale, dont le langage n'était pas celui des marchands, qui n'en comprenaient pas les plaidoiries ».

⁸² Conférence Générale des Juges Consulaires de France, Rapport de la Commission Prospective, « Du tribunal de commerce au tribunal des activités économiques. Pour une justice commerciale attractive et efficace », novembre 2018, tribunaux de commerce.fr, p. 11.

les chambres commerciales spécialisées statuent en composition mixte : des juges professionnels et des juges consulaires. L'observation de Lubin Lilkoff parlant du contexte canadien est transposable dans le contexte africain. Selon lui « Les commerçants n'ont pas, comme en France, ce fort sentiment d'appartenance à une classe sociale ayant ses traditions, usages, éthique professionnelle et esprit de corps. Il est difficilement concevable par conséquent d'organiser une juridiction consulaire. Un commerçant canadien ne consentira pas, non plus, à consacrer deux, trois ou plusieurs années de sa vie à servir sa profession comme juge, gratuitement »⁸³.

En tout cas, ce qui détermine un opérateur économique ou un dirigeant à siéger dans ces tribunaux ce n'est pas en raison du prestige que la fonction pourrait lui procurer.

En vérité, une justice commerciale uniquement composée des juges professionnels a montré ses limites. En effet, ces juges sont trop éloignés de la pratique des affaires pour en percevoir les contraintes. Comme le soulignait Walter Lammel, « La complexité et l'extension des

marchés rendent aujourd'hui la compréhension des enjeux économiques de plus en plus délicate à appréhender. Par conséquent celui qui ne participe pas lui-même activement à la vie économique, se trouvera limité dans son appréciation de la portée des mesures de politique économique et de leur impact sur la vie économique »⁸⁴.

Il n'y a aucune différence de traitement, du moins dans la diligence, entre un dossier civil et un dossier commercial. Comme le disait un auteur, « Il est difficilement concevable que le même juge, magistrat de carrière, ait un comportement différent suivant qu'il s'agisse d'une affaire civile ou commerciale »⁸⁵.

D'autre part, il ne pouvait pas envisager une juridiction commerciale composée seulement des juges consulaires. C'est pourquoi, il a institué le système de mixité, qui présenterait le double avantage de

⁸³ Lubin Lilkoff, « Le règlement des litiges commerciaux dans un système sans tribunaux de commerce : l'expérience québécoise », Les Cahiers de droit, volume 24, n° 3, 1983, p. 516.

⁸⁴ Walter Lammel, « L'avenir des tribunaux de commerce en Europe », La lettre du Juriste Européen, n° 10, juin 2001. Selon le même auteur, « Une jurisprudence à la fois respectueuse du

droit et des besoins de la pratique ne peut être garantie que par la collaboration entre juges élus et juges professionnels ».

⁸⁵ Lubin Lilkoff, « Le règlement des litiges commerciaux dans un système sans tribunaux de commerce : l'expérience québécoise », Les Cahiers de droit, volume 24, n° 3, 1983, p. 507.

garantir à la fois une justice impartiale⁸⁶ et une justice équilibrée⁸⁷.

Dans le contexte économique de nombre de pays OHADA, nombre de grandes fortunes sont détenues par des opérateurs quasi-lettrés voire illettrés, évoluant pour l'essentiel dans la jungle de l'informalité ou de la quasi-formalité. Ils ont acquis l'habileté d'esquiver la loi et d'échapper au contrôle du fisc. Du fonctionnement des organisations professionnelles des commerçants, ils n'en ont cure. Si même des sociétés sont créées, elles le sont par nécessité, souvent pour le besoin des marchés publics. Elles ne fonctionnent pas conformément aux exigences légales. Jusqu'à une période récente, le rêve de tout haut et bon diplômé est de travailler dans la fonction publique et à défaut dans le secteur privé formel. Le goût du risque peine à gagner du terrain au sein des diplômés. C'est dire que l'intelligentsia commerçante ne draine pas grand monde. C'est elle qui adhère en général aux organisations

professionnelles⁸⁸. Le législateur en est d'ailleurs conscient. C'est pourquoi, il n'exige pas de qualifications particulières. En effet, point n'est besoin d'un diplôme quelconque pour accéder au statut des juges consulaires. Ils doivent, dit l'article 9, alinéa 2, « savoir lire et écrire dans la langue officielle ». Ensuite, ils doivent avoir, pendant cinq (5) ans au moins, exercé le commerce ou participé à la gestion d'une société commerciale ou à la direction d'une organisation professionnelle ou interprofessionnelle représentative du commerce ou avoir exercé des fonctions d'encadrement dans de telles sociétés ou organisation. Enfin, pour accéder à la dignité de la fonction du juge consulaire, le candidat doit être de bonne moralité et n'avoir pas été déclaré en banqueroute ni être en état de redressement judiciaire⁸⁹ ou de liquidation des biens. Pour le respect de ces différentes conditions, il faut compter sur l'angélisme de la chambre de commerce et d'industrie du Niger (CCIN) qui établit

⁸⁶ Selon le Rapport n° 1038, Assemblée Nationale française, fait au nom de la d'enquête sur l'activité et le fonctionnement, (rapporteur Arnaud Montebourg) : « L'échevinage apporte aux justiciables la certitude que la justice est structurellement impartiale, non parce que le président, juge professionnel est infaillible mais parce qu'il est en dehors des milieux économiques. Le justiciable, chef d'entreprise, sait donc qu'il ne sera pas jugé en fonction des relations amicales ou commerciales qu'il entretient avec le président de la juridiction... ».

⁸⁷ Rapport n° 1038, idem. : « Le deuxième avantage de l'échevinage est le caractère équilibré de la justice rendue. En effet, la confrontation au sein d'une

même juridiction de la culture de l'entreprise et de la culture judiciaire permet l'instauration d'un dialogue constructif aboutissant à une décision équilibrée. L'échevinage apporte aux juges tant professionnels que commerciaux une véritable formation professionnelle constante et réciproque. Chacun confronte sa propre expérience à celle de l'autre ».

⁸⁸ En particulier, la Chambre de commerce et d'industrie du Niger, les organisations syndicales.

⁸⁹ Par inadvertance, le législateur continue d'employer l'expression « règlement judiciaire » (article 9, alinéa 2) en lieu et place de « redressement judiciaire ».

annuellement la liste des juges consulaires et leurs suppléants en relation avec les chambres consulaires et sur proposition des corporations d'opérateurs économiques légalement constituées.

Le statut de la magistrature⁹⁰ vise à créer un cadre garantissant l'indépendance du corps judiciaire, en particulier les magistrats dont la fonction est de dire le droit, surtout à l'égard du pouvoir exécutif qui intervient dans le déroulement de leurs carrières. L'indépendance se définit comme « la qualité d'une personne ou d'une institution qui ne reçoit d'ordres ou même de suggestions, d'aucune sorte, qui est donc seule à prendre les décisions qu'elle prend, et qui, en outre, n'a pas à rendre de compte puisque rendre compte évoque la critique »⁹¹. En revanche, les juges consulaires ne sont pas exposés au risque comparable d'empiètement de leur indépendance de la part du pouvoir exécutif, eu égard aux spécificités de leur mode de recrutement et à l'absence de carrière.

Dans le contexte français qui a connu une longue expérience en la matière, il a été indiqué les élections souffrent

principalement de trois maux à savoir « un taux d'abstention très élevé, un mode de désignation plus proche de la cooptation que de l'élection, une surreprésentation de certaines catégories du corps électoral des juges consulaires »⁹². Ce risque de cooptation est encore plus grand dans le contexte africain en général et nigérien en particulier. Les chances des intrus et des jaloux de leur indépendance de figurer sur les listes transmises au ministre de la justice en vue de leur nomination sont minces. Très souvent, il faut appartenir à un réseau. Or, tout le monde connaît les inconvénients de la redevabilité envers les mandats influents, s'agissant des mandats électifs et de ceux qui nomment et qui renouvellent⁹³.

Au fond, la mixité n'est qu'une option mais jamais une panacée. D'abord, elle n'est jamais complète. Elle n'existe pas à la CCJA. Même en France, les tribunaux de commerce composés des commerçants n'existent qu'au premier degré. En second lieu, puisqu'il s'agit d'appliquer la loi, la coutume ou les usages aux faits, ce qui est le travail habituel des juges professionnels, point n'est absolument besoin des juges

⁹⁰ Loi n° 2018-36 du 24 mai 2018 portant statut de la magistrature. Le statut de la magistrature constitue un corps de règles, énonçant des garanties renforcées par rapport au droit de la fonction publique, qui assure aux magistrats des conditions d'exercice de leur profession qui soient en conformité avec l'indépendance de la justice.

⁹¹ Jean Pradel. « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *RSC 1990*, p. 692.

⁹² Géraldine Maugan, « Trente propositions pour une justice commerciale renouvelée », *Droit et Procédures*, 2013, 6, p. 127.

⁹³ J. E. Krings, « Les juges professionnels et non professionnels », *Rapports belges au 10^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 165 et s., spéc. pp. 171-172.

consulaires pour statuer⁹⁴. L'argument de la prégnance de ces derniers dans la connaissance des coutumes et usages du commerce ne saurait être dirimante, étant donné qu'à l'audience leurs contenus seront connues de tous à l'audience.

Depuis de nombreuses années, les critiques envers les juges consulaires se traduisent par une remise en cause de leur intégrité et de leur impartialité comme le souligne Mme Fricero qui estime que « ce réel atout, celui d'une justice de proximité, a aussi son grave revers, en ce sens qu'il est difficile d'échapper à toute confusion d'intérêts pour demeurer impartial »⁹⁵. Ils sont appelés parfois à trancher des litiges impliquant tantôt des amis partenaires, tantôt des concurrents. Le risque de conflit d'intérêts est très grand. C'est pourquoi, il faut, à l'égard, prévoir des règles déontologiques assez corsées.

Il est à peine besoin de le rappeler, ces organisations n'ont aucun intérêt à faire nommer⁹⁶ et à se faire juger par des commerçants faillis ou malhonnêtes. Elles

devraient être très exigeantes sur les choix de leurs juges, pour éviter l'autoflagellation. Mais, il ne faut pas se faire trop d'illusion. Les dirigeants ou les opérateurs économiques « trop affairés », c'est-à-dire en apogée dans leur business, se déplaçant fréquemment dans le cadre de leurs activités, ne se bousculent pas pour cette fonction absorbante et exigeante. Il en est également ainsi des commerçants semi-lettrés, la condition de « savoir lire et écrire dans la langue officielle », n'étant qu'une condition minimale ; dans les faits, ces derniers ne devraient pas s'y aventurer. Même si c'était le cas, ils seraient bloqués par le tamis de la CCIN.

La fonction de juger étant une fonction spécifique, qui ne peut être exercée par intuition, qui exige plus que le simple bon sens ou le sens de la logique, les jugements des juridictions commerciales étant soumises à l'obligation de motivation en se fondant sur le droit et la jurisprudence. Celui qui ne sait que « lire et écrire dans la

⁹⁴ Comme le disait depuis fort longtemps Aristote, « Le fabricant ne saurait être ni le seul ni le meilleur juge dans la mesure où ceux qui ne sont pas des techniciens ont aussi à connaître des produits : connaître d'une maison par exemple, ce n'est pas seulement le fait de celui qui la construit, mais celui qui s'en sert en juge mieux.... », in *les Politique*.

⁹⁵ N.Fricero, « Les procédures collectives à l'épreuve du procès équitable », in *Mélanges Honorât, Procédures collectives et droit des affaires*, Edition Frison-Roche, 2000, p. 17, not. p. 19. Cécile Unermaier, « Les tribunaux de commerce, une juridiction d'exception à la croisée des chemins »,

La justice en perspectives, *Après demain*, n° 30, juillet 2014, p. 25 : « Les acteurs économiques sont jugés par leurs pairs, mais l'argument est à double tranchant, car la proximité constitue aussi une difficulté majeure pour établir l'impartialité objective nécessaire au traitement de litiges entre et avec des personnes qui très souvent se connaissent de près ou de loin »

⁹⁶ Les juges consulaires sont nommés par arrêté du ministre de la justice, après avis du ministre de commerce.

langue officielle » n'est pas suffisamment et efficacement armé pour participer aux débats et au délibéré, les juges consulaires ayant voix délibérative, même s'il se prévaut d'une méthode de management d'une bonne compréhension du litige et de son environnement. C'est dire qu'il lui faut des prérequis indispensables, sachant qu'il est difficile d'avoir un pied à la boutique et un pied au palais. En vérité, le président de la juridiction prend en compte dans les faits les profils des juges consulaires dans les programmations des dossiers à juger. Faute mieux, il se contentera des profils disponibles. Il est aisé de comprendre les gymnastiques auxquelles il se livre pour composer les formations de jugement. Comme le relevait le président du Tribunal de commerce, « depuis l'installation officielle du Tribunal de Commerce le 14 Avril 2016, les juges professionnels, les juges consulaires, les greffiers et agents ont bénéficié d'une seule formation courant mois de juin 2017 à l'ERSUMA, ce qui est -de loin dérisoire eu égard à la complexité et à l'évolution du droit des affaires dans l'espace OHADA. D'ailleurs, le personnel administratif n'a bénéficié d'aucune formation jusqu'à ce jour. Il a été rappelé à plusieurs occasions l'importance de la formation pour le personnel du

Tribunal »⁹⁷.

Il faut noter par ailleurs que la loi n° 2022-31 du 23 juin 2022 fixant la composition, l'organisation, la compétence et la procédure à suivre devant les cours d'appel de commerce renvoie à la loi 2019-01 du 30 avril 2019, modifiée et complétée par la loi n° 2019-78 du 31 décembre 2019 en ce qui a trait au statut des conseillers consulaires et leurs conditions de nomination. S'il est vrai que ce qui est recherché des juges consulaires du premier et du second degré, c'est l'expérience dans la pratique ou la direction des affaires, il eût fallu exiger davantage plus d'autres conditions s'agissant des conseillers consulaires. En effet, en tant que juges de second degré, ils sont appelés à connaître des appels interjetés contre les jugements rendus par des formations où ont siégé leurs pairs nommés dans les mêmes conditions. C'est la raison pour laquelle, nous pensons qu'il fallait élaborer un véritable statut des conseillers consulaires en discriminant par rapport aux juges consulaires du premier degré. Cela pourrait passer par l'élévation du nombre d'années d'expérience dans la pratique des affaires et du niveau minimum de formation requis, la justification préalable de la participation à certains

⁹⁷ Compte-rendu du fonctionnement du Tribunal de commerce de Niamey au titre du mois d'octobre 2022, novembre 2022, pp. 6-7, inédit.

modules organisés par une Ecole de formation judiciaire ou par tout autre établissement de formation agréé par l'Etat.

Non seulement, il lui faut améliorer ses connaissances de la « langue officielle » avant de comprendre les spécificités du jargon juridique et du jargon judiciaire. L'œuvre n'étant qu'à ses début et le chantier énorme, il faut à la fois du temps et une volonté politique véritable pour en assurer l'efficacité. C'est le prix à payer à chaque fois qu'il est fait appel aux simples citoyens⁹⁸ pour assumer les fonctions des juges. Mais la problématique se pose avec beaucoup d'acuité s'agissant du contentieux des affaires. Le champ de compétence des juridictions commerciales couvre des matières qui sont d'une complexité et d'une technicité déconcertantes même pour les juges professionnels. A titre illustratif, l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et

des voies d'exécution, heureusement en cours de révision⁹⁹, comporte plusieurs procédures d'une complexité rebutante et dont l'application alimente un contentieux le plus important tant du point de vue quantitatif que du point de vue qualitatif et sur des questions des plus controversées connues par la CCJA elle-même¹⁰⁰. A cela, il faut ajouter le droit des procédures collectives, « terre de conflits, terre de rencontres », pour reprendre la formule du professeur Philippe Roussel Galle¹⁰¹, dont la pluridisciplinarité pose souvent la problématique d'interférence et d'articulation avec les autres branches du droit. Le législateur en est parfaitement conscient. C'est la raison laquelle, certaines fonctions au sein des juridictions commerciales ne sont exercées que par les juges professionnels, tels que la présidence de la juridiction, la mise en état, l'orientation du processus délibératif, la rédaction des jugements. Le risque est de voir les juges consulaires d'être des « sous-

⁹⁸ C'est le cas des jurés des chambres criminelles des TGI et des assesseurs des tribunaux du travail.

⁹⁹ L'étude relative à la révision de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution a été confiée au consortium Laboratoire Droit et Environnement, Cabinet Ba & Cabinet FIDECA, (2022) par OHADA-Banque Mondiale. Il est à rappeler que de tous les premiers Actes uniformes adoptés en 1998, il est le seul à ne pas révisé. En droit français, v. René Lauba, Le contentieux de l'exécution, LexisNexis 2012.

¹⁰⁰ Il s'agit en particulier de la clarification de la qualité des tiers saisi dans la saisie-attribution,

l'ordre de priorité pour le paiement des différentes catégories des créanciers, en cohérence avec l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, la délimitation du champ de compétence des juridictions ainsi que celui du juge de l'exécution, l'accélération des procédures de recours, l'encadrement des immunités d'exécution.

¹⁰¹ Philippe Roussel Galle, « Le droit des entreprises en difficulté, terre de conflits, terre de rencontres », Entreprises en difficulté, (sous la direction de), LexisNexis 2012, p. XXI. Pour lui, le droit des entreprises en difficulté entretient des relations avec de nombreuses autres branches du droit, ce qui constitue sa plus grande richesse ».

juges » des juges de seconde zone sans influence véritable. La crainte est de voir imposer une forme de mixité dans laquelle ils deviendraient les subordonnés des juges professionnels et ne participent pas à égalité au délibéré et à la prise de décision de justice.

Toutes ces considérations postulent l'impérieuse nécessité de la formation initiale et continue des juges consulaires, même si ce besoin est aussi pressant s'agissant des juges professionnels. La reconnaissance de l'importance de la formation des magistrats est affirmée comme « complément ou garantie des principes inhérents à leur indépendance et leur impartialité » dans les Principes fondamentaux de l'ONU relatifs à l'indépendance de la magistrature adoptés en 1985¹⁰². L'article 12 du décret n° 2017-012/PRN/MJ du 06 janvier 2017 portant modalités d'application de la loi n° 2015-08 du 10 avril 2015, fixant l'organisation, la compétence, la procédure à suivre et le fonctionnement des Tribunaux de

Commerce en République du Niger, avant d'exercer leurs fonctions, les juges consulaires suivent une formation initiale obligatoire d'une durée d'au moins quinze (15) jours. La formation porte notamment sur le fonctionnement de la justice commerciale et les fonctions qu'ils devront exercer, les Actes uniformes, les conventions internationales, le droit pénal des affaires. Au cours de leur mandat, les juges consulaires bénéficient également d'une formation continue. « Dans le même temps, des magistrats professionnels doivent être davantage formés aux questions économiques »¹⁰³.

Par ailleurs, le bénévolat a été vanté comme l'une des spécificités des tribunaux de commerce en France. Facteur d'indépendance, il rend la fonction moins attrayante pour des opérateurs qui ne le sont que de nom, plus syndiqués que vrais entrepreneurs. Il permet, en tout cas, d'éviter que la fonction soit un refuge pour des opérateurs dont les affaires sont inespérées. Mais si en France, les juges consulaires ne reçoivent ni traitement ni salaire ni indemnité¹⁰⁴, au Niger, la loi

¹⁰² C'est affirmé également dans la recommandation n° R(94)12 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 13 octobre 1994 sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges et encore dans la Charte européenne sur le statut des juges de juillet 1998. En outre, la résolution de 2002 instituant la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) dispose que « la formation initiale et en cours d'emploi est un droit et un devoir pour tous ceux concourant au service judiciaire et une exigence essentielle pour que la justice remplisse ses

missions » et que « la formation doit être garantie en tenant compte des instruments internationaux adoptés au Conseil de l'Europe en la matière ».

¹⁰³ Cécile Unermaier, « Les tribunaux de commerce, une juridiction d'exception à la croisée des chemins », *La justice en perspectives*, Après demain, n° 30, juillet 2014, p. 25

¹⁰⁴ Conseil de l'Europe - GRECO, Rapport d'évaluation « Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs »,

précise que les juges consulaires bénéficient d'indemnités et avantages fixés par décret pris en conseil des ministres. A cet égard, le décret n° 2017-012/PRN/MJ du 06 janvier 2017 portant modalités d'application de la loi n° 2015-08 du 10 avril 2015 dispose que l'indemnité forfaitaire brute allouée aux juges consulaires est fixée par audience, d'un montant de 25 000 FCFA, avant application des prélèvements sociaux, retenus à la source. Cette indemnité n'est ni un salaire en ce sens qu'elle est versée même aux juges professionnels et n'a ni vocation de compenser le manque à gagner qu'aurait subi l'opérateur économique pendant son absence de la boutique. On peut lire dans le rapport d'activités du tribunal de commerce de Niamey, au titre de l'année judiciaire 2018-2019 que « La situation du paiement des indemnités des juges consulaires par contre reste une préoccupation majeure dans la mesure où les crédits délégués à la juridiction sont insuffisants pour faire face à ces dépenses »¹⁰⁵.

B. La difficile alchimie entre célérité et qualité

Il est très bien connu que des procédures inefficaces ou inadéquates ne peuvent que nuire à la crédibilité du système judiciaire. Mais dans leur fixation, le législateur se trouve placé entre deux écueils : d'une part, si les formes sont trop simples et trop rapides, l'instruction des affaires sera trop précipitée, les chances d'erreur trop nombreuses ; d'autre part, si les formes sont trop nombreuses, elles engendrent une perte de temps et des frais considérables, nuisibles à la partie même qui finit par obtenir gain de cause. En effet, une justice bien administrée est celle qui, tout en étant rendue sans retard injustifiée, assure un minimum de prévisibilité dans ses décisions. Il ne faudrait pas que la quantité prenne le pas sur la qualité, c'est-à-dire que le souci de faire parler les chiffres, à travers de bonnes mais trompeuses statistiques, fasse occulter l'impératif cardinal de qualité, qui, elle-même, est une notion à multiple facettes. Encore que selon Lucie Cluzel-Métayer et Agnès Sauviat, « la qualité de la justice est rétive à toute unité conceptuelle. Evolutive, plastique, relative, elle est à la fois fonction des acteurs

Strasbourg, 2-6 décembre 2013 : « Le bénévolat est critiquable d'autant qu'il sous-tend que les entreprises employant les juges consulaires continuent à leur verser leur salaire pour le temps

consacré à cette activité, ce qui suscite de grandes craintes sous l'angle de l'indépendance ».

¹⁰⁵ Rapport annuel d'activités du Tribunal de commerce de Niamey, du 1^{er} octobre 2018 au 30 septembre 2019.

(justiciables, avocats, magistrats, greffiers), fonction de l'objet (processus interne, procès et décision de justice) et fonction du système (judiciaire et administratif) auquel elle s'applique »¹⁰⁶. C'est dire que célérité¹⁰⁷ et qualité concourent ensemble, avec d'autres garanties organiques¹⁰⁸ et fonctionnelles, à l'efficacité voire l'efficience¹⁰⁹, qui est déjà une préoccupation ancienne du législateur. Comme le soulignait Jean-Paul et Hélène Pauliat, « malgré d'importants efforts ces dernières années, les modalités de fonctionnement de l'institution et notamment les formes et les délais de réponses aux justiciables se situent trop souvent loin de leurs attentes »¹¹⁰.

En effet, cette recherche d'efficacité avait, en droit comparé, inspiré la Recommandation n° R (84) 5 du Conseil de l'Europe en date du 28 février 1984 portant les principes de procédures propres à améliorer le fonctionnement de la justice, préconisant « qu'il est nécessaire de

permettre aux parties d'accéder à des procédures simplifiées plus rapides (...) notamment en reconnaissant au juge le pouvoir d'orienter le procès avec plus d'efficacité ». Selon le Premier président de la Cour de cassation française Guy Canivet, « Pour être efficace, la norme de procédure doit prévoir, dans le respect des (...) principes fondamentaux qui assurent la qualité de la justice, des modes simples, souples et adaptés de saisine des juridictions, conduire au jugement du litige dans des délais aussi rapides que le permet sa complexité, assurer la contradiction et l'égalité des parties dans le procès, les mettre en mesure de savoir ce qu'elles ont à faire, ce qu'elle peuvent attendre de leur adversaire, de prévoir le plus proche possible, à laquelle la solution interviendra »¹¹¹.

La volonté du législateur de simplifier la procédure commerciale transparait à travers plusieurs dispositions. Un auteur a pu parler de la déformalisation¹¹² de la procédure,

¹⁰⁶ Lucie Cluzel-Métayer et Agnès Sauviat, « Les notions de qualité et de performance de la justice administrative », *Revue française de l'administration publique*, 2016 n° 159, pp. 575 et s. spéc. p. 679. Ces auteurs, la qualité correspond d'abord à une décision conforme au droit, ensuite, à une décision bien argumentée et enfin à une décision assurant l'équilibre des intérêts en présence.

¹⁰⁷ Soraya Amrani-Mekki, « Le principe de célérité », *Revue française d'administration publique*, n° 125, 2008, pp. 43-46 ; Didier Cholet, *La célérité de la procédure en droit processuel*, Paris, LGDJ, 2006, p. 7.

¹⁰⁸ Il s'agit notamment d'un tribunal indépendant et impartial.

¹⁰⁹ Guy canivet, « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », in Serge Guinchard et Gérard Pluyette, *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 243-245. Comme le disait le premier président Aydalot, on ne peut tolérer que la forme devienne « la cousine germaine de la mauvaise foi », in *Magistrat*, Paris Lafont, en 1976, p. 183.

¹¹⁰ « L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité », D. 2005, 598 et s.

¹¹¹ Guy Canivet, « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », *Mélanges Pierre Drai*, p. 243 et s. spéc. p. 245.

¹¹² Loïc Cadiet, « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », *Revue française de l'administration publique*, 2008/1 n°

notion définie comme « l'assouplissement des règles de procédure par les acteurs de justice ou par la loi elle-même »¹¹³. A titre illustratif, il faut d'abord noter la diversification des modes de saisine de la juridiction¹¹⁴, diversification absolument nécessaire à la garantie du droit d'accès au juge, surtout dans un contexte marqué par un fort taux d'analphabétisme¹¹⁵. Et c'est dans la même veine qu'a été élargi le champ de la représentation et créé le préalable de conciliation obligatoire, tant en première instance qu'au second degré¹¹⁶. L'institutionnalisation de cette conciliation

gratuite est de bon aloi et à privilégier surtout lorsque les enjeux financiers sont faibles¹¹⁷. Cela contribue à modifier du coup le rôle du juge, qui devient un médiateur¹¹⁸. Toutefois, il ne faut pas occulter le revers de la médaille. En effet, faire de la conciliation obligatoire un galop d'essai systématique est de la gageure, tant les chances d'aboutir à un accord dans pareille occurrence sont minces dans la plupart du temps. Arrivé à ce stade, le différend est peut-être très profond. En outre, le risque, pas des moins redoutables, est de voir le juge voulant vaille que vaille

125, pp. 133 et s. spéc. p. 139. Selon lui, la déformalisation vise « à la fois l'assouplissement des manières de procéder (les formes du procès) et la simplification des actes de procédures eux-mêmes (la forme des actes de procédure) » (pp. 139-140)..

¹¹³ Antoine Garapon, *Bien juger-Essai sur le rituel judiciaire*, Editions Odile Jacob, 1997, p. 257.

¹¹⁴ En première instance et en cause d'appel, les modes sont les mêmes : déclaration écrite ou verbale au greffe, assignation ou par voie électronique. Il est vrai que ce n'est pas le propre de ces juridictions, puisque le Code de procédure civile S. Amrani-Mekki, « Nouvelles réformes de procédure civile. – Vous avez dit simplification ? », *JCP G*, 2020. 117, spéc. n° 23.

¹¹⁵ Or, dans un tel contexte, il faut laisser place à l'oralité. E. Julien, *Rapport introductif, in L'oralité est morte, vive la plaidoirie*, Conférence débat du 3 déc. 2015. Cet auteur a pu écrire que « la procédure orale se justifiait naguère parce qu'elle avait été instituée pour le règlement des petites affaires qui étaient supposées ne pas faire l'objet d'une voie de recours. (...) elle] répondait aux besoins d'une population en grande majorité rurale, peu habile à manier la langue écrite et se défendant en personne».

¹¹⁶ Article 3 de la loi sur les cours d'appel de commerce ; article 4 de la loi sur les tribunaux de commerce. Cette conciliation ne peut excéder deux jours. Il s'agit de privilégier le règlement amiable. L'idée de conciliation n'est pas récente :

déjà la Bible, dans le Livre des Proverbes, mettait en garde les hommes contre l'esprit de chicane : « C'est ouvrir une digue qu'entamer un procès ; avant qu'il ne s'engage, désiste-toi ». Balzac : « mauvais accommodement vaut mieux que bon procès » (de Balzac H., *Illusions perdues*, Pléiade, Tome IV, p 1054). Caroline Berger, Stéphanie Brunengo, « Médiation, négociation et entreprise en difficulté », in *Les procédures collectives complexes*, sous la direction de Adeline Cerati-Gauthier, Vincent Perruchet-Triboulet, Joly 2017, p. 211. Pour ces auteurs, « Ce mode opératoire repose sur l'engagement des parties à participer activement et de bonne foi à la recherche de l'accord seules ou assistés de leurs conseils ».

¹¹⁷ Comp. La loi française n° 2019-222 du 23 mars 2019, en son article 3, II, a ainsi étendu le recours imposé, à peine d'irrecevabilité, à un mode alternatif préalablement à la saisine du juge. Encore qu'en France, le préalable obligatoire de conciliation est prévu uniquement pour certains types de litiges ou pour un certain seuil. R. Hilger, « Le défaut de mise en œuvre de la tentative obligatoire de résolution amiable du litige est-il régularisable en cours d'instance ? », *Gaz. Pal.* 2 mars 2021, n° 397u9, p. 16.

¹¹⁸ Jacques Lachapelle, « Le juge et les petites créances : un rôle multiforme », *Les cahiers de droit*, volume 40, n° 1, 1999, p. 199 et s. spéc. p. 212 : « Le juge qui veut amener les parties à un règlement doit souvent émettre son opinion sur l'issue possible du litige, risquant ainsi de compromettre aux yeux d'une des parties son impartialité ».

dissuader les parties afin de parvenir à l'accord, manquer à son devoir d'impartialité, préjugant de l'issue de l'issue du litige, s'il devrait par la suite être plaidé devant lui. En revanche, la conciliation librement initiée par le juge, qui la juge opportune au cas d'espèce, permet plus un dialogue susceptible de conduire à une solution acceptée¹¹⁹. Idéalement, une conciliation hors prétoire, sous l'égide d'un conciliateur ou médiateur permet aux parties d'appréhender, en toute liberté, les contours du problème.

Toutefois, la déformalisation à l'excès peut conduire à une insécurité, puisque, la forme est la sœur jumelle de la liberté », écrivait Ihering. Cet assouplissement des manières de procéder impacte positivement sur le temps du procès, comme le disait Loïc Cadiet, « L'idéal est la « sur-mesure » juridictionnel, que chaque affaire soit traitée à son rythme »¹²⁰. Trois facteurs peuvent permettre l'accélération de toute procédure, y compris commerciale. Le premier facteur tient à la la qualité de la loi elle-même. Tout serait perdu si le germe des problèmes est

dans celle-ci. Au lieu d'être une solution, elle constitue une source des goulots d'étranglement. Comme l'a souligné Benoît Henry, « Une législation mal écrite, incohérente, trop changeante rend le travail du juge plus difficile, et en conséquence, a une influence négative sur la qualité de la décision rendue »¹²¹. S'agissant des lois sur les juridictions commerciales, l'observateur est obligé de constater que sur beaucoup des questions, le législateur a multiplié des dispositions propres à en accélérer la procédure. En effet, il a presque encadré les actes dans des délais précis¹²², sorte de délais butoirs qui ne peuvent manquer de jouer psychologiquement sur les juges, craignant des dépassements de délai. Le non respect est assorti des sanctions, traduisant ainsi la volonté du législateur de sévir contre toute négligence. « Le temps judiciaire varie ainsi selon le champ de compétence des tribunaux, leurs règles internes, les priorités de l'administration judiciaire ou de celles

¹¹⁹ R. Perrot, « Le rôle du juge dans la société moderne », *G.P.*, 1977, doctr., p. 8.

¹²⁰ Loïc Cadiet, *op.cit.*, p. 140.

¹²¹ Benoit Henry, Guide des critères de qualité des décisions de justice suite à la loi de programmation 2018-2022, village-justice.com consulté le 10 août 2022.

¹²² On peut citer le délai d'appel qui est de cinq (5) jours lorsque le tribunal statue uniquement sur la compétence¹²² ; le délai de trente jours pour statuer pour l'affaire est en état d'être jugée (article 31 in

fine) ; le délai de quarante cinq (45) jours maximum (article 39) ; le délai de sept (7) jours donné au ministère public pour adresser ses conclusions écrites, que le dossier soit communicable ou non (article 41) ; délai de huit (8) jours pour la rédaction des jugements sous peine des sanctions disciplinaires (article 50) délai de huit (8) pour former opposition (article 69) ; délai de huit (8) jours pour interjeter appel ; délai de trois (3) jours pour la transmission du dossier d'appel à la juridiction d'appel (article 71).

des magistrats dans la gestion de leurs dossiers »¹²³.

En effet, aux termes de l'article 86 de la loi sur les tribunaux de commerce, les délais prescrits sont impératifs. Leur violation par les juges constitue une faute disciplinaire. Elle pourrait être dénoncée au conseil de surveillance par tout intéressé. L'impérativité des délais ne doit être limitée aux ceux édictés par ces lois, sachant que le droit OHADA a prévu d'autres délais. Notons cependant que cette exigence légale ne sera appliquée en fait à la lettre et aucun juge ne pourrait comparaître en conseil de discipline pour n'avoir pas statué dans les délais¹²⁴. D'une part, en effet, il est souvent difficile de déterminer si le non respect d'un délai est imputable aux juges ou aux parties, quand bien même le pouvoir de police de procédure appartient aux juges, qui doivent veiller à la célérité de la procédure.

D'autre part, pour impératifs que soient les délais édictés par les lois, leur respect est subordonné à leur conformité à ceux prévus

par les différents Actes uniformes, en vertu de la primauté du droit OHADA, en cas de contradiction. A titre d'exemple, les délais prévus par l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées et des voies d'exécution (AUPSRVE), mets quotidien des juges, et par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) sont, s'agissant des voies de recours, en général de quinze (15) jours¹²⁵ voire trente (30) jours¹²⁶, alors que la loi nationale prévoit huit (8) jours. Or, l'AUPC, pour ne parler que de lui, est autant marqué par cet impératif de célérité, en limitant la durée des procédures de conciliation, de règlement préventif et de liquidation des biens. A leur égard, point n'est besoin pour les juridictions d'appliquer les délais impératifs de cette loi nationale. C'est dire que ces délais de procédure ou de recours n'ont vocation à s'appliquer que les domaines où le droit OHADA n'en a pas prévu, c'est-à-dire en cas de silence de

¹²³ Martin Gallié et Louis-Simon Besner, « De la lutte contre les délais judiciaires à l'organisation d'une justice à deux vitesses : la gestion du rôle à la régie du logement du Québec », Les cahiers de droit, volume 58, n° décembre 2017, p. 711 et s. spéc. p. 716.

¹²⁴ Hamani Oumarou, La rédaction des décisions de justice au Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey, LASDEL, Etudes et Travaux, n° 117, 2015. B. Ian Campbell, « Réflexions autour de la rédaction de justice », Revue internationale de droit comparé, volume 50, n° 3, 1998, pp. 827-840.

¹²⁵ Par exemple, opposition à injonction de payer (article 10, AUPSRVE); appel contre les ordonnances du juge de l'exécution (article 49,

AUPSRVE); opposition contre la décision d'homologation ou d'exequatur (article 5-11 de l'AUPC), le même délai étant prévu pour l'appel; appel contre les décisions en matière de règlement préventif (article 23, AUPC); opposition en matière de faillite personnelle (article 220, AUPC); appel en matière de faillite personnelle (article 221, AUPC).

¹²⁶ Par exemple, l'appel contre le jugement ayant statué sur l'opposition en matière d'injonction de payer : tribunal de commerce de Niamey, jugement n° 49 du 15/03/2022, aff. Société Hiamadou Hamani Import-Export c/ ORABANK NIGER; jugement n° 70 du 11/05/2022, aff. SNR-TELWA c/ Société Labo Equipement.

celui-ci. En outre, l'impression qui se dégage est que le législateur est tellement obnubilé par le désir d'aller trop vite qu'il a fixé, les yeux fermés, des délais sans aucun repère. En fonction des enjeux, un délai de réflexion de quinze (15) jours pour exercer une voie nous paraît plus raisonnable qu'un délai de huit (8) jours.

Un autre facteur d'accélération tient à l'attitude des parties, quant à l'usage des voies de recours. En effet, l'exercice systématique des voies de recours, bien qu'il s'agisse d'un droit, influe naturellement sur le temps du procès. C'est pourquoi, l'institution des procédures de recours efficaces, à la hauteur de l'appel, est aussi d'une haute importance, dans l'intérêt de « tous les justiciables et de l'administration de la justice »¹²⁷. A l'épreuve, une chambre des affaires commerciales à la Cour d'appel, comportant des conseillers consulaires, avec des procédures spécifiques, ne peut manquer d'être affectée par l'ambiance et le

rythme général des affaires au sein de la Cour. Il ne suffit pas d'aménager des juridictions et des procédures spéciales en première instance. En effet, les ambitions du législateur tomberaient à l'eau si les tous les efforts en vue d'une justice commerciale efficace devraient se limiter à la première instance. Le législateur nigérien l'a parfaitement compris en emboitant les pas des législateurs ivoirien¹²⁸ et béninois¹²⁹. Il a complètement détaché le contentieux des affaires, à travers la création d'une Cour d'appel de commerce. Le plaideur aux abois qui croit user de la voie d'appel pour gagner du temps, n'aurait pas de cadre pour atteindre son but, puisque, le rythme accéléré du procès devant cette Cour d'appel spéciale émousserait ses élans dilatoires. A cet effet, la loi sur les tribunaux de commerce et la loi sur les cours d'appel de commerce sont toutes marquées par cet impératif d'accélération de la procédure. L'atmosphère n'est pas la même que celle qui règne dans les tribunaux civils¹³². Cette

¹²⁷ Recommandation N° R (95) 5 adoptée par le Comité des Ministres de l'Union Européenne du 5 février 1995, sur l'instauration de systèmes et procédures de recours en matière civile et commerciale et sur l'amélioration de leur fonctionnement.

¹²⁸ Loi n° 2016-1110 du 08 décembre 2016, portant création, organisation et fonctionnement des juridictions de commerce.

¹²⁹ Loi n° 2016-15 du 18 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n° 2001-37 du 27 août 2001 portant organisation judiciaire en République du Bénin.

¹³² R. Savatier et J. Savatier, avec le concours de J.M. Leloup, *Droit des affaires*, Paris, Éditions Sirey, 1967, p. 35, n°57 : « Je ne sais pas si vous avez

assisté à des audiences respectives des différentes juridictions françaises. L'atmosphère n'y est pas partout la même. Le climat dans lequel se plaignent les affaires civiles n'est pas celui auquel sont soumises les affaires commerciales devant les tribunaux de commerce. Chez ces derniers, l'audience est beaucoup plus familière. Il y en a où tout le monde parle successivement, voire en même temps : les juges, les plaideurs, les avocats, les agréés. Et on sent, tout de suite, que le vent naturel y est — excusez le mot -, au marchandage, à l'arrangement, qui s'accommode à l'âme du commerce. Le procès est sans doute un procès; et si on ne peut arriver à un arrangement, il se résoudra comme tout procès, par un jugement. Alors, cette affaire se discute entre les parties, au moment même

recherche a conduit par exemple le législateur ivoirien à retenir une solution pour le moins curieuse. En effet, l'article 11 de la loi n° 2016-1110 du 8 décembre 2016 portant création, organisation et fonctionnement des juridictions de commerce énonce que « Lorsque l'intérêt pécuniaire des actions excède la somme de 300 000 000 les présidents des tribunaux de commerce et les premiers présidents des cours d'appel sont tenus, hormis les cas de récusation, de présider les audiences sans pouvoir déléguer cette prérogative, sous peine de nullité de la procédure ». Certes, plus le montant, plus la vie ou la santé sont en cause. Mais, outre que l'enjeu financier est relatif aux parties en litige et en particulier à celle qui souffre le plus, la complexité juridique d'une affaire n'est pas nécessairement liée au montant. C'est dire que considérer que c'est seulement lorsque le montant excède ce seuil qu'il requiert l'intervention des présidents est singulièrement critiquable. Pareille disposition, qui introduit une discrimination flagrante entre les affaires importantes et celles qui sont laissées aux juges les moins éclairés, paraît difficilement compréhensible.

où elle se plaide, d'une manière qui mêle étonnamment les lois des genres ».